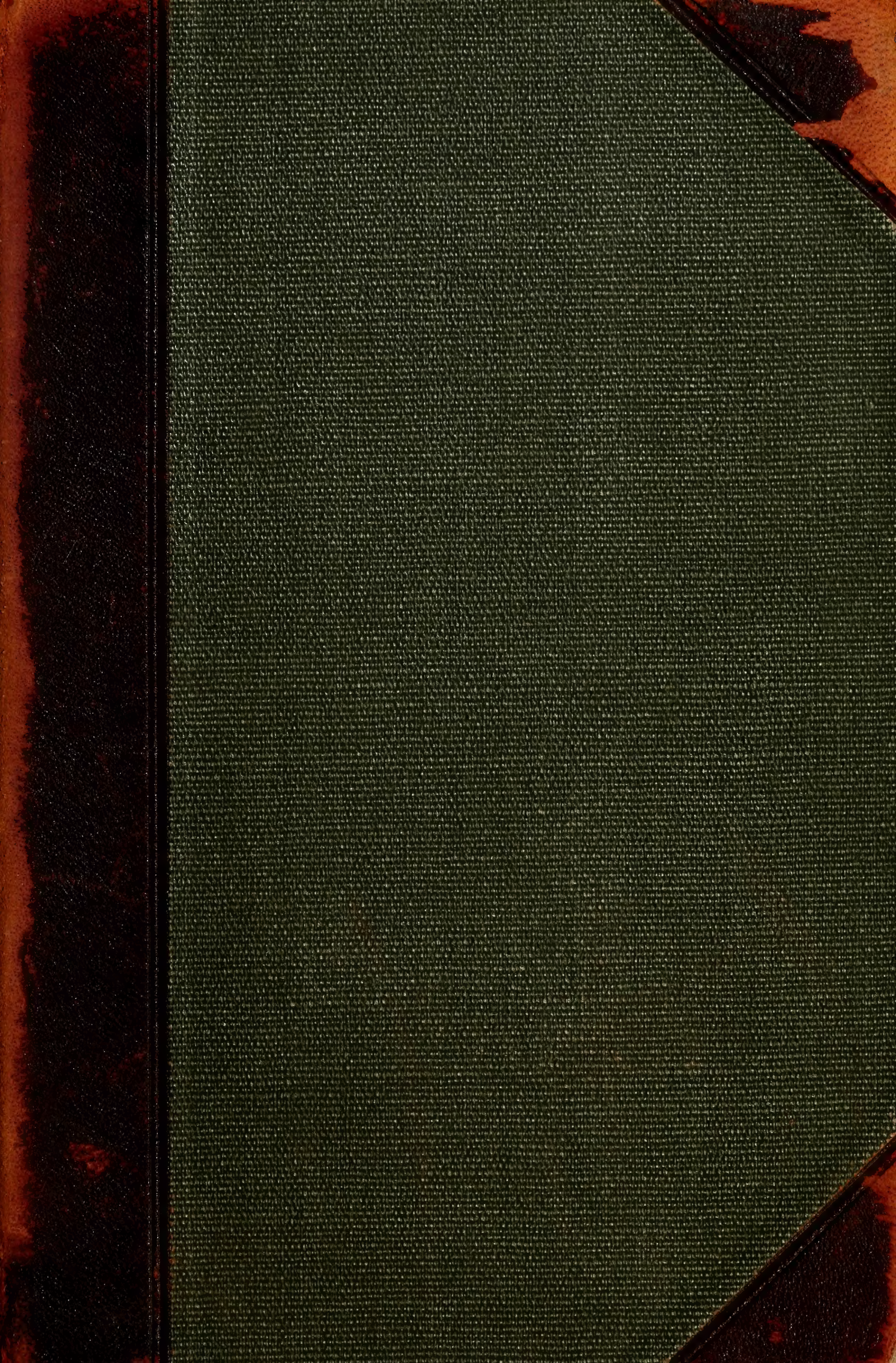






Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Unter Mitwirkung
zahlreicher und namhafter Juristen
in Verbindung mit

Dr. A. Brückmann, Rechtsanwalt am Kammergericht, und Dr. Th. Olshausen, Kaiserl. Regierungsrat,

herausgegeben von

Dr. Hugo Neumann,
Justizrat, Rechtsanwalt am Kammergericht u. Notar.

---

10. Jahrgang
(die Zeit bis Anfang 1912 umfassend).



Berlin, 1912.
Verlag von Franz Vahlen.
W 9, Linkstraße 16.

Nach den Vorschlägen des Deutschen Juristentags: JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Vorwort.

Das Jahrbuch des Deutschen Rechtes blickt heute auf eine Folge von zehn Jahrgängen zurück. Jeder hat den Erfolg und die Anerkennung des Unternehmens gemehrt und gefestigt. Das Jahrbuch des Deutschen Rechtes ist ein notwendiger Bestandteil der juristischen Literatur geworden; seine Unentbehrlichkeit für Rechtswissenschaft und Rechtsübung ist außer Frage. Dies darf heute mit freudigem Stolze ohne Überhebung ausgesprochen werden.

Nächst dem treuen Zusammenarbeiten der zur Bewältigung des alljährlich sich mehrenden Stoffes verbundenen Mitarbeiter ist dieser Erfolg den Autoren zu danken, die in ihrer Mehrheit allmählich sich überzeugt haben, daß die Erstattung von Selbstberichten nicht nur im Interesse der Allgemeinheit liegt, sondern vor allem auch ein geeignetes Mittel ist, weite Kreise auf ihre Arbeiten unmittelbar hinzuweisen und somit ihre Ansichten schnellstens zur Erörterung und Geltung zu bringen.

Redaktion und Verlag werden sich weiter die Förderung und Ausgestaltung des Jahrbuchs angelegen sein lassen. Nach dem Anklange, den das Generalregister der ersten sieben Jahrgänge gefunden hat, zu schließen, wird allen Benutzern die Mitteilung willkommen sein, daß das Generalregister für die Jahrgänge 8, 9 und 10 in Vorbereitung ist und demnächst erscheinen wird. Hierdurch wird die Übersichtlichkeit und Benutzbarkeit des Gesamtjahrbuchs eine erhebliche Steigerung erfahren.

Neumann.

Inhaltsverzeichnis.

Nachweis der in den Jahrgängen 1—10 bearbeiteten Gesetze.

	1.	2.	3.	4.	5.	6.	7.	8.	9.	10.
BGB. nebst Einführungsgesetz	1 1 2 1	1 1	1 1	1	1	1	1	1	1	1
GVG., ZPO. nebst Einführungsgesetz	3 1	—	2 320	663	736	724	709	698	639	693
Handelsgesetzbuch		2 1	2 1	556	637	600	591	590	544	574
Freiwillige Gerichtsbarkeit		—	2 176	850	988	—	942	—	864	—
Grundbuchordnung		2 395	2 145	828	962	1020	978	880	924	947
Konkursordnung u. Anfechtungsgesetz		2 478	2 253	800	942	972	—	1151	—	1003
Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung		2 361	2 290	771	902	937	894	841	813	893
Reichshaftpflichtgesetz		2 317	2 134	870	1027	1060	1039	933	974	1074
Wettbewerbsgesetz		2 336	2 611	879	1038	1072	1048	939	987	1081
Personenstandsgesetz		2 333	2 172	868	—	1056	—	921	—	1063
Seerechtl. Nebengesetze und Binnenschiffahrtsgesetz		2 269	2 117	655	729	718	699	691	632	673
Post-, Telegraphen- und Zollgesetzgebung		—	2 121	—	—	722	704	695	638	692
Gesellschaft m. b. H.		2 274	—	896	—	1086	1063	954	994	1108
Genossenschaftsgesetz		2 297	—	908	—	1112	1090	975	1014	1128
Hypothekenbankgesetz		—	2 126	—	734	—	709	—	—	1136
Patentgesetz		—	2 632	—	1053	—	1100	—	1022	—
Gebrauchsmusterschutz		—	2 645	—	1066	—	1129	—	1064	—
Warenzeichenrecht		—	2 648	—	1068	—	1135	—	1070	—
Gewerbliche Schutzgesetze		—	2 660	—	1078	—	1153	—	1082	—
Bild. Künste u. Photographie		—	—	—	—	—	1155	—	1083	—
Literatur und Tonkunst		—	2 667	—	1079	—	1158	—	1085	—
Verlagsrecht		—	2 677	—	1083	—	1165	—	1088	—
Intern. Urheberrechtsschutz		—	—	—	—	—	1167	—	1089	—
Börsengesetz		—	—	—	—	—	1169	—	—	1146
Gewerbeordnung		—	—	915	—	—	—	—	—	—
Wechselordnung		—	—	981	—	1129	—	984	—	1137
Bankdepotgesetz		—	—	—	731	—	708	696	—	—
Versicherungsrecht		—	—	—	1084	—	—	1005	—	1163
Gerichtskostengesetz		—	—	—	—	1146	—	—	—	—
GebührenO. für Zeugen und Sachverständige		—	—	—	—	1179	—	—	—	—
GebührenO. f. Gerichtsvollz.		—	—	—	—	1188	—	—	—	—
GebührenO. für RechtsAnw.		—	—	—	—	1192	—	—	—	—
Weingesetz		—	—	—	—	—	—	—	1090	—
Reichserbschaftssteuergesetz		—	—	—	—	—	—	—	1091	—
Reichsstempelgesetz		—	—	—	—	—	—	—	1092	—
Preuß. Stempelsteuergesetz		—	—	—	—	—	—	—	1097	—
Scheckgesetz		—	—	—	—	—	—		—	1134
Kraftfahrzeuggesetz		—	—	—	—	—	—	—	—	1161

Mitarbeiter des neunten Jahrganges.

Boschan, Kammergerichtsrat in Berlin: BGB. Buch IV: Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder und Vormundschaftsrecht, sowie Buch V; Personenstandsgesetz;

Dr. Dannenbaum, Landrichter in Guben: Hypothekenbankgesetz;

Dr. F. Friedenthal, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: BGB. Buch I §§ 21—89;

Dr. Gottschalk, Rechtsanwalt in Berlin: BGB. §§ 783—853; §§ 1589—1615, 1705—1772 Wettbewerbsgesetz; Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen;

Dr. Güthe, Kammergerichtsrat in Berlin: BGB. Buch III: Immobiliarsachenrecht; Grundbuchordnung;

Heidenfeld, Rechtsanwalt in Berlin: EGBGB., EGHGB.; HGB. Buch I u. §§ 343—406; Scheckgesetz;

Dr. Krech, Landrichter in Naumburg a. S.: ZPO. Buch VIII—X;

Hoepfel, Landgerichtsdirektor in Nürnberg: BGB. §§ 705—758; HGB. Buch II; Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaftsgesetz;

Dr. Th. Olshausen, Kaiserl. Regierungsrat in Berlin: BGB. Allgemeiner Teil (mit Ausnahme der Juristischen Personen); §§ 433—597; Buch III mit Ausnahme des Immobiliarsachenrechts; §§ 1297—1362, 1564—1588;

Dr. Philipsborn, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: BGB. Buch II §§ 241—432 598—704, 759—782; GVG.; EGZPO., ZPO. Buch I—VII; Börsengesetz;

Dr. Riese, Landrichter in Leipzig: Reichsgesetz über die priv. Versicherungsuntern. und Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag;

Dr. Schaps, Oberlandesgerichtsrat in Hamburg: HGB. IV. Buch; Seerechtliche Nebengesetze und Binnenschiffahrtsgesetz;

Schneider, Reichsgerichtsrat in Leipzig: Zwangsversteigerungsgesetz;

Dr. Sieburg, Rechtsanwalt in Berlin: Konkursordnung und Anfechtungsgesetz;

Dr. Wolff, Regierungsrat, Mitglied der Kgl. Eisenbahndirektion in Halle a. S.: HGB. §§ 407—473; EisenbVO.; Reichshaftpflichtgesetz; Post-, Telegraphen- und Zollgesetzgebung;

Zelter, Justizrat, Rechtsanwalt am Oberlandesgericht in Stettin: BGB. Buch IV: Eheliches Güterrecht.

Abkürzungen.

ABürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.
ACivPr. = Archiv für die civilistische Praxis.
AÖffR. = Archiv für öffentliches Recht.
AÖstGZ = Allgem. Österreichische Gerichts-Zeitung.
BadNotZ. = Badische Notarszeitung.
BadRpr. = Badische Rechtspraxis.
BankA. = Bank-Archiv.
BauersZ. = Zeitschrift für Aktiengesellschaften und der Handelsgesellschafter.
BayNotZ. = Zeitschr. f das Notariat u. für die freiw. Rechtspflege d. Gerichte in Bayern.
BayObLG. = Bayerisches Oberstes Landesgericht; mit folg. Band- u. Seitenzahl = Samml. v. Entscheid. d. Obersten Landesgerichts f. Bayern in Gegenständen d. Zivilrechts.
BayRpflZ. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Bl. = Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen.
BraunsA. = Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik.
BraunschwZ. = Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig.
BreslauAK. = Zeitschrift der Anwaltskammer Breslau.
BurBl. = Bureaublatt für gerichtliche Beamte.
BuschsZ = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß . . . Begründet von Busch.
DJT. = Verhandlungen des Deutschen Juristentags.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.
DNotV. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
DRZ. = Deutsche Richterzeitung.
DVersZ. = Deutsche Versicherten-Zeitung.
EisenbE. = Egers Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen.
EisenbA. = Archiv für Eisenbahnwesen.
EisenbVereinsZ. = Ztg. d. Vereins deutscher Eisenb. Verwalt.
ElsLothNotZ. = Notariats-Zeitschrift für Elsaß-Lothringen.
ElsLothZ. od. ElsLothJZ = Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen.
ETZ. = Elektrotechnische Zeitschrift.
FischersZ. = Dr. Fischers Zeitschr f. Praxis u. Gesetzgeb. d. Verw., f. d. Königr. Sachsen.
FrankfRundsch. = Rundschau für den Bezirk des OLG. Frankfurt a. M.
FürsorgeZ. = Zentralblatt für Vormundschaftswesen, Jugendgerichte und Fürsorgeerziehung.
GerH. = Gerichtshalle.
GerS. = Der Gerichtssaal.
GesuR. = Gesetz und Recht.
GewA. = Gewerbearchiv.
GewG. = Das Gewerbegericht.
GewuKfmG. = Gewerbe- u Kaufmannsgericht, Monatsschr. d. Verbandes D. Gew. u. KfmG.
GG. (mit Ort z. B. Berlin) = Gewerbegericht Berlin.
GewRschutz = Gewerblicher Rechtsschutz.
GoldschmidtsZ. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Begründet von Goldschmidt.
GoltdA. = Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Begründet von Goltdammer.
GruchotsBeitr. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.
GrünhutsZ. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart
HaftpflG. = Gesetz betr. die Verbindlichkeit z. Schadensersatze f. d. bei dem Betriebe v. Eisenbahnen usw herbeigeführten Tötungen u. Körperverletzungen v. 7. Juni 1871.
Hansa = Deutsche naut. Zeitschrift.
HansGZ. = Hanseatische Gerichtszeitung.
HessRspr. = Hessische Rechtsprechung
HirthsAnn. = Annalen des Deutschen Reichs. Begründet von Hirth
HoldheimsMSchr. = Monatsschrift für Handelsrecht usw. Herausgegeben von Holdheim.
JagdRZ. = Zeitschrift für Jagdrecht, Jagdschutz und Jagdwirtschaft.
JBl. = Juristische Blätter (Österreich).
JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes (die arabische Ziffer bezeichnet den Jahrgang).
JheringsJ. = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes.
JLBl. = Juristisches Literaturblatt
JW. = Juristische Wochenschrift.
KfmG. = Kaufmannsgericht.
KG. = Kammergericht
KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
KGJ. = Jahrbuch f. Entscheidungen d. Kammergerichts in Sachen der freiw. Gerichtsbarkeit usw.
KleinbZ = Zeitschrift für Kleinbahnen.
KrimPsychMSchr. = Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform.
KrVJSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
LeipzZ od. LZ = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
LohnBG. = Gesetz betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohns v. 21. Juni 1869.
MschutzuWettbew. = Markenschutz und Wettbewerb.
MecklZ. = Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.

MittöffFeuerversAnst. = Mitteil. d. Verbandes d. öffentl. Feuerversicherungsanstalten, Kiel.
NaumburgAK. = Zeitung der Anwaltskammer Naumburg.
Oekonomist = Der Deutsche Oekonomist.
ÖstZBl. = Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis.
OLG. = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
OLG. (mit Ort z. B. Breslau) = OLG. Breslau.
PA. = Patentamt.
PBl = Patentblatt.
PfälzRpr. = Pfälzische Rechtspraxis.
PosMSchr. = Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.
PrMHandGewVerw. = Ministerialblatt der (preußischen) Handels- und Gewerbeverwaltung.
PrOVG. = Entscheidungen des Königl. Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
PrVerwBl. = Preußisches Verwaltungsblatt.
PrVolksschulA. = Preußisches Volksschularchiv.
PucheltsZ. = Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Zivilrecht.
R. = Das Recht.
RuW. = Recht und Wirtschaft.
Reger = Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden, herausg. v. A. Reger.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts; ohne weiteren Zusatz = in Zivilsachen.
RG. (Straff.) = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RheinA. = Rheinisches Archiv für das Zivil- und Kriminalrecht.
RheinARV. = Zeitschrift des rheinpreußischen Amtsrichter-Vereins.
RheinNotZ. = Zeitschrift für das Notariat (Rheinpreußen).
RheinZ. = Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht.
RJA = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichs-Justizamte.
RMG. = Reichsmilitärgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Entscheidungen d. RMG.
SächsA. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
SächsOLG. = Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden.
SächsOVG. = Jahrbuch des Königl. Sächs Ober-Verwaltungsgerichts.
SächsRpflA. = Sächsisches Archiv für Rechtspflege (seit 1906).
SchlHolstAnz = Schleswig-Holsteinische Anzeigen.
SeuffA. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
SeuffBl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.
SozPr. = Soziale Praxis.
StB. = Der Standesbeamte.
Standesa. = Das Standesamt. Herausgegeben von L. Schmitz.
ThürBl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.
UnlW = Unlauterer Wettbewerb (s. a. o. bei M.).
VerwA. = Verwaltungsarchiv.
WarnE. (WarnErgbd.) = Warneyers Jahrb. d. Entscheid. Ergänzungsbd., enth d. Rechtspr. d. RG.
WürttRpflZ. = Württembergische Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verwaltung.
WürttJ. = Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege.
WürttZ. = Zeitschrift f. die freiw. Gerichtsbarkeit u. die Gemeindeverwaltung in Württemberg.
ZAV. = Zentralbl. der Abgaben-Gesetzgeb. u. Verwaltung in den Kgl. Preuß. Staaten.
ZAktWes. = Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen.
ZBergR. = Zeitschrift für Bergrecht.
ZBlFG. = Zentralbl. f. freiwill. Gerichtsbarkeit u. Notariat sowie Zwangsversteigerung.
ZBlRw = Zentralblatt für Rechtswissenschaft.
ZfmittlJB. = Zeitschrift für mittlere Justizbeamte.
ZfZollw. = Zeitschrift für Zollwesen und Reichssteuern.
ZIndR. = Zeitschrift für Industrierecht.
ZIPR. = Zeitschrift f intern. Privat- u Strafrecht (jetzt Privat- u. öffentliches Recht).
ZKirchR = Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht.
ZSchwR. = Zeitschrift für schweizerisches Recht.
ZStaatsw. = Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft.
ZStW. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
ZVersWes. = Zeitschrift für Versicherungswesen.
ZVersWiss. = Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft.
⇛ ⇚ = Selbständiger Zusatz oder Entgegnung eines Autors.
⇛ Red. ⇚ = Bemerkung des betreffenden Redaktors.
* vor dem Autornamen bezeichnet Selbstbericht.
Ortsname in Klammern bezeichnet Entscheid. des betr. OLG. [z. B. DJZ. **05** 445 (Hamm)].
Diejenigen Zeitschriften, deren Jahrgänge mit dem Kalenderjahr zusammenfallen, sind nach dem Kalenderjahr zitiert, die wenigen anderen nach der Bandzahl. [z. B. JW. **11** 120; FrankfRundsch. **43** 15.]

Bürgerliches Gesetzbuch.

Erstes Buch. Allgemeiner Teil.

Vorbemerkung zum Allgemeinen Teile.

Literatur: du Chesne, Absolutes und relatives Recht, ABürgR. **36** 38—59. — Dr. Géza Kiß, Gesetzesauslegung und ungeschriebenes Recht, JheringsJ. **58** 414—486. — Kluckhuhn, Über den Begriff der gemeinsamen Gefahr im § 20 und zugleich der Lebensgefahr im § 17 BGB., ACivPr. **107** 354—372.

*Géza Kiß, JheringsJ. **58** 414 ff. Verf. geht davon aus, daß die sogenannten „Lücken im Gesetz" (im weiteren Sinne) zweierlei Natur sind: a) Gesetzeslücken im engeren oder technischen Sinne, bei denen es an den näheren abstrakten Regeln zur Entscheidung des vorhandenen Rechtsfalls fehlt und b) unausgefüllte Rahmen des Gesetzestextes, von denen gesprochen werden muß, wenn zwar alles, was an allgemeinen Sätzen überhaupt zu sagen ist, gesagt wird, allein die besondere, eingehende Regelung der Einzelfälle nicht direkt entschieden, sondern durch (ausdrückliche oder stillschweigende) Hinweisung auf eine andere Rechtsquelle durchgeführt wird. Von diesem letzteren Falle müssen wir auch hier reden: Das Gesetz weist auf „ungeschriebene" Elemente der gesellschaftlichen Normen hin, allein der Richter ist an diesen objektiven Maßstab gebunden. Die ausdrückliche Hinweisung auf Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte bedeutet nichts anderes, als daß das Gesetz gewisse Verhältnisse nicht direkt, sondern nach Anforderungen der Verkehrssitten, usw. geregelt haben will. Dieser indirekte Gesetzesinhalt ist für den Richter unbedingt bindend. Von einer „freien" Rechtsprechung oder Interessenjurisprudenz in dem Sinne, als ob der Richter vermöge des kodifizierten Äquitätsprinzips nach seinem subjektiven Meinen feststellen dürfte, was im einzelnen Falle Recht ist, kann keine Rede sein. Das Prinzip von Treu und Glauben darf eben keineswegs als eine aequitas cerebrina aufgefaßt werden; es ist im Sinne des BGB. nichts anderes, als die ausdrückliche Hinweisung auf die Verkehrsusancen (vgl. die vorzüglichen Ausführungen von Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, §§ 11 ff.). Die Auslegung der §§ 157 und 242 BGB. ist endgültig gelöst, indem wir die durch sie bezogenen Gewohnheitsrechtssätze als indirekten Gesetzesinhalt auffassen.

➵ Diesen Ausführungen von G. Kiß traten neuerdings ausdrücklich bei Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte (3) 112, Klein, SeuffBl. **76** 409, v. Schey in der Festschrift zur Jahrhundertsfeier des öst. a. BGB. I 502 Anm. 6 und 511 Anm. 52, ferner Danz, DJZ. **11** 566 Anm. 1. ⇜ Vgl. auch unten zu § 545 BGB.

Erster Abschnitt. Personen.

Erster Titel. Natürliche Personen.

Literatur: Reinach, Die Rechtsfähigkeit der Leibesfrucht. 1911 (Diss.).

§ 1. R. **11** Nr. 1 (Rostock). Für eine noch nicht erzeugte Nachkommenschaft können Hypotheken und Grundschulden nur eingetragen oder umgeschrieben werden, wenn es sich nach dem Antrag um solche Zuwendungen handelt, die nach den gesetzlichen Bestimmungen auch an Nichterzeugte erfolgen können.

§ 5. HessRspr. **11** 11 (LG. Gießen). Der Umstand, daß der Minderjährige ein von ihm erzeugtes Kind nicht als uneheliches zur Welt kommen lassen oder doch

sofort durch nachfolgende Ehe legitimieren will, kann die Volljährigkeitserklärung rechtfertigen.

§ 6. 1. *F r a e b, Behandlung der Morphiumsucht in Gesetz und Rechtsprechung, GoltdA. **59** 69 ff. Beklagenswerterweise ist gegen die Morphiumsucht nicht, wie gegen die Trunksucht im § 6 Nr. 3, ein gesetzliches Schutzmittel geschaffen. Nach übereinstimmender Ansicht fällt der Morphinismus nicht unter den Begriff der Trunksucht, obwohl seine Wirkungen die gleichen sind. Insbesondere tritt bei seinem Vorhandensein häufig Unfähigkeit zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten ein. Später tritt bei zunehmender Urteilslosigkeit und Schwinden von Vernunft und Moral eine gewisse Verschwendungssucht und geistige Schwäche hinzu. Allein in diesem Stadium, welches die Möglichkeit der Entmündigung bietet, fehlt diesem rechtlichen Schutzmittel die Eigenschaft bessernd zu wirken, es kann nur noch als Linderungsmittel in Betracht kommen. Im Vorstadium ist der Morphinist dagegen vollgeschäftsfähig, und es beruht nur auf seinem freien Willen, wenn er sich unter die Obhut einer Anstalt begibt. Dadurch entstehen ernste Gefahren für ihn und seine Familie und bei der häufigen Erscheinung von morphiumsüchtigen Ärzten auch für das größere Publikum. Prophylaktische Wirkungen sind nur von der Anerkennung der Morphiumsucht als Entmündigungsgrund, Zulässigkeit der Einleitung vorläufiger Vormundschaft und von der Einführung einer entsprechenden Einrichtung wie der Trinkerliste zu erwarten. Daneben sind auf strafrechtlichem Gebiet entsprechende gesetzgeberische Maßnahmen zu treffen, von denen eine Reihe in Vorschlag gebracht werden.

2. L a n d a u e r, ZBlFG. **11** 705 bezeichnet als Merkmale der Geistesschwäche nicht bloß Willensschwäche, sondern zugleich daneben einhergehende Schwäche des Intellekts. In Fällen mäßigen Schwachsinns kann wegen Geistesschwäche entmündigt werden, gleichviel, ob dieser Schwachsinn ein angeborener oder irgendwie (nicht bloß durch Entwickelungshemmung) erworbener primärer oder sekundärer und ob er unter den Begriff der Geisteskrankheit im Sinne der psychiatrischen Wissenschaft zu rechnen sei.

§ 7. 1. OLG. **22** 108 (Colmar). Der § 7 erfordert nicht, daß der Ort, der als Wohnsitz einer Person gelten soll, den „Mittelpunkt" ihrer gesamten Lebensverhältnisse bilde. Als solcher könnte nur ein einziger Ort in Betracht kommen, während im § 7 Abs. 2 die Möglichkeit des Bestehens eines Wohnsitzes an mehreren Orten ausdrücklich anerkannt wird. Vielmehr fordert § 7 nur eine „s t ä n d i g e N i e d e r l a s s u n g"; diese kann aber ihrer Natur nach auch an mehreren Orten bestehen. Sie darf allerdings nicht lediglich einen bestimmten abgesonderten Zweig der Lebensverhältnisse einer Person betreffen, besonders nicht allein zu gewerblichen Zwecken dienen, ohne daß damit eine eingerichtete Wohnung verbunden ist (vgl. Prot. I, 38, **RG. 30** 349, OLG. **13** 307).

2. R. **11** Nr. 275 (BayObLG.). Für die Feststellung des Wohnsitzes eines volljährigen weiblichen Dienstboten kann auch die Unterbringung seines unehelichen Kindes und seine Heiratsabsicht herangezogen werden.

3. PrOVG. **58** 230. Wenn ein Fideikommißbesitzer sein Schloß zur Wohnung für sich und seine Familie eingerichtet hat, daselbst jahrzehntelang mit seinen Angehörigen wohnt und dann, ohne etwas an den für das Wohnen getroffenen Einrichtungen zu ändern, an einem anderen Orte Wohnung nimmt, so ist die Niederlassung nicht aufgehoben, die Wohnung bleibt ihm zu jeder Zeit für dauernden Aufenthalt zur Verfügung. Ob er sie später dazu benutzt, ist unerheblich, solange er nicht die tatsächliche Niederlassung aufhebt.

§ 8. R. **11** Nr. 1088 (BayObLG.). Einjähriger Aufenthalt als Fabrikarbeiterin genügt nicht ohne weiteres zur selbständigen Begründung eines Wohnsitzes.

§ 10. *S c r i b a, Pers. Rechtsstellung der Ehegatten 55. Die Ehefrau teilt den zur Zeit der Eheschließung im Auslande bereits bestehenden Wohnsitz des Mannes,

an den die Frau nicht zu folgen braucht, solange, bis sie in die Lage versetzt ist, sich darüber zu entscheiden, ob sie trotz ihres Weigerungsrechts an den Wohnsitz des Mannes tatsächlich folgen bzw. dort bleiben will.

§ 11. 1. RheinARV. 28 149 (Düsseldorf). Ein minderjähriges eheliches Kind behält auch nach dem Tode des Vaters seinen Wohnsitz am Wohnsitze des verstorbenen Vaters, bis es ihn rechtsgültig aufhebt. Für eine solche Aufhebung während der Minderjährigkeit kommt zunächst die Person des Vormundes in Betracht. Es kann jedoch keinem Zweifel unterliegen, daß nach dem Tode des Vaters auch die Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt zu einer Änderung des Wohnsitzes des Minderjährigen befugt ist (vgl. OLG 2 71).

2. SeuffA. **66** 177 (Dresden). Minderjährige Kinder teilen auch nach der Ehescheidung der Eltern rechtlich den Wohnsitz des für allein schuldig erklärten Vaters.

3. R. **11** Nr. 1089 (BayObLG.). Die Unterbringung eines unehelichen Kindes durch die Armenpflege verändert auch bei Zustimmung des Vormundes den Wohnsitz des Kindes nicht; wohl aber folgt das uneheliche Kind nach der Heirat der Mutter ihren neuen Wohnsitz.

§ 12. 1. SächsRpflA. **11** 447 ff. (Dresden). Das im § 12 vorausgesetzte Interesse muß ein schutzwürdiges sein, an einem solchen fehlt es aber, wenn es sich um eine mißbräuchliche Ausübung des Namenrechts handelt. Auch von einem Interesse des Klägers an der Verneinung der Zugehörigkeit des Beklagten zu einer bestimmten Familie kann, nachdem der Kläger jahrelang zu der Namensführung geschwiegen und sie ebenfalls wie seine Eltern und Geschwister geduldet hat, keine Rede mehr sein. Die Betätigung dieses Interesses setzt voraus, daß der mit der Störungsklage aus § 12 vorgehende Kläger den Schein der Zugehörigkeit des Beklagten zu der Familie, der er angehört, tatsächlich als peinlich empfindet.

2. OLG. **22** 109 (KG.). § 12 BGB. bezieht sich nur auf Personen, nicht auf Ortsnamen. Der § 12 steht im ersten Titel, der die Überschrift trägt „Natürliche Personen". Ihm folgt als zweiter Titel der Abschnitt über „juristische Personen". Diese Gegenüberstellung zeigt deutlich die Beschränkung des Anwendungsgebiets des § 12 auf die natürlichen Personen. Es würde daher § 12 nur im Wege entsprechender Ausdehnung auf Ortsnamen anwendbar sein. Die unmittelbare Aufeinanderfolge der beiden Titel aber, welche es nahegelegt hätte, in den zweiten Titel einen Hinweis auf § 12 aufzunehmen, spricht gegen die Zulässigkeit entsprechender Anwendung.

3. **RG.** 16. 2. 11, GewRschutz **11** 174, BayRpflZ. **11** 262, PosMSchr. **11** 64. Unter die Bestimmung des § 12 fallen auch die Fälle, in denen jemand einen fremden Namen zu Reklamezwecken, auf Schildern usw. gebraucht.

4. a) **RG.** 14. 2. 11, MSchutzuWettbew. **11** 255, R. **11** Nr. 1699. Soweit der Personenname zur Beschaffenheitsbezeichnung geworden ist, kann nicht auf Unterlassung geklagt werden. b) JW. **11** 609 (Celle). Eine Familienstiftung kann nicht gemäß § 12 einem Unbefugten die Führung des Namens verbieten. — Die Namensklage des § 12 verjährt 30 Jahre nach der Geburt des Jüngeren unter den Prozeßgegnern.

5. a) **RG.** 10. 2. 11, R. **11** Nr. 1473. Ein Gewerbetreibender, der sein Geschäft unter einer übernommenen Namenfirma (G. A. Jasmatzi) betreibt, greift nicht in das Recht der Träger dieses Namens ein, wenn er den Namen für sich allein und ohne die übrigen Bestandteile der Firma als Warenzeichen benutzt. b) **RG.** BadRpr. **11** 226 bereits JDR. **9** Ziff. 5 a.

6. Erfindername. **RG.** 14. 2. 11, MschutzuWettbew. **11** 255, R. **11** Nr. 1698. Ein Vertrag über Genehmigung des Gebrauchs des Erfindernamens gegen fortlaufendes Entgelt ist nicht von selbst auf die Lebensdauer des Erfinders beschränkt. Die rechtliche Wirksamkeit eines solchen Abkommens auch für die Zeit nach dem Tode des Erblassers in der Art, daß die Erben nicht nur den Anspruch auf die bedun-

genenen Vergütungen geltend machen können, sondern ihnen auch das Untersagungsrecht für den Fall der Ablehnung der Zahlung dieser Vergütung zusteht, unterliegt keinem begründeten Bedenken.

7. Vorname. a) **RG.** JW. **11** 572, SächsRpflA. **11** 309. Aus der Vorschrift des § 12 läßt sich gegen einen gleichberechtigten Träger desselben Familiennamens nicht ein Anspruch darauf herleiten, daß er sich dieses Namens nur in Verbindung mit seinem Vornamen oder etwa nur unter Hinzufügung sachlicher Unterscheidungsmerkmale bediene. **b)** SeuffA. **66** 433 (KG.). Der Träger von Vornamen, der sie sämtlich in Verbindung mit seinem bürgerlichen Namen in einer Beurkundung gebraucht, hat die Vornamen in der richtigen Reihenfolge anzuwenden und darf sie nicht beliebig umstellen. Andernfalls liegt eine unrichtige Bezeichnung des Namens vor.

8. Adelsprädikat (JDR. **7** Ziff. 7, **9** Ziff. 4). OLG. Celle 19. 5. 11, JW. **11** 609 ff. hat im Gegensatze zu **RG.** (Straff.) **43** 33 ausgesprochen, daß bei der Namensklage eines Adeligen der Prozeßrichter über die Adelsfrage als eine Vorfrage frei entscheiden müsse und nicht gebunden sei durch eine Adelsverneinung seitens des Pr. Heroldsamts. Ebenso OLG. Posen, PosMSchr. **11** 127.

9. a) LG. Kiel, SchlHolstAnz. **11** 263. Der einem bürgerlichen Namen nachgebildete, von einem in der Stadt Kiel allgemein bekannten Künstler geführte Theatername hat als „Name" des Art. 4 Nr. 7 WO. zu gelten, da der Künstlername die Person in der markantesten Weise individualisiert (vgl. Oertmann, BGB. Note 2a zu § 12). **b)** Bernstein, DJZ. **11** 748 tritt für die rechtliche Wirksamkeit des Pseudonyms im Wechselrecht ein, denn es werde bei dem Gebrauche des Pseudonyms der Formalstrenge genau so Rechnung getragen wie beim Gebrauche des Familiennamens.

§ 20. *Kluckhuhn, ACivPr. **107** 354 ff. Eine gemeinsame Gefahr ist ein Ereignis, das für mehrere Menschen nach der Verkehrsanschauung in typischer Weise eine erhebliche Gefährdung ihres Lebens zur Folge hat, auch dann, wenn diese Gefährdung sich dem einzelnen Menschen gegenüber in verschiedener Weise äußert. — Der Begriff der Lebensgefahr im § 17 BGB. deckt sich mit dieser Definition der Gefahr.

Zweiter Titel. Juristische Personen.

Vorbemerkung: Im Rechte der juristischen Personen hat die Rechtsprechung sich mit mehreren Streitfragen zu beschäftigen gehabt, die die landesgesetzlichen Erwerbsbeschränkungen hervorgerufen haben. Eine wichtige Frage ist dabei vom RG. abweichend vom KG. beantwortet worden. — Beim nicht rechtsfähigen Vereine haben die zahlreichen Zweifelsfragen, die aus der gesetzlichen Anwendung des Gesellschaftsrechts und der gewillkürten des Vereinsrechts erwachsen, wiederum zu einer größeren Zahl von Entscheidungen geführt. — Das Sammelvermögen wird von jetzt an eingehend nur unter § 1914, der die sedes materiae dazu bildet, behandelt werden.

Literatur: Blüher, Zur Rechtsfähigkeit der juristischen Personen, DJZ. **11** 1408. — Delius, Hauberge und Haubergsgenossenschaften des Siegerlandes. Breslau 1910; dazu Besprechung von Graven, RheinA. **109** 121. — Fischbach, Zur Theorie des Sammelvermögens, RheinZ. **3** 276 ff. — Freund, Die „gemischte wirtschaftliche Unternehmung", eine neue Gesellschaftsform, DJZ. **11** 1113; dazu v. Gierke mit Nachwort von Freund, PrVerwBl. **33** 105. — Grosch, Juristische Personen, insbesondere der Staat als juristische Person, HirthsAnn. **11** 434 ff., 505 ff. — Kohler, Umwandelung und Erlöschen einer juristischen Person, DJZ. **11** 1261. — Lindemann, Haftung der Sammler bei Sammelvermögen, R. **11** 90 ff. — Schwandt, Die Nationalität der Aktiengesellschaften, JW. **11** 932. — Zielke, Die Staatsangehörigkeit juristischer Personen nach geltendem deutschen Rechte, SächsRpflA. **11** 265 ff.

1. Allgemeines. Das Wesen der juristischen Person. a) Grosch aaO. Juristische Person (in weiterem Sinne) ist der Inhaber von

subjektiven Rechten, der als solcher zu gleichgeordneten Inhabern in rechtswirksame Beziehungen treten kann. Durch die Vereinigung wird eine neue juristische Person geschaffen, wenn das Recht die Gemeinschaft als solche anerkennt. Das Recht kann auch bloße Vermögen als solche anerkennen (Stiftung). **b)** Freund aaO. Für die meisten wirtschaftlichen Unternehmungen öffentlicher Körperschaften passen nicht die Rechtsformen, in denen sie betrieben werden. Daher empfiehlt sich die Schaffung einer neuen Form der „gemischten wirtschaftlichen Unternehmung". **c)** v. Gierke aaO. hält die Freund'schen Vorschläge für sehr beachtenswert, bezweifelt aber ihre Tauglichkeit. **d)** Kohler aaO. Auch eine juristische Person kann Wandelungen ihrer Organisation und ihrer Rechtsform erfahren ohne ihre Individualität zu verlieren. Ebenso kann eine offene Handelsgesellschaft — die allerdings nach dem Verf.[s] eine juristische Person ist — sich ohne Änderung ihrer Individualität in eine Aktiengesellschaft verwandeln. Im öffentlichen Leben kann eine Gemeinde in einer anderen aufgehen oder sich teilen, ohne daß Untergang und Neuerstehung der Persönlichkeit eintritt. Die Gleichheit der Persönlichkeit ist von großer Bedeutung, z. B. für den Nießbrauch, der sonst erlöschen würde. Verlegt sie unter Umwandelung ihren Sitz ins Ausland, so behält sie ihre Rechte an inländischen Grundstücken. **e)** SchlHolstAnz. **11** 53 (Kiel). Die Zusammensetzung einer juristischen Person nach Zahl und Art ihrer Mitglieder ist eine Eigenschaft im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB. **f)** OLG. **22** 118 (Colmar). Art. 86 EGBGB. bezweckt nur die Regelung der privatrechtlichen Kontrolle über juristische Personen. Das öffentliche Recht der Bundesstaaten zur Aufsicht bleibt unangetastet.

2. Umfang und Bedeutung der juristischen Persönlichkeit. **a)** Blüher aaO. Juristische Personen sind Rechten und Pflichten nur so weit unzugänglich, als die Natur der Sache oder besondere Vorschriften es gebieten. Die Natur der Sache gebietet es nur, wenn die Rechtsfolgen mit der juristischen Person nicht vereinbar sind. Dies liegt nicht daran, daß ihr die Eigenschaften fehlen — denn da springt der Vertreter ein — sondern an dem beschränkten Aufgabenkreise der juristischen Person. Darunter kann aber auch Sorge für die Person fallen. Die „Generalvormundschaft" ist in Wahrheit Vormundschaft der Gemeinde. Es ist unbedenklich, juristischen Personen öffentliche oder private Ämter anzuvertrauen. Bei obrigkeitlichen Ämtern, die durch Wahl oder Ernennung besetzt werden, besteht die Schwierigkeit, daß bei der Amtsführung des jeweiligen Vertreters die Persönlichkeitsgarantie fehlen würde. Dem könnte durch Vorbehalt der Bestätigung usw. begegnet werden. Für Rechtsfolgen, die ohne oder gegen den Willen der Beteiligten eintreten, spielt die Beschränkung auf einen bestimmten Aufgabenkreis keine Rolle. Hier kann nur die Eigenart der Rechtsfolge die Anwendung auf juristische Personen ausschließen, aber in geringerem Maße als man gewöhnlich annimmt. **b)** Zielke aaO. Juristische Personen können nach geltendem deutschen Rechte zum Staate nicht in eine rechtliche Beziehung in der Form der Staatsangehörigkeit, sondern nur in eine tatsächliche Beziehung in der Form des Sitzes im Staate treten. **c)** Neukamp (Kongreß der Internat. Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft 3./8. September 1911 in Heidelberg), vgl. DJZ. **11** 1196. Für juristische Personen ist die Nationalität des Landes maßgebend, dessen Gesetze bei ihrer Gründung für die Abfassung der Satzungen bestimmend gewesen sind. **d)** Schwandt aaO. Juristische Personen sind einer der Staatsangehörigkeit physischer Personen analogen Rechtsstellung fähig. Bei der Aktiengesellschaft ist maßgebend der Staat, der ihr die Rechtsfähigkeit verliehen hat. **e)** OLG. **22** 109 (KG.). § 12 BGB. gilt nur für physische Personen (abw. **RG. 74** 114, vgl. JDR. **9** Note 2 b zum 2. Titel). **f)** Sächs. OVG. **15** 346 (SächsOVG.). Ein Anlageregulativ für die Ermittelung des steuerpflichtigen Einkommens kann für juristische Personen andere Regeln aufstellen als für physische. **g)** OLG. **22** 119 (Jena). Die Befreiungsvorschrift in Tarifnummer 11

RStempG. gilt nicht für juristische Personen. **h)** BadNotZ. **11** 198 (LG. Freiburg). Bei Vereinigung einer juristischen Person mit einer anderen ist zur Eintragung ins Grundbuch Auflassung nicht erforderlich. **i)** RheinA. **11** 311 (Düsseldorf). Ein Personenverein kann zwar nicht nach § 185, wohl aber durch üble Nachrede beleidigt werden. Eine solche ist aber im Gesetze nicht mit Strafe bedroht. Der Verein kann daher auch nicht als Nebenkläger auftreten. **k)** Die Entsch. JDR. **9** Note 2 f. auch PrVerwBl. **32** 9.

3. Wer ist juristische Person? **a)** Grosch aaO. Juristische Persönlichkeit steht keineswegs ohne weiteres jedem Vermögen zu, für das ein Rechtssubjekt fehlt, z. B. nicht dem Sammelvermögen, der hereditas jacens. **b)** **RG.** JW. **11** 115, WarnE. **4** 96. Eine „freie evangelische Gemeinde", die nach PrALR. „erlaubte Privatgesellschaft" war, ist mangels Verleihung der Korporationsrechte eine solche geblieben und ist nicht rechtsfähig. **c)** RJA. **11** 97, SchlHolstAnz. **11** 167 (KG.). Die Reederei ist keine juristische Person. Sie tritt im Rechtsleben nicht als selbständiges Rechtssubjekt auf, hat weder Namen noch Firma und ist nicht Inhaberin eines besonderen Vermögens. Sie ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechtes. Berechtigt und verpflichtet und in Angelegenheiten des Reedereibetriebs aktiv und passiv legitimiert sind die einzelnen Mitreeder. **d)** HansGZ. **11** Hptbl. 169 (Hamburg). Die Reederei kann als solche unter ihrem Namen verklagt werden (vgl. zu c und d JDR. **9** Note 3 b). **e)** Delius aaO. Die Haubergsgenossenschaften des Siegerlandes sind juristische Personen. **f)** v. Graven aaO. bezweifelt dies. **g)** Vgl. § 89 Note 1.

4. Zuwendungen an juristische Personen. **a)** Vgl. JDR. **9** Note 1 f, g. **b)** **RG. 75** 406. Ist in einem Testament einer juristischen Person ein genehmigungsbedürftiges Vermächtnis ausgesetzt, so bestehen schon vor Erteilung der Genehmigung rechtliche Beziehungen zwischen dem Erben und dem Vermächtnisnehmer, die Gegenstand einer Feststellungsklage bilden können. **c)** KGJ. **40** A 25 (KG.). Nach dem Sinne und Zwecke des Art. 6 PrAGBGB. ist im Falle der Erbeinsetzung der juristischen Person der Reinwert des Nachlasses maßgebend, wiewohl der Wortlaut zu Zweifeln Anlaß gibt. Für die Anwendung des Art. 7 das. ist der wirkliche, ohne Abzug der Lasten und Schulden zu berechnende Wert maßgebend. Beruht der genehmigungspflichtige Grundbesitz einer juristischen Person auf ihrer Einsetzung als Erbin, so hängt, wenn der Reinwert des Nachlasses nicht über 5000 M. beträgt, der gesamte Erwerb von Todes wegen von der Genehmigung ab. Der Erwerb ist durch die Verweigerung der Genehmigung auflösend bedingt. Der Eintritt der Bedingung begründet abweichend vom § 159 BGB. eine dingliche Rückwirkung. Ist zum Erwerb einer Erbschaft staatliche Genehmigung erforderlich, so kann bis zur Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung eine Nachlaßpflegschaft angeordnet werden. **d)** **RG. 76** 385. Die vom KG. gegen die Auslegung des Art. 6 nach seinem Wortlaut erhobenen Bedenken sind nicht durchschlagend. Maßgebend ist im Falle des Art. 6 der Wert der Nachlaßgegenstände ohne Abzug der Schulden. **e)** KGJ. **40** A 213, DNotV. **11** 935 (KG.). Ist eine juristische Person zur Erbin eingesetzt, so bedarf es zur Auflassung eines Nachlaß- grundstücks durch den zur Verwaltung des Nachlasses berechtigten Testamentsvollstrecker weder des Nachweises der in Artt. 6, 7 PrAGBGB. vorgesehenen Genehmigungen noch des Nachweises der Genehmigung der Aufsichtsbehörde zur Veräußerung des Grundstücks, die etwa sonst nach besonderer gesetzlicher Vorschrift für die juristische Person einzuholen ist. **f)** WürttJ. **11** 303 (Stuttgart). Die zum Rechtserwerb einer juristischen Person erforderliche Genehmigung wird nicht dadurch überflüssig, daß der zugewendete Gegenstand bereits einer juristischen Person gehört. **g)** PosMSchr. **11** 75 (Posen). Vor Erteilung der Genehmigung kann eine als Erbin eingesetzte juristische Person von den Nachlaßgläubigern nicht in Anspruch genommen werden

5. Sammelvermögen. **a)** Vgl. Note 3 a. **b)** Lindemann aaO.

erklärt gegen Seckel den oder die Sammler für Eigentümer des gesammelten Geldes, im Falle einer Mehrheit von Sammlern nach Maßgabe der für das Gesellschaftsvermögen geltenden Grundsätze (§§ 718 ff. BGB.), beschränkt nur durch die obligatorische Verpflichtung, das Geld dem bei Beginne der Sammlung kundgegebenen Sammelzweck gemäß zu verwenden. Die Haftung der Sammler ist auf das Sammel vermögen beschränkt (vgl. Puchelts Z. **37** 484 [Karlsruhe]). **c)** Vgl. über das Sammel vermögen im übrigen unten zu § 1914.

I. Vereine.

1. Allgemeine Vorschriften.

Literatur: Ebner, Unsere Vereine und ihr Recht. I. Wie erlangt ein Verein die Rechtsfähigkeit? GesuR. **12** 217.

Vorbemerkungen: Allgemeines. Verhältnis des rechtsfähigen zu dem nicht rechtsfähigen Vereine. **a)** **RG.** LeipzZ. **11** 610, R. **11** Nr. 3408. Schon vor der Entstehung des rechtsfähigen Vereins können von der Gründergesellschaft — Vorverein — Verpflichtungen eingegangen werden die dann nach Erlangung der Rechtsfähigkeit auf den rechtsfähigen Verein übergehen. Der Verein bleibt derselbe, nur die Rechtsform ändert sich. Jedoch gilt die Befugnis nur für solche Rechtsgeschäfte, für die ein unabweisbares Bedürfnis vorhanden ist, z. B. nicht für solche, die nicht Gründungszwecken dienen, sondern schon zum Vereinsbetriebe selbst gehören. **b)** *Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung (s. unten zu §§ 90 ff.). Der konstruktive Gegensatz zwischen Verein und Stiftung ist der zwischen Verwaltung und Vertretung: Der Vorstand des Vereins ist Vertreter des Gesamtwillens, der Interessen- und Verwaltungssubjekt zugleich ist. — Der Vorstand der Stiftung ist Verwaltungssubjekt des Stiftungsvermögens, während die Destinatäre die rechtlich machtlosen Interessensubjekte sind (96, 97). **c)** Ganz aaO. Es kann zweifelhaft sein, ob die Auskunftsvereine nicht nur scheinbar Vereine, in Wahrheit aber wirtschaftliche Unternehmungen des Geschäftsführers sind. Nach der Organisation und dem Zwecke liegt aber wirklich ein Verein vor.

§§ 21, 22. Literatur: Marcus, Die Eintragungsfähigkeit nichtwirtschaftlicher Vereine in das Handelsregister, R. **11** 726.

1. Allgemeines. Marcus aaO. Der Umstand, daß ein Verein laut Satzung ein Idealverein ist, hindert noch nicht seine Eintragung ins Handelsregister. Auch ein solcher kann, wenn auch nur im Dienste seines gemeinnützigen Zweckes, ein Handelsgewerbe betreiben.

2. Begriff des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs. **a)** Ganz aaO. Der Zweck des Auskunftsvereins ist nicht auf wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet, weil die Erzielung eines von dem Nutzen der Mitglieder getrennten Nutzens des Vereins ausgeschlossen ist. **b)** Die Entsch JDR. **9** Note 2 f. auch DNotV. **11** 810.

3. Zu Unrecht erfolgte Eintragung. **a)** Vgl. JDR. **7** Note 2, **8**, **9** Note 3. **b)** OLG. **22** 110 (KG.). Die Eintragung hat, ebenso wie die Verleihung, rechtschaffende Kraft. Die Rechtsfähigkeit tritt also ein, auch wenn die Voraussetzungen des § 21 nicht vorliegen. Dies ergibt der Wortlaut des § 21 und erfordert die Sicherheit des Verkehrs. **c)** Ganz aaO. Ist der Verein eingetragen, so kann seine Rechtsfähigkeit aus §§ 21, 22 überhaupt nicht mehr ohne weiteres in Frage gestellt werden. Dies erfordert die Rechtssicherheit.

4. Religionsgesellschaften. **a)** Vgl. JDR. **4**, **8**, **9** Note 4. **b)** **RG.** **77** 19, JW. **11** 801, R. **11** Nr. 708, HessRspr. **12** 266. Eine „freie Religionsgemeinde", die unter der Herrschaft des ALR. als erlaubte Privatgesellschaft zu gelten hatte, kann diese Eigenschaft nach Inkrafttreten des BGB. beibehalten oder durch Satzungs-

änderung sich dem neuen Rechte unterstellen. Entfaltet sie ihre Tätigkeit in Preußen, so erlangt sie durch eine außerhalb Preußens erfolgende Eintragung ins Vereinsregister nicht Rechtsfähigkeit. c) Die Entsch. JDR. **9** Note 4 b auch RJA. **10** 181.

§ 24. Schwandt aaO. Sitz des Vereins ist der statutarische Sitz, der nicht notwendig mit dem tatsächlichen Verwaltungssitz übereinstimmen muß.

§ 25. JMBl. **11** 306. AVf. des Finanzministers vom 6. Juli 1911 über die Versteuerung der Satzungen (Statuten) von Gesellschaften, Körperschaften, Stiftungen, Vereinen und Anstalten (Tarifst. 25 e Abs. 1 Ziff. 2 LStG.).

§ 26. a) *Grosch aaO 446. Das Organ hat von Rechts wegen die Zuständigkeit, als eine „bloß" juristische Person rechtlich tätig werden zu können; der Stellvertreter dagegen kann für eine andere juristische Person, oder überhaupt für einen Rechtsträger rechtswirksam agieren. Das BGB. hat, wie E. J. Bekker moniert, den Ausdruck „Organ" mit Unrecht vermieden und dadurch Unklarheit zwischen Organschaft und Stellvertretung verursacht. Anders Schweiz. ZGB. Artt. 54 u. 55. **b)** R. **11** Nr. 2497, BayRpflZ. **11** 231 (Bamberg). Eine (bayerische) Gemeinde haftet, wenn der Bürgermeister dem Vertragsgegner eine formell einwandsfreie Ausfertigung des zustimmenden Gemeindebeschlusses ausgehändigt hat, auch wenn dieser in Wirklichkeit nicht zustande gekommen ist.

§ 27. BreslauAK. **11** 47 (Breslau). Die Frage, ob die Wahl eines Vorstandsmitglieds gültig zustandegekommen ist, betrifft nur dessen Innenverhältnis zum Verein und berührt nicht die Rechte Dritter, die mit diesem Vorstandsmitgliede kontrahiert haben.

§ 28. a) Vgl. JDR. **8** Note 1. **b)** **RG.** JW. **11** 1013, R. **11** Nr. 3604. Es ist ein in der Rechtsprechung des RG. und der Literatur anerkannter Satz, daß bei Kollektivvertretungen juristischer Personen die Kenntnis einer Tatsache auf seiten eines Kollektivvertreters genügt, um die Kenntnis der vertretenen Person anzunehmen, und daß die Kenntnis eines Wissensorgans einer Körperschaft innerhalb seines Zuständigkeitskreises als Wissen der Körperschaft zu gelten hat. **c)** ThürBl. **38** 14 (Jena). Es ist kein Bedenken, die §§ 28 Abs. 1, 32, 34 auf die Beschlüsse des Grubenvorstandes einer Gewerkschaft anzuwenden.

§ 29. Literatur: (Anonym). Anwendbarkeit des § 29 BGB. auf den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, HoldheimsMSchr. 11 243.

a) Die Entsch. JDR. **9** Note auch **RG. 74** 301, JW. **11** 59. **b)** HoldheimsMSchr. **11** 243. § 29 ist in der Praxis auf die Vorstandsmitglieder der AG. für anwendbar erklärt. Für die Aufsichtsratsmitglieder fehlen Präjudizien. Aber auch für sie muß die Frage der Anwendbarkeit bejaht werden. **c)** Vgl. § 54 Note 2 b.

§§ 30, 31. Literatur: Breit, Reformbedürftigkeit des Schadensersatzrechts, DJZ. 11 1367.

1. Bedeutung. Anwendungsgebiet. **a)** **RG. 76** 48. § 31 ist auch auf die Genossenschaften anwendbar. **b)** **RG.** JW. **11** 939, LeipzZ. **11** 926, WarnE. **11** 465, R. **11** Nr. 3409, 3410, BayRpflZ. **11** 463. § 31 gilt auch für die durch besondere Reichsgesetze geschaffenen juristischen Personen, z. B. für Aktiengesellschaften. Er hat nicht die Bedeutung, daß bei einem Tätigwerden der Vereinsorgane für den Verein als Täter in bezug auf unerlaubte Handlungen nur der Verein hafte. Die physische Person, die die Handlung begangen hat, haftet in erster Linie. **c)** Ganz aaO. Auf nicht rechtsfähige Vereine ist § 31 nicht anwendbar. **d)** Breit aaO. § 31 ist auch auf die handelsrechtlichen juristischen Personen anwendbar. **e)** Grünebaum, R. **11** 784. Als Unternehmer gemäß § 904 RVO. haften auch juristische Personen für das Verschulden ihrer Willensorgane (vgl. § 89 Note 1).

2. Verfassungsmäßig berufener und besonderer Vertreter. **a)** Die Entsch. JDR. **9** Note 2 b auch LeipzZ. **11** 139, WarnE. **11** 65,

SeuffA. **66** 179. **b)** **RG.** BayRpflZ. **11** 283. Der Vertreter einer Zweigniederlassung ist ein verfassungsmäßig berufener Vertreter, wenn die Satzung die Errichtung von Zweigniederlassungen und die Bestellung von Vorstehern hierfür vorgeschrieben hat. **c)** SchlHolstAnz. **11** 108 (Kiel). Verfassungsmäßig berufene Vertreter der GmbH. sind nur die Geschäftsführer. Ein von ihr durch Dienstvorschrift die sich als organisatorische Verwaltungsbestimmung kennzeichnet und der Satzung im Sinne des § 30 gleichzustellen ist, angestellter Gasmeister ist Vertreter nach § 30. **d)** **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 172. Eine eingetragene Genossenschaft haftet für die Veruntreuungen ihres Kassierers, die dieser bei Entgegennahme von Einzahlungen begangen hat, sei es nach § 31, sei es nach § 831. **e)** B r e i t aaO. Ob ein Prokurist ein verfassungsmäßig berufener Vertreter ist, hängt nach der jetzigen Stellung des RG. davon ab, ob die Bestellung von Prokuristen durch die Satzung vorgesehen ist. Der Kreis der Vertreter nach §§ 30 und 31 ist der gleiche. Daß der zufällige Wortlaut des Statuts maßgebend ist, ist unbefriedigend, da die Stellung des Prokuristen dadurch nicht beeinflußt wird. **f)** Vgl. § 89 Note 2.

3. H a f t u n g b e i K o l l e k t i v v e r t r e t u n g. **a)** Vgl. JDR. **7** Note 4, **9** Note 3. **b)** **RG.** BayRpflZ. **11** 283. Bei unerlaubten Handlungen eines Prokuristen ist es für die Haftung des Vereins unerheblich, ob der Betreffende nur Gesamtprokura hatte. **c)** B r e i t aaO. Der Verein haftet für den Betrug eines Kollektivvertreters auch dann, wenn dieser Betrug gerade darin besteht, daß er die Zustimmung eines anderen Kollektivvertreters vorgespiegelt hat. Daß dem Kollektivvertreter nicht der Abschluß von Rechtsgeschäften, sondern nur die M i t w i r k u n g bei ihrem Abschlusse zusteht, ist eine Unterscheidung ohne Wert. **d)** Vgl. § 28 Note b.

4. K l a g e b e g r ü n d u n g u n d e i n z e l n e F ä l l e. **a)** Vgl. § 89 Note 3, 4. **b)** Die Entsch. JDR. **9** Note 4 b auch SeuffA. **66** 345, SeuffBl. **11** 101. **c)** **RG.** SeuffA. **66** 348. Der Bezeichnung und Feststellung der physischen Person, auf deren Verhalten der Unfall zurückzuführen ist, bedarf es nur dann nicht, wenn der festgestellte Sachverhalt die Annahme begründet, daß der Schaden durch Handlungen oder Unterlassungen von verfassungsmäßig berufenen Vertretern herbeigeführt sein muß, z. B. wenn der gefährliche Zustand sich als dauernder unter den Augen der verfassungsmäßig berufenen Vertreter am Sitze der Verwaltung befunden hat. **d)** **RG.** SeuffA. **66** 348. Eine juristische Person, die die Unterhaltung von Straßenpflaster übernommen hat, muß sich davon überzeugen, daß der damit betraute Beamte seine Aufgabe ordnungsmäßig erfüllt, und haftet für die Verletzung dieser Überwachungspflicht. **e)** FrankfRundsch. **45** 156 (Frankfurt). Ein gefahrbringender Zustand des Fußbodens eines Kurhauses, der seit 2 Jahren besteht, kann den verfassungsmäßigen Vertretern der Kurverwaltung nicht unbekannt geblieben sein. Diese haftet deshalb ohne weiteres. **f)** RheinA. **108** 292 (Cöln). Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt erscheint für die Regel n i c h t als verletzt, wenn eine Eisenbahnverwaltung die Abschrankung oder Überwachung an einem Übergang unterläßt, wo die Aufsichtsbehörde solche Maßregeln trotz eingehender Prüfung nicht für notwendig gehalten hat.

§ 32. Vgl. § 28 Note c.

§ 34. **a)** SächsRpflA. **11** 312 (Dresden). § 34 ist keine allgemeine Rechtsnorm, die für alle Körperschaften des Reichs- und Landesrechts Geltung beanspruchen könnte. Nach seiner Stellung im System gehört er zu den Vorschriften über die Verfassung der dem BGB. unterstellten juristischen Personen. Dazu gehören nicht durch Landesgesetz geregelte bergrechtliche Gewerkschaften. **b)** Vgl. § 28 Note c.

§ 35. **a)** **RG.** JW. **11** 747, R. **11** Nr. 3603. Für die Frage, ob eine Satzungsbestimmung durch Satzungsänderung beseitigt werden könne oder ein unentziehbares Sonderrecht bilde, ist die Satzung selbst allein maßgebend (statutarisch fest-

gelegter Einfluß eines Muttervereins auf den Tochterverein). **b)** SächsRpflA. **11** 317 (Dresden). Die Mitglieder einer sächsischen „Altgemeinde" haben ein Sonderrecht auf anteilige Nutzung der der Altgemeinde gehörigen und von dieser verwalteten Vermögensstücke, jedoch kein Sonderrecht auf die Art und Weise der Verwaltung dieser Vermögensstücke. **c)** Buchdrucker, ZBlFG. **11** 582. Das einem Vereinsmitglied eingeräumte Vetorecht gegen Vereinsbeschlüsse kann zu den Sonderrechten gehören. **d)** Vgl. § 71 Note a.

§ 38. SächsOLG. **32** 268, LeipzZ. **11** 565 (Dresden). Ist in den Statuten eines — rechtsfähigen oder nicht rechtsfähigen — Vereins bestimmt, daß die Mitglieder für die Schulden des Vereins haften, so besagt dies nur, daß neben dem Vereine dessen Mitglieder den Gläubigern des Vereins haften, nicht dagegen, daß die Mitglieder dem Vereine gegenüber zur Berichtigung der Vereinsschulden verpflichtet sind.

§ 39. 1. Austritt von Mitgliedern. **a)** Vgl. JDR. **8** Note 1, **9** Note 1 b. **b)** **RG.** R. **11** Nr. 3605. Ist für die Kündigungserklärung eine besondere Übersendungsform — eingeschriebener Brief — vereinbart, so hat die Nichtbeobachtung der Form die Unwirksamkeit nicht zur Folge wenn die Erklärung tatsächlich rechtzeitig zur Kenntnis des Vorsitzenden gelangt ist. Der Zweck der Vereinbarung erschöpft sich in der Gewähr für die Erlangung der Kenntnis. **c)** BadRpr. **11** 188 (BadVerwGH.). Ortsviehversicherungsvereine sind öffentlich-rechtliche Versicherungsanstalten und nicht privatrechtliche Vereine. Daher ist nach den geltenden Bestimmungen ein Ausscheiden nur auf dem Wege der Auflösung des Vereins möglich. Beliebiger Austritt ist nicht gestattet. **d)** WürttJ. **11** 127, WürttRpflZ. **11** 96, SeuffBl. **11** 288, R. **11** Nr. 2498 (Stuttgart). Die Austrittsvorschriften können durch die Satzung nicht erschwert werden. Als Erschwerung erscheint zwar nicht das Verlangen einer schriftlichen Erklärung, wohl aber die Verlängerung der Austrittsfristen. Die Eintragung des Vereins macht eine solche Satzung nicht bindend.

2. Ausschließung von Mitgliedern. **a)** Vgl. JDR. **2** Ziff. 1, **4** Ziff. 2, **5** Ziff. 2, **6** Note b, **7** Noten, **8** Note 2, **9** Noten. **b)** Die Entsch. JDR. **9** Note 1 a auch BadRpr. **11** 41. **c)** BadRpr. **11** 65 (Karlsruhe). Gegen den Ausschluß eines Mitglieds aus einer eingeschriebenen Hilfskasse ist der Rechtsweg zulässig.

§ 41. OLG. **22** 113, R. **11** Nr. 1478 (Hamburg). Auflösung eines Vereins im rechtlichen Sinne tritt nicht nur ein, wenn er einfach aufhört, sondern auch wenn er seine rechtliche Selbständigkeit verliert, so z. B. wenn er sich unter Aufgabe seiner Verfassung und seiner Organe mit einem anderen vereinigt.

§ 46. Burchard, LeipzZ. **11** 340. § 72 RGes. vom 30. Mai 1908 bezieht sich nicht auf den Fall des Anfalls des Vermögens eines aufgelösten Vereins an den Fiskus.

§ 54. Literatur: Geiler, Verein und Gesellschaft, LeipzZ. **11** 505. — Klarenaar, § 723 Abs. 1 BGB. — eine Klippe für Kartellvereine, LeipzZ. **11** 918. — Oertmann, Das Recht der Tarifgemeinschaften zur Ausschließung von Mitgliedern, SozPr. **31** 102. — Rundstein, Beiträge zur Dogmatik des Tarifvertragsrechts, ABürgR. **36** 204 ff.

1. Allgemeines. Wesen des nicht rechtsfähigen Vereins. **a)** Vgl. JDR. **1** Note 1, **3** Note 1, **4** Note 1, 4, **6**, **7** Note 2, **8**, **9** Note 1. **b)** **RG. 74** 371, JW. **11** 100, LeipzZ. **11** 295, R. **11** Nr. 277—279. An der Begriffsbestimmung **RG. 60** 94, 99 ist festzuhalten. Maßgebend ist nicht die von den Beteiligten gewählte Bezeichnung, sondern der objektive Inhalt der für ihre Rechtsverhältnisse nach innen und außen hin von ihnen gegebenen vertraglichen Bestimmungen. Gegen das Vorliegen eines nicht rechtsfähigen Vereins spricht es nicht, wenn laut Statut zur Vermeidung von Legitimationsschwierigkeiten Vermögensstücke der Gesellschaft auf den Namen des Vorstandsvorsitzenden eingetragen werden sollen.

c) Geiler aaO. Nach heutigem Sprachgebrauch unterscheiden sich Verein und Gesellschaft nicht unter dem Gesichtspunkte der Rechtsfähigkeit. Auch die korporative Organisation und die Veränderlichkeit des Personenstandes sind nicht nur dem Verein eigentümlich. Unhaltbar aber ist die Auffassung, der nicht rechtsfähige Verein sei nur eine Abart der Gesellschaft. Die Abgrenzung ist in erster Linie wirtschaftlicher Natur und liegt in dem Verhältnisse des Gemeinschaftsmitglieds zum Gemeinschaftsvermögen. Dieses ist bei den als Verein bezeichneten Gemeinschaften so lose, daß das Vereinsvermögen wirtschaftlich nicht als Vermögen der Mitglieder betrachtet wird. Es besteht also keine wirtschaftliche Beteiligung der Mitglieder am Vereinsvermögen. Die Aktiengesellschaften, GmbH., Genossenschaften sind daher Gesellschaften. Vor ihrer Eintragung ins Register sind sie daher nicht als Vereine ohne Rechtsfähigkeit, sondern als Gesellschaften des bürgerlichen Rechtes anzusehen. **d)** WürttJ. **11** 255 (Stuttgart). Die Bestellung eines „Rechtsträgers", der befugt sein soll, nach außen die den Mitgliedern zustehenden Rechte in eigenem Namen für Rechnung des Vereins geltend zu machen, ist rechtswirksam und enthält keine Umgehung der gesetzlichen Bestimmungen über die Erlangung der Rechtsfähigkeit. **e)** Lent, Besprechung von Lindemann „Der nicht rechtsfähige Verein" (vgl. JDR. **9**), DJZ. **11** 1282. Die Ansicht, daß eine Bestimmung über Zahl und Bestehen der Vorstandsmitglieder zum notwendigen Inhalte der Satzung gehört, ist unrichtig, weil solche Bestimmung auch für den rechtsfähigen Verein nicht wesentlich ist und die Mitgliederversammlung jederzeit einen Vorstand berufen und jene Bestimmungen auch nachholen kann.

2. Anwendung des Vereins- und Gesellschaftsrechts **a)** KGBl. **11** 35 (KG.). Der Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins ist nach Ablauf seines Amtes nicht befugt, irgendwelche dem Vorstande zukommenden Funktionen auszuüben, auch nicht eine Versammlung zur Neuwahl des Vorstandes einzuberufen. Hat der Vorstand Handlungen, die er während seiner Amtszeit hätte vornehmen sollen, unterlassen, so kann er nicht nachträglich dazu gezwungen, sondern nur für etwaigen Schaden haftbar gemacht werden. Es fehlt auch nicht an der Möglichkeit der Neuwahl eines Vorstandes. Zwar ist § 29 auf den nicht rechtsfähigen Verein nicht anwendbar. Jedes Mitglied ist aber befugt, wenn kein Vorstand vorhanden ist, eine Mitgliederversammlung einzuberufen. **b)** OLG. 22 115, R. **11** Nr. 1479 (Düsseldorf). Auch der nicht rechtsfähige Verein haftet für Verschulden seiner Willensorgane nach § 31: Denn das Vereinsvermögen ist für die Mitglieder nicht bloß ein Sondervermögen, sondern auch dadurch mit dem einer juristischen Person nahe verwandt, daß es der Gesamtheit der jeweiligen Mitglieder zusteht. **c)** Dagegen: R. **11** Nr. 963 (Cöln). § 31 ist auf nicht rechtsfähige Vereine nicht anwendbar. — Ebenso Gauz aaO. **d)** HansGZ. **11** Beil. 281 (Hamburg). Die Geschäftsführung des nicht rechtsfähigen Vereins darf nach dem Willen der Mehrheit der Mitgliederversammlung geregelt werden. Der Anspruch auf die vereinbarten Beiträge steht nicht der Gesellschaft als solcher, sondern den Gesellschaftern gegenseitig zu. Es kann bestimmt werden, daß diese Ansprüche zum Gesellschaftsvermögen gehören. **e)** OLG. 22 342 (Braunschweig). Nach §§ 54, 709 ist zur Vornahme eines in den Geschäftskreis des Vorstandes fallenden Rechtsgeschäfts die Zustimmung aller Vorstandsmitglieder erforderlich. Die Satzung kann aber ein anderes bestimmen. **f)** SächsRpflA. **11** 365 (Dresden). Nach Auflösung gilt der nicht rechtsfähige Verein zum Zwecke der Auseinandersetzung jedenfalls so lange als fortbestehend, als noch ungeteiltes Vermögen da ist. § 730 Abs. 2 BGB. wird durch Anwendung auf ein anderes Rechtsgebilde, den nicht rechtsfähigen Verein, der besonderen Bedeutung als nur das Innenverhältnis der Gesellschafter betreffende Vorschrift entkleidet. Als gesetzliche Vertreter im Liquidationsstadium sind nur alle Mitglieder anzusehen. **g)** Klarenaar aaO. Kartellvereine auf unbestimmte

Zeit sind mit Rücksicht auf die zwingende Vorschrift des § 723 Abs. 1 BGB. zur Erreichung ihres Zweckes ungeeignet. Bei Eingehung auf bestimmte Zeit hört der Verein mit diesem Zeitpunkt ohne weiteres auf, nach der Satzung wirkend zu sein. Die Mitglieder sind nicht mehr gebunden. Der Verein existiert nur noch als Abwickelungsverein. Umgehungen durch Festsetzung von Vermögensnachteilen im Falle der Kündigung oder teilweisen Verzicht auf das Kündigungsrecht sind nichtig. Eine Bestimmung, wonach die Dauer begrenzt ist, der Verein aber bei Ablauf dieser Zeit fortbestehen soll, falls nicht besondere, angegebene Umstände eintreten, enthält eine Vereinbarung auf unbestimmte Zeit und ist daher ebenfalls ungeeignet, das Kündigungsrecht rechtswirksam zu beschränken. **h)** Loebinger, DJZ. **11** 151. §§ 705 ff. bilden für den nicht rechtsfähigen Verein kein Hindernis, satzungsmäßig zu bestimmen, daß Satzungsänderungen durch Mehrheitsbeschlüsse herbeigeführt werden können. **i)** Vgl. im übrigen auch Note 6.

3. Wer ist nicht rechtsfähiger Verein? **a) RG. 76** 26, JW. **11** 546, DJZ. **11** 985, LeipzZ. **11** 456, R. **11** Nr. 2293, 2294. Die Tarifgemeinschaft der deutschen Buchdrucker ist ein nicht rechtsfähiger Verein. **b)** Rundstein aaO. Bei der Tarifgemeinschaft muß neben den Einzelmitgliedern als Privatrechtssubjekten ihre Kollektivität als ein besonderes Privatrechtssubjekt mit selbständiger Existenz, mit originären Rechten und Verbindlichkeiten anerkannt werden. **c) RG. 76** 277, JW. **11** 707, LeipzZ. **11** 610, R. **11** Nr. 2793. Die Karakterisierung einer „Kalibohrgesellschaft" als nicht rechtsfähigen Vereins, entsprechend der vom RG. festgehaltenen Begriffsbestimmung ist zutreffend. **d)** SchlHolstAnz. **11** 107 (Kiel). Die Besatzung eines Torpedoboots, die sich zu gemeinsamer Beköstigung als Kantine zusammenschließt, ist ein nicht rechtsfähiger Verein. **e)** ElsLothJZ. **11** 185 (Colmar). Ein reichsländischer, aus mehreren Gemeinden bestehender Kreisstraßenverband ist ein nicht rechtsfähiger Verein. **f)** OLG. **23** 161 (Breslau). Die „Vertretung der freien Studentenschaft" ist kein nicht rechtsfähiger Verein. Eine Personenmehrheit, deren Aufgabe sich darin erschöpft, die Geschäfte einer anderen, größeren Personenmehrheit wahrzunehmen, hat daneben kein selbständiges Dasein.

4. Haftung der Mitglieder. a) Vgl. JDR. **1** Note 7, **5** Note 5, **6** Note 9, **7** Note 5, **8** Note 3, **9** Note 5. **b) RG. 74** 371, JW. **11** 100, LeipzZ. **11** 295, R. **11** Nr. 277—279. Ausdrückliche Beschränkung der Haftbarkeit der Mitglieder auf das Vereinsvermögen ist kein charakteristisches Merkmal des nicht rechtsfähigen Vereins. **c)** Die Entsch. JDR. **9** Note 5 e ist bestätigt durch **RG.** R. **11** Nr. 661, MSchutzuWettbew. **10** 179. **d)** Statutarische Haftung für die Vereinsschulden vgl. § 38 Note.

5. Haftung des Handelnden. a) Vgl. JDR. **7** Note 6, **8** Note 4, **9** Note 6. **b) RG.** R. **11** Nr. 2794. § 54 Abs. 2 ist dispositiv. Die Haftung des Handelnden kann durch Vereinbarung mit dem Dritten rechtswirksam ausgeschlossen werden. **c) RG.** LeipzZ. **11** 610, R. **11** Nr. 2793. § 54 Abs. 2 unterscheidet nicht, ob innerhalb der Grenzen der Vertretungsmacht gehandelt worden ist oder nicht, er setzt nicht einmal voraus, daß die handelnde Person dem Vorstand angehört. § 179 kommt gegenüber § 54 nicht in Betracht.

6. Ausschluß und Austritt von Mitgliedern. **a) RG.** LeipzZ. **11** 455. Es bedeutet einen Verstoß gegen § 723 Abs. 3, wenn in der Satzung die Wirksamkeit der Kündigung davon abhängig gemacht wird, daß sie von mindestens 3 Mitgliedern zugleich erfolgt. Ob daraufhin die ganze Satzung nichtig ist, ist quaestio facti. **b)** Vgl. JDR. **7** Note 7, **8** Note 6, **9** Note 7. **c)** HansGZ. **11** Beibl. 281 (Hamburg). Zulässig ist eine Bestimmung, wonach den Mitgliedern das Recht der Kündigung versagt und bestimmt wird, daß ohne Aufhebung der Identität des Vereins einzelne Mitglieder ausscheiden können, wenn sie Anteile an einen neuen Erwerber, der für sie eintritt, veräußern. **d)** OLG. **22** 178, DJZ. **12** 102, R. **11** Nr. 2499

(KG.). Auch beim nicht rechtsfähigen Verein ist das Gericht nur befugt, nachzuprüfen, ob der Beschluß, der ein Mitglied ausschließt, gegen Gesetz oder Satzung verstößt. Im übrigen hat der Verein Autonomie. **e**) OLG. **22** 342 (Braunschweig). Eine so wichtige Angelegenheit wie der Ausschluß eines Mitglieds muß allen Vorstandsmitgliedern bei der Einladung zur entscheidenden Versammlung mitgeteilt werden. Dem Auszuschließenden muß Gehör gewährt werden. Der Beschluß darf erst nach gemeinsamer Beratung der Vorstandsmitglieder und gründlicher Prüfung und Erörterung gefaßt werden. **f**) OLG. **22** 115 (KG.). Zur Ausschließung von Mitgliedern ist der nicht rechtsfähige V. auch im Liquidationsstadium befugt. Der Ausschluß kann auch von Bedingungen abhängig gemacht werden. Ausschluß wegen Säumigkeit der Pflichterfüllung verstößt nicht gegen die guten Sitten. **g**) Oertmann aaO. Auch bei nicht rechtsfähigen Vereinen und bei diesen erst recht, ist im Zweifel anzunehmen, daß die in der Satzung aufgezählten Ausschließungsgründe nicht erschöpfend sind. Das ergibt sich schon aus § 723 BGB. Hiernach ist Ausschluß aus jedem wichtigen Grunde zulässig. Welche Gründe solche sind, ist nach den besonderen Zwecken jedes Vereins zu beurteilen. Maßregelung von Arbeitern ist nicht schlechthin ein wichtiger Grund zum Ausschluß aus einer Tarifgemeinschaft, wohl aber wenn die Maßregelung wegen der Zugehörigkeit zu einem Arbeiterverband erfolgt. Zur Rechtfertigung des Ausschließungsbeschlusses kann nicht nachträglich ein anderer Tatbestand herangezogen werden. Die Anführung unzutreffender rechtlicher Gesichtspunkte hindert aber die Wirksamkeit des Beschlusses nicht.

7. Der nicht rechtsfähige Verein im Prozesse. **a**) Vgl. JDR. **7** Note 8, **8** Note 7, **9** Note 8. **b**) OLG. **22** 115 (Düsseldorf). Auch der in Liquidation befindliche nicht rechtsfähige Verein ist passiv parteifähig.

2. Eingetragene Vereine.

§ 57. Vgl. § 54 Note 1 e.

§ 60. a) Vgl. JDR. **8** Note b zu § 67, **9** Note a zu § 60. **b**) DJZ. **11** 1563, BayObLG. **11** 729, SeuffBl. **11** 278, R. **11** 448 (BayObLG.). Wiederholung der Entsch. JDR. **8** Note b zu § 67.

§ 67. Literatur: Peperhowe, Zweckmäßige Änderung des § 67 BGB · DJZ. **11** 643. — Derselbe, Aus der Praxis des § 67 BGB. DRZ. **11** 107.

a) Peperhowe. Es empfiehlt sich, § 67 dahin abzuändern, daß nur die Änderung des Vorstandes und die Beendigung der Vertretungsbefugnis eines Mitglieds anzumelden sind. **b**) DNotV. **11** 106, DJZ. **10** 432 (BayObLG.). Erst nach Eintragung der Satzungsänderung über die Zusammensetzung des Vorstandes kann nach ihrer Maßgabe der neue Vorstand gebildet werden. Die Anmeldung des neuen Vorstandes liegt dann diesem ob (vgl. § 71 Note b).

§ 71. a) DJZ. **11** 1094 (KG.). Das einzelne Mitglied hat gegen Eintragungen ins Vereinsregister ein Beschwerderecht, wenn die Eintragung sein Sonderrecht beeinträchtigt. Da dem Mitgliede die Anfechtung gesetz- und ordnungswidrig gefaßter Beschlüsse der Mitgliederversammlung zusteht, trifft dies zu bei Beschwerde über Eintragung eines nicht ordnungsmäßig zustandegekommenen Beschlusses. Indessen hat das Registergericht die Urkunden nur dahin zu prüfen, ob ihr Inhalt die Eintragung rechtfertige, nicht aber, ob die betreffende Mitgliederversammlung ordnungsmäßig berufen war. **b**) Die Entsch. JDR. **9** Note b auch DNotV. **11** 106, DJZ. **10** 432. Die neuen Satzungsbestimmungen über die Zusammensetzung des Vorstandes sind vom bisherigen Vorstand anzumelden, weil sie erst mit der Eintragung wirksam werden.

II. Stiftungen.

Literatur: van Erkelenz, Zur Frage des Aufsichtsrechts der Gerichte über die Familienstiftungen in Preußen, JW **10** 1036. — Graf, Begriff und Arten der „Stiftung“

in Württemberg, WürttZ. **11** B 144. — Supfle, Das RG. und die Besteuerung sozialer Stiftungen, ZAktWes. **11** 120. — Zeiler, Stiftungszweck und Zeitablauf, ZBlFG. **12** 11, DNotV. **11** 678, BayNotZ. **11** 386.

§ 80. 1. Allgemeines. Stiftungszweck. **a)** Grosch aaO. Die Stiftung ist eine juristische Person ganz wie der rechtsfähige Verein „und die physische Person", soweit sie die vom Rechte aufgestellten Bedingungen erfüllt. Die Ansicht Hölders, wegen des Erfordernisses der Staatsgenehmigung gebe es keine privaten Stiftungen, beruht auf unzulässiger Identifizierung der Anerkennung seitens der Rechtsordnung mit der auf Grund ihrer ins Leben gerufenen Stiftung selbst. **b)** Fischbach aaO. Das Sammelvermögen ist keine Stiftung, vgl. unten zu § 1914. **c)** Zeiler aaO. Der sinkende Geldwert bedingt für die auf Jahrhunderte angelegten Stiftungen eine unaufhaltsame Entwertung. Abhilfe dagegen würde es schaffen, wenn die Stiftungen gesetzlich gezwungen würden, jährlich einen Teil ihrer Erträge aufzusparen und zum Kapital zu schlagen. Bis dahin kann nur entsprechende Anordnung des Stifters helfen. **d)** Verein und Stiftung, vgl. Vorbem. b vor §§ 21, 22. **e)** **RG. 75** 380. Eine selbständige Stiftung wird durch letztwillige Zuwendung bereichert und unterliegt daher der Steuer. Werden aber Vermögensstücke einem anderen mit der Auflage zugewendet, sie zugunsten eines unbestimmten Personenkreises zu verwerten, wird also ein Zweckvermögen ohne juristische Persönlichkeit gebildet, so ist der Beschwerte, auch wenn er rechtlich Eigentümer ist, nicht bereichert und daher nicht steuerpflichtig. **f)** RheinA. **108** 171 (Cöln) betrifft die Rechtsgültigkeit eines auf Grund des G. vom 8. März 1871 vereinbarten Statuts, das die Verwaltung und Verwendung der Einkünfte einer Stiftung regelt, welche einem als juristische Person anerkannten rheinischen Hospital mit der Bestimmung gewidmet ist, daß die gesamten Einkünfte für die Armen mehrerer Gemeinden zu verwenden sind.

2. Familienstiftung. **a)** Vgl. JDR. **9** Note 3. **b)** Die Entsch. JDR. **9** Note 3 a auch DNotV. **11** 39. **c)** SchlHolstAnz. **11** 33 (Kiel) behandelt den Unterschied zwischen Familienfideikommiß und Familienstiftung. **d)** SchlHolstAnz. **11** 129 (KG.) behandelt die Erfordernisse der Stiftungsurkunde einer Familienstiftung hinsichtlich der deutlichen Fassung und der Bestimmung über die Bestellung eines Vorstandes. **e)** **RG. 77** 77, JMBl. **11** 426. Der preußische Stempel für Familienstiftungen ist durch § 60 RErbschaftsstG. nicht beseitigt. **f)** van Erkelenz aaO. Eine positive Bestimmung des öffentlichen Rechtes mit Gültigkeit für die ganze preußische Monarchie, die dem Gericht die Oberaufsicht über Familienstiftungen einräumt, ist nicht vorhanden. Insbesondere folgt eine solche nicht aus § 87 BGB., Artt. 1, 2 PrAGBGB. Das frühere Landesrecht ist hierfür in Kraft geblieben. Das gemeine und französische Recht kennen eine solche Oberaufsicht nicht, wohl aber das ALR.

§ 81. JMBl. **11** 429 (KG.). Eine vom Stiftungsrichter bestätigte (genehmigte) Familienstiftung kann nur durch eine Beschwerde gegen den Bestätigungs- (Genehmigungs-) Beschluß oder durch eine Anfechtungsklage beseitigt werden, die darauf gestützt wird, daß die Stiftungsurkunde aus materiellen Gründen nichtig sei oder daß der Inhalt der Stiftungsurkunde sie ungeeignet mache, der Bestätigung (Genehmigung) einer Familienstiftung als Grundlage zu dienen. Auch die Beschwerde in Familienstiftungssachen ist in der Regel die einfache Beschwerde.

§ 82. R. **12** Nr. 2 (BayObLG.). Ist eine juristische Person letztwillig mit der Errichtung einer Stiftung beauftragt, so gehen mit deren Entstehung die für sie bestimmten Hypotheken nicht ohne weiteres kraft Gesetzes auf sie über.

§ 83. OLG. **22** 117 (Marienwerder) behandelt die Auslegung einer Testamentsbestimmung dahin, daß nicht eine neue Stiftung begründet, sondern das Kapital vorhandenen Rechtssubjekten zugewandt werden soll.

§ 85. ZBlFG. **11** 464 (LG. Darmstadt). Das Ansinnen des Testators, daß das Nachlaßgericht alljährlich Rechnung über das Vermögen einer letztwillig begründeten Stiftung entgegennehmen solle, entbehrt der gesetzlichen Stütze (§§ 1, 200 FGG.), ist insbesondere nicht aus § 85 zu begründen.

§ 87. Vgl. § 80 Note 1 f.

§ 88. ZBlFG. **11** 47 (LG. Cöln). Zur Umschreibung von Grundeigentum an die Anfallsberechtigten einer rechtsgültig aufgehobenen Familienstiftung ist Auflassung erforderlich.

III. Juristische Personen des öffentlichen Rechtes.

Literatur: Pappenheim, Die Haftung des Staates aus der Verwendung von Seeschiffen im öffentlichen Dienste nach Art. 7 EGHGB., LeipzZ. **10** 417. — Derselbe, Zur Frage der Haftung des Reiches für das Verschulden der Besatzung von Kriegsschiffen, GruchotsBeitr. **56** 19—29.

§ 89. 1. Allgemeines. Wer ist juristische Person des öffentlichen Rechtes? a) Grosch aaO. Die juristische Person des öffentlichen Rechtes wird dadurch gekennzeichnet, daß sie öffentliche Gewalt über andere juristische Personen (im weiteren Sinne) ausübt. Zu ihnen gehört der Staat. Im Bereiche des öffentlichen Rechtes gibt es aber juristische Personen, denen das imperium mangelt, die also nicht solche des öffentlichen Rechtes sind. b) Blüher aaO. Juristische Personen des öffentlichen Rechtes sind auch im Privatrechte rechtsfähig. Das öffentliche Recht gewährt aber nicht volle Gegenseitigkeit. c) **RG.** GruchotsBeitr. **55** 1005. Gesamtparochie und Einzelgemeinden stehen sich nach preußischem Rechte als selbständige juristische Personen gegenüber. Erstere haftet daher den letzteren für einen von einem Mitglied ihres Vorstandes verursachten Schaden nach §§ 31, 89. d) **RG. 74** 57. Die nach früherem Rechte in Schlesien gegründeten Gutsschulen haben eigene Rechtspersönlichkeit. e) KGJ. **40** A 109 (KG.). Subjekt des katholischen Kirchenvermögens im Gebiete des ALR. sind die Kirchengemeinden. Die Pfarre ist kein eigenes Rechtssubjekt. f) HansGZ. **11** Beibl. 185 (Hamburg). Den zur Vertretung des Hamburgischen Staates berufenen Behörden kommt selbständige Partei- und Rechtsfähigkeit nicht zu (vgl. aber Note 3 c).

2. Verfassungsmäßig berufener Vertreter. a) Die Entsch. JDR. **9** Note 2 c auch GruchotsBeitr. **55** 829, DJZ. **11** 281, SchlHolstAnz. **11** 19, HansGZ. **11** Hptbl. 13. — Bejaht: b) **RG.** JW. **11** 149, R. **11** 446, 447. Ein, den bestehenden staatsrechtlichen Bestimmungen entsprechend, auf Befehl des Landesherrn von einer Stadtverwaltung zur Oberleitung von Kanalisationsarbeiten berufener Baumeister ist verfassungsmäßig berufener Vertreter der Stadtgemeinde. Es kommt nicht darauf an, ob die Berufung von der Körperschaft bzw. ihren Organen selbst ausgeht. c) **RG.** R. **11** Nr. 1476. Der Leiter einer Kgl. Bade- und Brunnendirektion, der auf Grund von Erlassen des zuständigen Ministers durch die zuständige Regierung berufen ist, ist bei seiner selbständigen, leitenden Stellung und mit Rücksicht auf den Umfang und die Bedeutung seines Wirkungskreises verfassungsmäßig berufener Vertreter. d) **RG.** R. **12** Nr. 1. Der Bataillonskommandeur hat in bezug auf die dem Bataillon zugewiesenen Angelegenheiten — Reparatur der vom Bataillon benutzten Turngeräte — dasjenige Maß von Selbständigkeit, das zur Anwendung der §§ 30, 31 erforderlich ist. e) SchlHolstAnz. **11** 241 (Kiel). Eine städtische Hafenkommission ist verfassungsmäßig berufene Vertreterin der Stadtgemeinde. f) Bad. Rpr. **11** 265 (Karlsruhe). Der Vorstand des Tiefbauamts, einer auf Grund des § 19 a StädteO. zufolge örtlicher Satzung errichteten technischen Stelle, welche die ihr zugewiesenen Geschäfte mit gewisser Selbständigkeit erledigt, ist in seinem Geschäftskreise verfassungsmäßig berufener Vertreter. — Verneint: g) **RG.** JW. **11** 640, DJZ. **11** 1090, SächsRpflA. **11** 347. An den Grundsätzen der Entsch. **RG. 74** 21,

250 (JDR. **9** Note 2 b, c) ist festzuhalten. Der Betriebsdirektor einer städtischen Straßenbahn, der zwar als Vertreter des Oberbürgermeisters gewisse Funktionen im Betrieb ausübt, dessen Vertretereigenschaft aber weder auf Gesetz noch auf einem auf Grund des Gesetzes ergangenen Ortsstatut beruht, der vielmehr nur Angestellter ist, ist n i c h t verfassungsmäßig berufener Vertreter. **h) RG.** JW. **11** 939. Ein städtischer Bauinspektor, dessen Stellung in der Satzung nicht vorgesehen ist und der dem Stadtbaurat untersteht, ist n i c h t verfassungsmäßig berufener Vertreter, auch wenn er auf Lebenszeit angestellt und seine Stellung im wesentlichen selbständig ist. **i) RG.** SchlHolstAnz. **11** 119. Bahnwärter und Bahnmeister sind nicht verfassungsmäßig berufene Vertreter des Eisenbahnfiskus.

3. K l a g e b e g r ü n d u n g. **a)** Vgl. JDR. **6** Note 4 c, **7** Note 5 h, **8** Note 6 b, d, **9** Note 3, oben § 31 Note 4. **b) RG.** JW. **11** 594, DJZ. **11** 875. Wird eine unerlaubte Handlung des Vorstehers einer Reichsbanknebenstelle behauptet, so ist zu prüfen, ob nicht Haftung aus §§ 31, 89 begründet ist. **c)** HansGZ. **11** Beibl. 185. In einer Klage gegen den Hamburgischen Staat können die zu seiner Vertretung berufenen Behörden kurzweg an Stelle des Staates aufgeführt werden (vgl. Note 1 f).

4. E i n z e l n e F ä l l e d e r H a f t u n g. **a) RG.** R. **11** Nr. 3049. Die Stadtgemeinde haftet für die durch eine städtische Abwasserleitung verursachte Schadenszufügung. **b) RG.** JW. **11** 487. Der Reichsmilitärfiskus haftet für den durch mangelhafte Beaufsichtigung des Krümperfuhrwerksbetriebs seitens eines Regimentskommandeurs als seines verfassungsmäßig berufenen Vertreters entstandenen Schaden. **c)** BayObLG. **12** 376, R. **11** Nr. 3147 (BayObLG.). Die Gemeinde haftet, wenn ihre Organe es unterlassen, solange Zweifel darüber bestehen, wen die Streupflicht trifft, auf alle Fälle für das Streuen zu sorgen. **d)** RheinA. **108** 281. Die Gemeinde haftet, wenn ihre Willensorgane sich nicht während der Ausbesserung einer Ortsstraße von ihrem verkehrssicheren Zustand überzeugen. **e)** SächsRpflA. **11** 79 (Dresden). Die Stadtgemeinde haftet für den verkehrssicheren Zustand eines dem öffentlichen Verkehre dienenden Brückenstegs. **f)** ElsLothJZ. **11** 462 (Colmar). Für einen Unfall durch eine unverwahrte Kelleröffnung im Trottoir einer öffentlichen Straße haftet neben dem sonstigen Schuldigen auch die Stadtgemeinde. **g)** Sächs. OLG. **32** 477 (Dresden). Die Stadtgemeinde haftet für einen in ihrem Krankenhaus eingetretenen Unfall, der auf ungenügende allgemeine Anordnungen zurückzuführen ist. **h)** HansGZ. **11** Beibl. 185 (Hamburg). Überträgt eine Behörde die Ausführung von Bauarbeiten angesehenen und leistungsfähigen Firmen, so liegt ihr privatrechtlich nicht eine Aufsichtspflicht über die Ausführung ob.

5. D i e §§ 31, 89 u n d A r t. 77 E G B G B. **a)** Vgl. JDR. **1** Note 10, **2** Note 5 b, **3**, **4** Note 6, **5**, **6** Note 5, **7**, **8** Note 7, **9** Note 5. **b) RG.** JW. **11** 803. Die Hamburgische Senatskommission handelt bei Erlaß einer Instruktion für das Gerichtsvollzieheramt in Ausübung der Justizhoheit, nicht privatrechtlicher Verrichtungen. **c)** KGBl. **11** 48 (KG.). Die Fürsorge für die von einem preußischen Amtsvorsteher beschlagnahmten Gegenstände gehört nicht zu den Hoheitsrechten, sondern zur staatlichen Vermögensverwaltung. Daher haftet im Falle der Aufhebung der Beschlagnahme bei Verlust infolge Verschuldens des Amtsvorstehers der Staat. **d)** HansGZ. **11** Beibl. 253 (Hamburg). Bei der Verantwortlichkeit des Staates für das Verschulden eines Gerichtsvollziehers ist zu unterscheiden, ob der auftragerteilende Gläubiger oder eine dritte Person zu Schaden gekommen ist. Im ersteren Falle ist der Staat unbedingt verantwortlich, im letzteren sind zwar nicht §§ 31, 89, wohl aber § 831 BGB. anwendbar. **e)** HansGZ. **11** Hptbl. 306 (Hamburg). Wenn eine von Beamten geführte Zollbarkasse nach Einnahme von Wasser und Ablegung vom Ponton wieder auf ihre Station fährt, so handeln die Beamten n i c h t in Ausübung der öffentlichen Gewalt. **f)** HansGZ. **11** Beibl. 11 (Hamburg). Nach bremischem Rechte würde der Staat für unberechtigte öffentliche Warnungen seitens

der Medizinalkommission vor einem feilgebotenen Heilmittel haften. **g)** WürttZ. **11** 137 (Stuttgart). Die Regelung der Benutzung der öffentlichen Gewässer gehört wegen der dabei in Frage kommenden wichtigen Interessen der Allgemeinheit zu den dem Staate kraft seiner Hoheitsbefugnisse obliegenden Aufgaben. Daher bestimmt sich die Haftung für das Verschulden eines Beamten bei der Beaufsichtigung von Sprengarbeiten in einem öffentlichen Flusse nach Landesrecht. **h)** WürttRpflZ. **11** 58 (Stuttgart). Für die Amtshandlungen des Gemeinderats als Schätzungsbehörde haftet die Gemeinde nach Landesrecht. Es liegt Ausübung der öffentlichen Gewalt vor. **i)** Pappenheim, LeipzZ. **10** 417. Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Zweck des Art. 7 EGHGB. sprechen dafür, daß er gegenüber Art. 77 EGBGB. eine der letzteren Vorschrift vorgehende spezielle Bestimmung darstellt, daher auch auf Staatsschiffe Anwendung findet. Nach dem Wortlaute des Art. 7 würde nur die praktisch wertlose Haftung mit dem Schiffe gegeben sein. Statt dessen ist ein Anspruch gegen den Staat auf Zahlung des Schadensersatzes bis zur Höhe des Wertes des schuldigen Schiffes zur Zeit der Verursachung des Schadens zu gewähren. In dem Aufsatze, GruchotsBeitr. **56** 19 ff., bekämpft Pappenheim die Ansicht des RG. und von Hertz (JDR. **9** Note 5 c, d), daß überhaupt ein Unterschied zu machen sei, je nachdem die Besatzung des Kriegsschiffs in Ausübung fiskalischer Rechte oder von Hoheitsrechten gehandelt hat. In beiden Fällen bemißt sich die Haftung nach Seehandelsrecht. **k)** SchlHolstAnz. **11** 181 (Kiel) gelangt im Gegensatze zum RG. im Anschluß an Pappenheim zur Bejahung der Haftung nach Seehandelsrecht.

Zweiter Abschnitt. Sachen.

Literatur: Eberhard, Zinsen, GruchotsBeitr. **55** 472—521, **56** 30—75. — Langheineken, Vertretbare und Gattungssachen. — Mengesachen und Stücksachen, BayRpflZ. **11** 149—153, 176—181.

§§ 90 ff. Martin *Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung. Ein Versuch zur Konstruktion des Vermögensbegriffs im heutigen Rechte. Der Verfasser geht von der Unterscheidung des wirtschaftlichen und des rechtlichen Verhältnisses aus: Wirtschaftsverhältnis ist die Beziehung zwischen Person und Sache, modifiziert durch das Dasein gewisser anderer Personen; Rechtsverhältnis die Beziehung zwischen Person und Person, modifiziert durch das Dasein gewisser Sachen (13). Daher wird auch der Gegenstand als Wirtschaftsobjekt in seiner individuellen Substanz von Bedeutung, in seiner Nützlichkeit für seinen Herrn, während er als Rechtsobjekt nur als objektiver Wertträger in Betracht kommt, da der objektive Wert die Eigenschaft des Gegenstandes darstellt, durch die er nicht seinem Herrn als solchem, sondern diesem in seinem Verkehre mit anderen Personen bedeutungsvoll wird. Entsprechend ist das Vermögen als Wirtschaftsobjekt eine Summe nützlicher, individueller Einzelsubstanzen, als Rechtsobjekt eine Werteinheit, an der die einzelnen Gegenstände nur als Wertquellen teilnehmen (14 ff., 23 ff.). — Das Vermögen, das im Hintergrund aller rechtlichen Beziehungen seines Herrn zu anderen Personen steht, Zugriffsobjekt all seiner Gläubiger ist, ist sogar das hervorragendste aller Rechtsobjekte, und das Recht am Vermögen als einer Werteinheit, die die Macht des Herrn im Verkehre mit anderen Personen, seine Kreditwürdigkeit bezeichnet, zeigt die Stelle, wo aus dem Persönlichkeitsrechte sich die Sachenrechte herauslösen, ist selbst ein Mittelding zwischen Personen- und Sachenrecht (17 f.). — Das Vermögen in dieser reinen Form als Einheit, in der die Einzelsubstanzen verschwinden, hat sich im modernen Gesetze nur bei Familienverhältnissen erhalten: bei Erbgang, Nutznießung, allgemeiner Gütergemeinschaft, wo das Recht universal alle Gegenstände der Einheit zugleich erfaßt.

Dagegen hat sich neben der Rechtsnatur des Vermögens als Werteinheit und der Wirtschaftsnatur als Summe einzelner Nutzenträger ein dritter — diese beiden ver-

einender — Begriff gebildet: Das Vermögen, das die Summe einzelner Gegenstände ist, vermehrt um die Werteinheit dieser Substanzen, wobei diese Werteinheit zu einem selbständigen, übertragbaren und belastbaren Gegenstande neben den anderen Gegenständen dieses Vermögens wird. — Es ist dies das Vermögen der §§ 311, 1085 BGB. das nicht durch Universalakt übertragen und belastet wird. Der Abschluß des Vertrags des § 311 BGB. bewirkt eine dingliche Rechtsänderung nur hinsichtlich des Rechtes an der Werteinheit, wodurch mit diesem Zeitpunkte positiv eine Sicherung des Erwerbers hinsichtlich des Vermögenswertes und ein Nutzungsrecht, negativ eine Schuldenhaftung, Zinspflicht (§§ 419, 1086, 1088) entsteht (99 ff., 114 ff.).

Wie im Objekte Substanz und Wert, so erscheinen infolge der gleichen Vermählung von Wirtschaft und Recht beim Subjekt: Interesse und abstrakter Wille nebeneinander. Jedes Recht hat ein Interessensubjekt und ein Verwaltungssubjekt, die für gewöhnlich in einer Person vereint als Rechte am Vermögen häufiger als sonst auseinandertreten. — Ja, wie bei jedem Rechtsgeschäfte die wirtschaftlichen Zwecke, Willen sich übereinander aufbauen, bis sie der abstrakte Rechtszweck, Rechtswille im Rechtsboden festankert, so reiht sich auch eine Kette von Interessensubjekten aneinander, deren letztes Glied das Verwaltungssubjekt ist! — Die zurückliegenden Interessenten werden erst von Bedeutung nach Fortfall der ihnen folgenden, da diese sie enthalten; bei Fortfall aller anderen Interessenten tritt der Staat als letztes Interessensubjekt jedes Rechtes in die Bahn, wie dies das Vereins-, Stiftungs- und Erbrecht lehrt (34 ff.). — Für das Interessensubjekt ist das Vermögen eine Summe nützlicher Gegenstände, für das Verwaltungssubjekt eine Werteinheit, eine Zahl, die seine Macht im Verkehre mit anderen Subjekten bedeutet, das Zugriffsobjekt dieser Subjekte, der Gläubiger. Die Stellung des Verwalters wird daher bedingt durch das Verhältnis der Gläubiger zum Vermögen; seinem Verwaltungsrecht entspricht eine Verwaltungspflicht, die in gleicher Weise gegenüber den Gläubigern wie dem Interessensubjekte besteht, welches letztere insofern zum Gläubiger des Vermögens herabsinkt (41 ff.).

Unter selbständiger Verwaltung lösen sich aus größeren Interessenkomplexen kleinere Massen ab (Sondervermögen), die eigene Schulden haben und eine eigene Haftung, die sich auf diese Masse beschränkt.

Nach Darstellung dieser systematischen Grundlagen im Kap. I gibt der Verfasser im Kap. II eine Übersicht über die Vermögensmassen nach dem Prinzipe der mehr oder weniger durchgeführten Scheidung zwischen Interessensubjekt und Verwaltungssubjekt. Er unterscheidet drei Stufen: I. Rechtlich sind bereits Verwalter und Interessent geschieden, aber tatsächlich noch beide Qualitäten in derselben Person vereint (44 ff.). (Anteil der bürgerlichen Gesellschaft, Miterbenanteil, Sondergut des gütergemeinschaftlichen Ehemanns, Handelsvermögen usw.) Hier ist die Sonderhaftung noch nicht durchgeführt. Das Subjekt haftet außer mit dem Sondervermögen auch mit seinem Privatgute. Auch Rechtsbeziehungen zwischen beiden Subjekten in derselben Person möglich (Recht an eigener Sache 46). II. Verwaltungs- und Interessensubjekt decken sich nicht mehr, ohne sich ganz zu trennen, so, wenn ein Vermögen mehreren Interessenten zusteht, von denen einem oder einzelnen die Verwaltung gewährt ist (59 ff.). (Kapitalanteil der OHG., Pflichtteil, Anwartschaftsrecht des Nacherben, Gesamtgutsanteil.) Hier ist die Sonderhaftung auf dem Teilgebiete durchgeführt, wo Verwalter und Interessent auseinanderfallen, wo sie sich decken jedoch besteht unbeschränkte Haftung. III. Verwaltungs- und Interessensubjekt sind völlig getrennt (76 ff.). (Eingebrachtes Gut, Nachlaß unter Verwaltung, das nach § 1990 herausgegebene Vermögen, Nachlaß in der Hand des Testamentsvollstreckers, Konkursmasse, Schiffsvermögen, Stiftungsvermögen usw.) Die beschränkte Haftung ist durchgeführt. — Kap. III des Buches beschäftigt sich mit dem

Erwerbe des Vermögens, Kap. IV mit dem Nießbrauche, Kap. V mit dem Pfandrecht am Vermögen, welches nur in beschränktem Umfange beim Gesellschaftsanteile, Erbteil, bei der Erbschaft (§ 1990 BGB.) und im Seerechte Zugang gefunden hat. — Anhangweise ist im Kap. VI das Vermögen als Objekt der Strafe und des Delikts behandelt.

§ 91. Langheineken, BayRpflZ. **11** 149 ff. Mengesachen oder meßbare Sachen sind die der Gattung nach, d. h. durch gewisse einheitliche Merkmale bezeichneten Sachen, die mittels benannter Zahlen, d. h. nach einer Maß-, Gewichts- oder Münzeinheit bestimmt werden. — Stücksachen oder zählbare Sachen sind die der Gattung nach, d. h. durch gewisse einheitliche Merkmale bezeichneten Sachen, die mittels unbenannter Zahlen, d. h. nach Stücken bestimmt werden (152). Der Ausdruck „vertretbare Sachen" wird sowohl im BGB. als auch im HGB. und in der ZPO. bald im Sinne von Mengesachen (also entgegen dem Wortlaute des § 91 BGB. mit Ausschluß der Stücksachen), bald im Sinne von „Gattungssachen" (also mit Einschluß der Stücksachen) verwendet. Die engere Bedeutung dürfte jenem Ausdrucke, in den §§ 473, 607, 700, 783 BGB., den §§ 363, 419 HGB. und in den §§ 592, 688, 794 ZPO. beizulegen sein. Die weitere Bedeutung scheint er anzunehmen in den §§ 651, 706 BGB., den §§ 381, 406 HGB. und in dem § 884 ZPO. (181).

§§ 93, 94. 1. Maschinen wesentliche Bestandteile? (JDR. **6**, **7**, **8**, **9** Ziff. II 1.) a) **RG.** 3. 2. 11, JW. **11** 317. Die dauernde Verbindung einer Maschine mit einem Fabrikunternehmen, dessen Triebkraft sie bildet, schafft zwar eine wirtschaftliche Einheit, die durch die Entfernung der Maschine wieder beseitigt wird; dieser Umstand ist jedoch nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Es kommt vielmehr für die Eigenschaft der Maschine als eines wesentlichen Bestandteils im Sinne des § 93 nur darauf an, ob die Maschine Bestandteil einer Sache derart ist, daß durch ihre Abtrennung die Bestandteile dieser Sache, also die Maschine einerseits und das Fabrikgrundstück andererseits, zerstört oder in ihrem Wesen verändert werden, mit anderen Worten, daß eine Sacheinheit zerstört oder wesentlich verändert wird. b) **RG.** 31. 3. 11, JW. **11** 532. Einfügen im Sinne des Gesetzes bedeutet, daß ein Gegenstand zwischen Teile eines Gebäudes gebracht und durch Einpassen in eine für ihn bestimmte Stelle mit den ihn umschließenden Teilen vereinigt wird. Maschinen sind im Sinne des § 94 Abs. 2 einem Gebäude zu seiner Herstellung dann eingefügt, wenn durch die Verbindung mit ihnen das Gebäude eine besondere Eigenart gewonnen hat. — Eine Lokomobile ist zwar an sich eine der Fortbewegung von Ort zu Ort zugängliche, zur Lieferung und Übertragung von Kraft bestimmte Maschine. Trotzdem aber kann sie nach der besonderen Lage des Falles dem Gebäude, in dem sie nicht bloß unter Wahrung ihrer selbständigen körperlichen Eigenschaft aufgestellt, sondern dem sie im obigen Sinne eingefügt ist, ein besonderes Gepräge verleihen. Soll eine Maschine als zur Herstellung eines Gebäudes eingefügt angesehen werden, so daß hierdurch die Maschine ihre individuelle Selbständigkeit verliert, so muß das Gebäude durch die Verbindung gerade mit dieser Maschine zu dem geworden sein, was es geworden ist. c) **RG.** 1. 11. 10, DJZ. **11** 537 verneint in Übereinstimmung mit **RG. 69** 117, JDR. **7** Ziff. II 1 d, die Eigenschaft als wesentlicher Bestandteil bei Maschinen, die zwar für den Betrieb der Fabrik wesentlich sind, aber nicht als Bestandteil des Fabrikgebäudes angesehen werden können, weil sie katalogmäßig hergestellt, in anderen Fabrikgebäuden wieder aufgestellt und verwendet werden können und keine besondere Anpassung an die Fabrikräume erfordert hätten, auch in dem Gebäude nach Einstellung anderer Maschinen der Betrieb jederzeit von neuem eröffnet werden konnte. d) SchlHolstAnz. **11** 162 (Kiel) verneint die Bestandteilseigenschaft einer Maschinenanlage, welche in dem Hintergebäude

eines modernen Restaurants untergebracht ist und zu dessen Versorgung mit elektrischem Lichte dient. e) HansGZ. **11** Hptbl. 215 (Hamburg). Eine eingelassene und angeschraubte, mit Zement umgossene Drehbank ist nicht wesentlicher Bestandteil des Grundstücks. f) **RG.** 18. 2. 11, JW. **11** 397, SächsRpflA. **11** 172. Darüber, ob Maschinen Bestandteile oder nur Zubehör einer Fabrik sind, entscheidet die Verkehrsauffassung. g) Über Maschinen als wesentliche Bestandteile eines Mühlengebäudes **RG.** 31. 3. 11, JW. **11** 573.

2. SchlesHolstAnz. **11** 226 ff. (Kiel). Das Kilometer weit sich erstreckende Leitungsnetz eines Elektrizitätswerks ist als Bestandteil des Elektrizitätswerks als einer einheitlichen, mit dem Grundstücke der Zentrale fest verbundenen und daher selbst wiederum einen Grundstücksbestandteil bildenden Sache anzusehen. Nimmt man aber körperliche Selbständigkeit des Leitungsnetzes gegenüber der Zentrale an, so ist es doch wenigstens Zubehör des Elektrizitätswerks. Auch die auf fremden Grundstücken befindlichen Stromzähler sind Zubehör der elektrischen Zentrale.

3. **RG.** R. **11** Nr. 1263. Lichtladeapparate, welche in ein für den Betrieb einer Lichtbadeanstalt umgebautes Haus eingebracht worden, dort jedoch nicht eingebaut, sondern nur am Fußboden festgeschraubt und mit den Zuleitungskabeln verbunden sind, auch jederzeit ohne nennenswerte Kosten und ohne Wertminderung wieder entfernt und anderswo verwendet werden können, sind nicht wesentliche Bestandteile des Grundstücks.

§ 94. 1. Fensterflügel (JDR. **9** Ziff. 1). Fensterflügel sind erst dann wesentliche Bestandteile eines Hauses geworden, wenn sie vollständig gebrauchsfähig, insbesondere verglast, in den Rahmen eingehängt sind. Es genügt nicht, daß die dazu gehörigen Rahmen bereits in den Bau „eingesetzt" sind.

2. **RG.** 21. 12. 10, JW. **11** 211. Ein Gebäude ist wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks nur so weit, als es mit dem betreffenden Stücke des Grundes und Bodens fest verbunden ist, also darauf steht. Im Falle der Bebauung zweier aneinander grenzender Grundstücke mit einem einheitlichen Gebäude fällt jedem der Grundstücke der in seinen Grenzen stehende Teil des Gebäudes zu.

3. SchlesHolstAnz. **11** 54 f. (Kiel). Bei einem herrschaftlichen Etagenhause gehört die Anlage einer Zentralheizung, deren Röhren in den Wohnräumen in die Wände hineingelegt und durch die Decken geleitet werden, zur Herstellung des Wohnhauses selbst und bildet somit einen wesentlichen Bestandteil desselben.

4. **RG.** 22. 4. 11, JW. **11** 574. Gegenstände sind nicht lediglich deswegen, weil infolge ihrer Einbringung das Gebäude für einen gewerblichen Zweck dauernd eingerichtet ist, zur Herstellung des Gebäudes, der Baulichkeit als solcher, im Sinne des § 94 Abs. 2 eingefügt.

§ 95. PrOVG. **57** 128 ff. Die von einem Mieter auf dem gemieteten Grundstück errichteten Gebäude werden, wenn auch nicht nach § 95 Abs. 1 Satz 2, so doch nach § 95 Abs. 1 Satz 1 regelmäßig nicht Bestandteile dieses Grundstücks. (Es kann nicht angenommen werden, daß das Wort „Zweck" im § 95 Abs. 1 Satz 1 sich mit dem Worte „Absicht" deckt, vgl. auch **RG.** **61** 191.)

§ 96. 1. **RG.** 15. 11. 10, R. **11** Nr. 280. Ist bei einer Amortisationshypothek das Guthaben an dem angesammelten Tilgungsfonds nach den maßgebenden Bestimmungen ein mit dem Eigentum an dem beliehenen Grundstücke verbundenes Recht, so hat es als Bestandteil des Grundstücks zu gelten. Damit ist aber nicht gesagt, daß es auch ein wesentlicher Bestandteil im Sinne des § 96 BGB. ist Jedoch kann durch die als objektive Rechtsnorm anzusehende, ordnungsmäßig genehmigte und bekannt gegebene Satzung einer Landschaft dem Guthaben die Eigenschaft eines wesentlichen Bestandteils beigelegt werden auf Grund der Bestimmung, daß das Guthaben jeder Trennung vom Grundstück entzogen sei.

2. PrOVG. **57** 122 ff. Ein als subjektiv persönliches, veräußerliches und vererbliches Recht verliehenes Apothekenprivilegium, welches als Zubehör eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen war, hat mit dem Inkrafttreten des BGB. seine Eigenschaft als Zubehör verloren und gilt nicht nach § 96 BGB. als Bestandteil des Grundstücks. (Gegen die bisherige Ansicht, PrOVG. **54** 23 ff., JDR. **9**.)

§ 97. 1. Maschinen (vgl. zunächst oben Ziff. 1 zu §§ 93, 94). **a)** SchleswHolstAnz. **11** 98 (Kiel). Die Zubehöreigenschaft einer Sache (Dynamomaschine eines Elektrizitätswerkes) wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß sie wegen Unvollständigkeit der Betriebsanlage noch nicht in Gebrauch genommen werden konnte. **b)** OLG. **22** 122 (Naumburg). Auch wenn ein Grundstück nur im Erdgeschosse ganz oder größtenteils für den Betrieb einer Bäckerei eingerichtet ist, im übrigen als Miethaus dient, können die zum Bäckereibetriebe bestimmten Maschinen Zubehör des ganzen Grundstücks sein (vgl. **RG. 48** 207).

2. **a) RG. 77** 36 ff., JW. **11** 803. Auch verbrauchbare Sachen, wie Kohlen, können Zubehör (insbesondere eines Ziegeleigrundstücks) sein, denn die Begriffsbestimmung des § 97 paßt auch auf verbrauchbare Sachen. Jedenfalls kann nicht von einer bloß vorübergehenden Benutzung im Sinne des § 97 Abs. 2 gesprochen werden, wenn derartige Sachen, wie Kohlen, schließlich ihrer Zweckbestimmung gemäß ihre endgiltige Verwendung im Dienste der Hauptsache gefunden haben. **b)** Pinzger, R. **11** 580. Ist ein Hausgrundstück mit Zentralheizung versehen, so sind die für den Winter angeschafften, auf dem Grundstücke lagernden Kohlenvorräte insoweit Zubehör des Grundstücks, als sie bis zum Beginne des künftigen Sommers für die Heizung des Hauses erforderlich sind.

3. R. **11** Nr. 281 (Hamburg). Bei einem ländlichen Grundstück, in dem eine Gastwirtschaft betrieben wird, ist das zur Gastwirtschaft gehörige Inventar, wie Tische, Stühle, Bänke usw., als Zubehör des Grundstücks aufzufassen. Eine abweichende Verkehrsauffassung, für die derjenige beweispflichtig ist, der sich auf sie beruft, ist nicht nachweisbar.

4. Baumaterialien. (JDR. **2** Ziff. I 1 b, **3** Ziff. II 1 c, **5** Ziff. II 1, **6** u. **7** Ziff. II). SeuffA. **66** 220 (Rostock). Baumaterialien sind nicht Zubehör des Grundstücks, auf welchem sie zur Herstellung eines Gebäudes lagern.

5. **RG. 77** 241 ff. Den eigentlichen Gegenstand des auf dem Grundstücke betriebenen Gewerbebetriebs bildete ein Molkereigeschäft, daneben bestand noch ein Mühlenbetrieb und eine Schweinemästerei; jeder dieser beiden Betriebe diente in seiner Art dem wirtschaftlichen Zwecke der Molkerei. Dadurch, daß die Molkereiabfälle und ein Teil der Mühlenprodukte den auf dem Grundstücke gehaltenen Schweinen als Futter gereicht wurden, dienten die Tiere dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache, nämlich des Grundstücks.

6. **RG.** 17. 10. 11, **77** 244. Für die Frage, ob eine Sache im Verkehr als Zubehör angesehen wird, kommt es nicht auf die Anschauungen sachkundiger Personen an, vielmehr ist an den Lebens- und Geschäftsgewohnheiten zu erkennen, ob und welche Verkehrsanschauung über die Zubehöreigenschaft der Sache etwa besteht.

§ 98. 1. **a)** R. **11** Nr. 2041 (BayObLG.). Die Anwendung des § 98 BGB. setzt nicht voraus, daß die Räume nur für den einschlägigen Betrieb allein brauchbar sind (Verwendung eines Bräusudhauses für eine Limonadefabrik); auch genügt es, wenn nur ein Teil des Gebäudes zum Betrieb eingerichtet ist. **b)** BayRpflZ. **11** 267, R. **11** Nr. 2042 (BayObLG.). Eine Feststellung dahin, daß eine Sache „Geschäftszubehör" ist, genügt als solche nicht, um sie als Grundstückszubehör anzusehen.

2. ElsLothJZ. **11** 306 (Colmar). Nr. 1 des § 98 setzt einen gewerblichen Betrieb voraus. Der Begriff des Landguts in Nr. 2 verlangt, daß wenigstens der größte und

wichtigste Teil der Bodenfläche demselben Eigentümer gehört, und daß die Einzelstücke nach Größe, Art und Lage eine wirtschaftliche Einheit bilden.

3. OLG. 22 125 (Marienwerder). Für die Frage, was zum Wirtschaftsbetrieb eines Landguts bestimmt ist, ist im wesentlichen die Bestimmung des Eigentümers maßgebend, ohne daß es darauf ankommt, ob die von ihm gewählte Art des Betriebs lohnend und wirtschaftlich zweckmäßig ist.

§ 99. I. 1. *Eberhard, GruchotsBeitr. 55 472 ff. Der Rechtsbegriff der Früchte ist ein relativer. Er verlangt Beziehungen, indem Vermögensgegenstände stehen:

1) zu anderen Vermögensgegenständen. Es handelt sich hier um die Hervorbringung, d. h. den Vorgang, daß neue Vermögensgegenstände auf der Grundlage bereits vorhandener Vermögensgegenstände entstehen, unbeschadet der Substanz der letzteren (Hervorbringung im Gegensatze zur Spezifikation), und unangesehen, ob diese Entstehung auf die eigene von innen wirkende Kraft des Hauptgegenstandes (Erzeugnisse) oder eine von außen auf ihn wirkende fremde Kraft (Natur- oder Menschenkraft, Ausbeute) zurückzuführen ist. Diese Hervorbringung erfolgt auf der Grundlage der Eigenschaften des Hauptgegenstandes, und zwar zunächst auf Grund der substantiellen Eigenschaften, d. h. bei den Sachen auf Grund ihrer körperlichen Beschaffenheit (Prinzip der Fortpflanzung oder der organischen Entwickelung, bzw. Vorhandensein wirtschaftlich wertvoller Bestandteile, die eine Ausbeutung der Hauptsache salva substantia zulassen) und bei den Rechten infolge der in den Rechten wirkenden Bestimmung, d. h. des in ihnen liegenden auf seine Verwirklichung hindrängenden Zweckes, wie er von den maßgebenden Willensfaktoren im Rechte verkörpert ist. (Unmittelbare Früchte.) Die Hervorbringung vollzieht sich in zweiter Linie bei Sachen und Rechten auf der Grundlage der ideellen Eigenschaft des Hauptgegenstandes, d. h. der Eigenschaft, ein Gegenstand von Vermögenswert im Sinne der Nationalökonomie zu sein, vermöge welcher Eigenschaft er durch Veräußerung der Substanz oder der Nutzung verwertet werden kann. Diese Eigenschaft wirkt produktiv unter der Einwirkung eines Rechtsverhältnisses, dem der Gegenstand unterworfen wird. (Wirkung von außen, mittelbare Früchte.) Die hervorgebrachten Gegenstände sind, soweit es sich um unmittelbare Früchte handelt, Sachen bzw. Rechte, bei mittelbaren Früchten stets Rechte. Die auf die Rechte geleisteten Vermögensgegenstände können erst infolge einer sekundären Gedankenreihe als Früchte bezeichnet werden;

2) zu den Menschen. Diese Beziehung ist privatrechtlicher Art und besteht darin, daß die hervorbringenden Gegenstände der Privatrechtssphäre eines Rechtssubjekts angehören, und die neu hervorgebrachten Gegenstände in diese Sphäre einbezogen werden. Es handelt sich um die Gewährung. Diese geht bezüglich der unmittelbaren Früchte aus a) in Ansehung von Sachen entweder vom Eigentum, oder von einem das Eigentum belastenden Rechte, oder unmittelbar von der Rechtsordnung (letzteres z. B. Fruchterwerb des Nichteigentümers auf Grund guten Glaubens) [Eigentums-, Rechts-, Rechtsordnungsgewährnisse], b) in Ansehung von Rechten von dem hervorbringenden Rechte selbst (Hauptforderung und Zinsforderungen. Letztere werden dem Gläubiger der Hauptforderung von dieser zugeeignet), oder von dem Rechte, mit dem das Hauptforderungsrecht belastet ist (z. B. Nießbrauch an einer verzinslichen Forderung) [Rechtsgewährnisse]. Bezüglich der mittelbaren Früchte geht die Gewährung in Ansehung von Sachen und Rechten von dem Rechtsverhältnis aus, dem die Sache oder das Recht bei mittelbarer Nutzung unterworfen wird (Gewährnisse eines Rechtsverhältnisses). — Erzeugnisse, die nicht gewährt werden, sind keine Früchte im Rechtssinne, so z. B. die Jungen von Eisbären am Nordpol.

Der Fehler des § 99 BGB. liegt darin, daß er bei der Gruppierung der Fruchtarten die Hervorbringung und die Gewährung nicht auseinanderhält. Weiter können aber auch noch Früchte vorkommen, die das BGB. ganz übersieht. Es gibt nämlich auch Vermögensgegenstände, die weder Sachen noch Rechte sind (z. B. ein nicht patentiertes Fabrikationsgeheimnis). Solche Vermögensgegenstände können unmittelbare Früchte (Bruttoerträge im Gegensatze zum abstrakten Rein-, Nettoertrage) nicht hervorbringen, wohl aber vermöge eines Rechtsverhältnisses, dem sie unterworfen werden, mittelbare Früchte. Die hier dargelegte Fruchttheorie stellt eine Vereinigung der subjektiven und der objektiven Fruchttheorie dar.

2. Ebner, Die Grundbegriffe des Jagdrechts, GruchotsBeitr. **55** 748 f., behandelt die Frage der rechtlichen Natur der Jagdbeute und gelangt zu dem Ergebnisse, daß sich weder das Wild noch die Jagdbeute unter den Abs. 1 des § 99 bringen läßt, wohl aber könne mit Rücksicht darauf, daß die Jagdberechtigung ein eigenes, selbständiges Recht sei, die Jagdbeute als Frucht dieses Rechtes bezeichnet werden (vgl. Rehbein, BGB. 1, 83 d).

II. 1. **RG.** R. **11** Nr. 964. Die Verpflichtung zur Leistung von Anliegerbeiträgen ist eine öffentlich-rechtliche dingliche Last, die auf dem Grundstücke ruht. Daraus folgt jedoch nicht, daß das Recht eines Eigentums aus einem besonderen mit der Gemeinde eingegangenen privatrechtlichen Vertragsverhältnis auf Rückgewähr im voraus entrichteter Anliegerbeiträge zu den bürgerlichen Früchten des Grundstücks gehört und mit den sonstigen Nutzungen ohne weiteres auf den Erwerber übergeht.

2. KGBl. **11** 35 (LG. I Berlin). Nach § 99 Abs. 3 sind bürgerliche Früchte „die Erträge, welche eine Sache oder ein Recht vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt". Nach allgemeinem Sprachgebrauche versteht man unter „Ertrag" das schließliche Ergebnis eines Erzeugungsvorganges, das endgültige „Erzeugnis". Der Gesetzgeber spricht aber von „Ertrag" nur dort, wo ein organischer Erzeugungsvorgang nicht in Frage kommen kann. Bei einem bestellten Felde ist der „Ertrag" die Ernte, nicht das auf dem Halme stehende Getreide, obwohl auch dieses schon einen Vermögensgegenstand darstellt, auch nicht das für die verkaufte Ernte eingetauschte Geld, da der Umsatz von Ernte und Geld außerhalb des Erzeugungsvorganges liegt. Genau so ist der Fall zu betrachten, wenn das Feld verpachtet ist. Der „Ertrag" der Verpachtung, oder besser des Feldes infolge der Verpachtung, ist als schließliches Ergebnis der vereinbarte Pachtzins, nicht der Anspruch auf den Pachtzins, obgleich auch dieser einen Vermögenswert hat. Der Anspruch auf das Pachtgeld stellt genau wie das Getreide auf dem Halme eine Übergangsform dar.

§ 101. KGBl. **11** 35 (LG. I Berlin). § 101 BGB. soll lediglich bestimmen, wem bei wechselnder Berechtigung die Früchte zustehen. Wenn aber diese Frage nicht willkürlich geregelt sein soll, so muß ein Grundsatz befolgt sein. Dieser lautet: Die Früchte gebühren demjenigen, der sie erwirbt. Hinsichtlich der Ziff. 1 des § 101 liegt dies auf der Hand. Die Ernte kommt durch die Trennung zustande; wer sie trennt, erwirbt sie. Bezüglich der Ziff. 2 scheint dieser Grundsatz nicht befolgt zu sein, da sonst der tatsächliche Eingang des Pachtgeldes entscheiden müßte. Dieser Widerspruch ist in der Tat nur ein scheinbarer. Wenn der Gesetzgeber den Zeitpunkt der Fälligkeit maßgebend sein läßt, so leiten ihn zwei Erwägungen: einmal folgen sich in der Regel Fälligkeit des Anspruchs und tatsächliches Eingehen des Geldes so unmittelbar, daß sie als ein Zeitpunkt gelten können; sodann ist die Fälligkeit ein ganz bestimmter Zeitpunkt, während der tatsächliche Eingang des Geldes von Zufälligkeiten abhängt. Gegen den behaupteten Grundsatz spricht auch der Satz 2 Ziff. 2 des § 101 BGB. nicht, da die vertragsmäßige Berechtigung auf die Früchte bei langfristigen Rechtsverhältnissen mit wenigen Fälligkeiten nur der Billigkeit entspricht. Wenn daher Planck zu § 1383 Note 1 und Staudinger (3/4) zu § 1383 ausführen, daß im Falle des § 101 Ziff. 2 Satz 2 ein an-

dauernder, mit dem Ablaufe der Zeit zunehmender Übergang stattfinde, so ist dies nur bezüglich des Ausgleichungsanspruchs gegen den anderen Berechtigten richtig, der bei Fälligkeit des Geldes einzieht. Der Erwerb der Früchte tritt erst mit dem tatsächlichen Eingange des Geldes ein.

Dritter Abschnitt. Rechtsgeschäfte.

Erster Titel. Geschäftsfähigkeit.

Literatur: Bab, Das Wesen und die Erfordernisse der Anzeige im Privatrecht, insbesondere die Frage der Zugangsbedürftigkeit und Handlungsfähigkeit (Diss.). — Klein, Inwieweit sind die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit (BGB. §§ 104 ff.) auf die „rein äußeren Handlungen" analog verwendbar? SeuffBl. **11** 512. — Derselbe, „Rechtsgeschäft" und „Rechtshandlung im engeren Sinne", ÖstZBl. **29** 208.

§§ 104 ff. I. 1. *Klein, SeuffBl. **11** 512 ff. Wesen der „rein äußeren Handlungen" („Tathandlungen"). Aufzählung der „rein äußeren Handlungen" (513/14). Besteht für diese „rein äußeren Handlungen" das Erfordernis der (vollen? beschränkten?) Geschäftsfähigkeit des Handelnden? Was sagt das Gesetz? (514/15). Was ergibt sich für unsere Frage, wo das Gesetz schweigt, aus dem Wesen der Tathandlungen? Jeder, der die natürliche Fähigkeit besitzt, durch seine (bewußte) Handlung die rein äußeren Effekte der Tathandlungen herzustellen, kann diese Rechtshandlungen i. e. S. auch wirksam vornehmen (Einzelheiten 516 ff.).

2. *Klein, ÖstZBl. **29** 208 ff., legt dar, daß die zunächst für das Zivilrecht aufgestellte Scheidung zwischen „Rechtsgeschäften" und „Rechtshandlungen i. e. S." beizubehalten ist, und beantwortet sodann grundsätzlich die Frage: Beansprucht die Scheidung zwischen „Rechtsgeschäften" und „Rechtshandlungen i. e. S." auch über das Zivilrecht hinaus Geltung?

3. *Bab, Wesen und die Erfordernisse der Anzeige im Privatrechte. a) Terminologisches, b) Wesen der Anzeigen. Sie sind ausnahmslos Rechtshandlungen i. e. S. Dies wird für die Anzeigen der §§ 149 Satz 2, 409, 415, 416, 478, 485, 777, 1280 BGB., §§ 25 Abs. 2, 377 HGB. näher begründet. Innerhalb der Rechtshandlungen i. e. S. gehören die Anzeigen zu der Gruppe der „Mitteilungen" [Vorstellungs- und Willensmitteilungen]. Geschäftsfähigkeit des Anzeigenden ist grundsätzlich nicht zu erfordern, sondern nur dann, wenn der durch die Anzeige geschaffene Tatbestand rechtlich nachteilig auf die Interessenlage des Anzeigenden einwirkt, oder wenn die in einer „Willensmitteilung" angekündigte Handlung nur von einem Vollgeschäftsfähigen vorgenommen werden kann. Sonst gilt der Satz: wer fähig ist eine Anzeige zu erstatten, kann sie auch wirksam vornehmen.

II. KGJ. **40** 10 ff. (KG.). Es erscheint notwendig, die Wirksamkeit der §§ 104 ff., die sich in erster Linie auf bürgerlichrechtliche Angelegenheiten beziehen, darüber hinaus auch auf andere Rechtsgebiete, insbesondere auf Erklärungen öffentlichrechtlicher Art auszudehnen, soweit das öffentliche Recht die Frage für bestimmte Institute nicht abweichend geregelt hat. Diese Vorschriften des BGB. finden deshalb auf das dem Staatskirchenrecht angehörende Recht des Vaters, über die religiöse Erziehung seiner noch nicht vierzehn Jahre alten Kinder zu bestimmen, Anwendung. Ist der Vater daher nicht imstande, eine gültige Willenserklärung abzugeben, so fehlt ihm die Fähigkeit der Religionsbestimmung.

§ 107. 1. **RG.** 30. 6. 11, JW. **11** 748. Auch wenn man in der Einwilligung zu einer Operation nicht eine rechtliche Willenserklärung, sondern nur eine rein tatsächliche Erklärung erblickt, so wird man bei der schwerwiegenden Bedeutung einer solchen Einwilligung gleichfalls zu dem Ergebnisse kommen müssen, daß die Operation ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters der objektiven Rechtmäßigkeit entbehrt, mag auch der Minderjährige selbst ihr zugestimmt haben. Vgl. **RG.** JW. **07** 505, JDR. **6** Ziff. 1 zu § 113.

2. OLG. Colmar 23.1.11, OLG. 22 160, ElſLothNotZ. 11 59, ElſLothJZ. 11 267. Zur Annahme eines mit Ausbedingung des Nießbrauchs für den Schenker verbundenen Schenkungsantrags iſt der Minderjährige ſelbſtändig nicht befähigt. — Dieſe Auffaſſung iſt jedoch vom OLG. Colmar am 5. 9. 11, ElſLothNotZ. 11 321, ElſLothJZ. 11 613 aufgegeben worden, da die Frage, ob der Minderjährige zu einer Willenserklärung der Einwilligung bedarf, allein davon abhängig iſt, ob der Minderjährige durch den Vertrag als Ganzes lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Nicht kommt es darauf an, ob jede einzelne in dem Vertrag enthaltene Willenserklärung, auch für ſich allein abgegeben, dieſe Wirkung haben würde. Im Erfolge hat aber der Vertrag für den Minderjährigen rechtlich dasſelbe Ergebnis, als wenn das Miteigentum an den Schenkungsgrundſtücken von vornherein nur mit der Belaſtung durch den Nießbrauch der Schenker auf den Minderjährigen unentgeltlich übergegangen ſein würde.

3. PoſMSchr. 11 27 (Königsberg). Eine unentgeltliche Zuwendung fällt nicht notwendig unter die im § 107 bezeichneten Willenserklärungen; es iſt dies beſonders dann nicht der Fall, wenn die Umſtände der Schenkung darauf ſchließen laſſen, daß für den Minderjährigen ein Anfechtungsprozeß mit ſeinen Laſten und Koſten ſicher bevorſteht.

§§ 108, 109. *Saeger, BraunſchwZ. 58 111 (aus dem Theaterrechte). Hat der Geſchäftsbeſchränkte (i. sp. Minderjährige) einen Dienſtvertrag geſchloſſen und kann er des geſetzlichen Vertreters Genehmigung nicht erlangen, hat er ferner die ihm obliegenden Vertragspflichten erfüllt, ſo hat er Anſpruch auf die vereinbarte Gegenleiſtung, nicht nur einen Bereicherungsanſpruch.

§ 108. OLG. 22 126 (KG.). Verweigert der geſetzliche Vertreter des Minderjährigen ſeine Zuſtimmung zu einem von dieſem abgeſchloſſenen Kaufvertrage, ſo erwirbt der Minderjährige auch nicht Eigentum an den ihm auf Grund des Vertrags übergebenen Sachen. Nach Natur und Zweck eines gegenſeitigen Vertrags ſind die an ihn ſich knüpfenden rechtlichen Folgen als ein Ganzes zu behandeln. Keiner der Vertragſchließenden ſoll die durch den Vertrag beſtimmten Rechte haben, wenn nicht auch der andere Teil die für ihn bedungenen Rechte erhält (Mot. 1 134). Dies gilt auch vom dinglichen Vertrage (der Einigung); denn es muß für ausgeſchloſſen gelten, daß der Verkäufer das Eigentum auf den Käufer übertragen wollte, ohne daß dieſen zugleich die aus dem Kaufvertrage ſich ergebenden Verpflichtungen trafen (**RG. 72** 63, **66** 385, JW. **08** 476).

§ 110. **RG.** 29. 9. 10, DJZ. **11** 153. Ob Anſchaffungen eines Minderjährigen aus einem mit ſeinem Taſchengelde gemachten Lotteriegewinne rechtsgültig ſind, hängt von den Umſtänden des Falles ab. Die Überlaſſung des Taſchengeldes „zur freien Verfügung" kann auch ſtillſchweigend mit Einſchränkungen erklärt werden. Im Streitfalle wurde mit der Vorinſtanz angenommen, daß der in einfachen Verhältniſſen lebende Vater niemals damit einverſtanden geweſen ſei, daß der 17 jährige Sohn (Schüler) den ihm zugefallenen Lotteriegewinn zum Ankauf eines Automobils und zum Betrieb eines koſtſpieligen Sportes verwende.

§ 111. 1. OLG. 22 126 (Kiel). Der Minderjährige hat keinen klagbaren Anſpruch auf die erforderliche Einwilligung des geſetzlichen Vertreters.

2. DJZ. 11 157 (KG.). Die Anerkennung der Vaterſchaft eines unehelichen Kindes iſt ein einſeitiges Rechtsgeſchäft im Sinne des § 111 BGB. und deshalb ohne vorherige Zuſtimmung des geſetzlichen Vertreters abſolut unwirkſam. Dagegen kommt die Verpflichtung zur Zahlung von Unterhaltsgeldern im Falle der Annahme ſeitens des anderen Teiles als Schuldverſprechen in Betracht, das gemäß § 108 BGB. für den Verſprechenden wirkſam werden kann.

§ 113. 1. Eberhard, R. 11 29. Hat der geſetzliche Vertreter dem Minderjährigen die Erlaubnis erteilt in Dienſt oder Arbeit zu treten, und wird es ſpäterhin

erforderlich, gegen den Dienstherrn eine Klage aus dem Dienst- oder Arbeitsverhältnisse zu erheben, oder wird der Minderjährige selbst von dem Dienstherrn verklagt, so kann der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen die Ermächtigung zur Prozeßführung entziehen und für ihn aus eigener Machtvollkommenheit den Prozeß führen. Die Einschränkung der Ermächtigung erfolgt, ebenso wie die Erteilung, durch eine dem Minderjährigen gegenüber abzugebende Erklärung. Sie braucht auch nicht ausdrücklich, kann vielmehr auch stillschweigend erklärt werden. Da der Minderjährige gegen die Einschränkung der Ermächtigung kein Widerspruchsrecht hat (vgl. jedoch § 113 Abs. 3), so ist ohne weiteres anzunehmen, daß der gesetzliche Vertreter, der für den Minderjährigen Klage erhebt oder ihn im Prozeß als Beklagter vertritt, ihm gegenüber die Ermächtigung für den vorliegenden Prozeß zum mindesten stillschweigend eingeschränkt hat.

2. *Saeger, BraunschwZ. **58** 110 (aus dem Theaterrechte). Der Vertrag des minderjährigen Schauspielers mit dem Theaterdirektor ist ein Dienstvertrag im Sinne des § 113 BGB., nicht des § 112 BGB. (vgl. **RG. 28** 278, R. **10** Nr. 4046).

3. OLG. **22** 161, RheinA. **108** 243 (Düsseldorf). Ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis im Sinne des § 113 liegt auch dann vor, wenn Dienste höherer Art zu leisten sind. Eine minderjährige Schauspielerin bedarf deshalb zur Eingehung eines Engagementsvertrags nur der Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters, nicht aber der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

§ 114. R. **11** Nr. 2043 (KG.). Ein wegen Verschwendung Entmündigter, welcher, ohne der Genehmigung seines Vormundes gewiß zu sein, eine größere Bestellung macht, und dabei die Tatsache seiner Entmündigung verschweigt, haftet nach § 826 BGB. für den dem anderen Teile durch die Ausführung der Bestellung entstandenen Schaden, wenn der Vormund zu der Bestellung seine Genehmigung verweigert und der Entmündigte bei der Bestellung sich auch nur bewußt gewesen ist, daß möglicherweise der Vormund die Genehmigung verweigern und dann der andere Teil auf Grund der Bestellung Bezahlung seiner Arbeiten nicht erlangen werde (vgl. **RG. 58** 214, 219, **63** 146). Ist der Entmündigte von vornherein auf eine Täuschung des anderen Teiles ausgegangen (§ 263 StGB.), so ist die Schadensersatzpflicht auch aus § 823 Abs. 2 BGB. gegeben.

Zweiter Titel. Willenserklärung.

Literatur: Ebbecke, Irrtum und Verwandtes, R. **11** 740—755. — Derselbe, Formvorschriften, R. **11** 633—648. — Fischer (Hans Albrecht), Die Rechtsmoral, Bay. RpflZ. **11** 145—149, 173—176. — Jacoby, Das Wuchergeschäft, IheringsJ. **60** 229—254. — Krückmann, Verhinderung des Vertragsschlusses, R. **11** 56—63. — Matthießen, Eigentumsübertragung an Bordellgrundstücken, JW. **11** 923—926. — Strohal, Über relative Unwirksamkeit, Wien 1911. — Voß, Stellvertretende Namensunterschrift und mechanische Schreibhilfe, SeuffBl. **11** 297—306. — Derselbe, Über das Verhältnis zwischen relativem Veräußerungsverbot und Vormerkung nach dem BGB., IheringsJ. **60** 293—364. — Zielke, Vollendung und Wirksamwerden unmittelbar wahrzunehmender Willenserklärungen, die einem anderen gegenüber abzugeben sind, SächsRpflA. **11** 73—77.

§§ 116 ff. *Stampe, Grundriß der Wertbewegungslehre, unternimmt eine Darlegung des Wesens und Wirkens der Wertbewegungs**motive**. Zu scheiden sind: das Parteizweckmotiv, das Geschäftsmotiv und das Ausführungsmotiv. Das Parteizweckmotiv erachtet die Verfolgung eines bestimmten Parteizwecks als das beste Mittel zur Bekämpfung einer unlustdrohenden Zukunft; das Geschäftsmotiv sieht in einer bestimmten Wertbewegung das beste Mittel zur Erreichung eines Parteizwecks; das Ausführungsmotiv hält eine bestimmte Handlung für das beste Mittel zum Zustandebringen des Grundgeschäfts der Wertbewegung.

Die Wertbewegungsmotive wirken nur, wenn sie in normaler Weise (durch Irrtum, Täuschung, Betrug, Drohung, Erpressung) entstanden sind; Einzelnes s. unten zu § 119 Ziff. I 1, § 123 Ziff. I.

§ 117. LG. Breslau, BreslauAK. **11** 47, behandelt einen Fall, in dem der Vertrag nur zum Scheine mit der Ehefrau des Angestellten abgeschlossen ist und setzt sich mit den anders liegenden Fällen von **RG. 67** 169 und **69** 60 auseinander.

§ 119. I. 1. *Stampe, Grundriß der Wertbewegungslehre (vgl. zu §§ 116 ff.), sieht in der Anfechtbarkeit einer Willenserklärung, über deren Inhalt man im Irrtume war, eine Rechtsfolge, zu deren Entstehung zwei Momente zusammenwirken: das irrige Ausführungsmotiv und die Nichterreichbarkeit des Parteizwecks durch das mittels der Ausführungshandlung geschlossene Grundgeschäft. Bei der Anfechtbarkeit einer Erklärung, die überhaupt nicht abgegeben werden sollte, ist der wirkende Tatbestand ebenfalls zusammengesetzter Natur und enthält in sich ebenfalls jene Nichterreichbarkeit des Parteizwecks; daneben aber nicht ein irriges Motiv, sondern eine ungewollte Körperbewegung.

2. *Ebbecke, R. **11** 740 f. Ein Irrtum über den Inhalt des Willens liegt — ohne daß zwischen tatsächlichem Irrtum und Rechtsirrtume zu unterscheiden ist — vor, wenn die Partei die Willenserklärung in der unrichtigen Voraussetzung abgibt, daß die Erklärung mit dem Vorgestellten übereinstimmt. Ein solcher Irrtum ist möglich in der Form, daß der Erklärende bei der Erklärungshandlung sich versieht (Versprechen usw.), daß er über die Bedeutung des Erklärungsmittels irrt (Verlautbarungsirrtum) oder unter dem richtig bezeichneten Gegenstande (Person) sich einen bestimmten anderen Gegenstand vorstellt (Verwechselung). Kommt zu der Willenserklärung die Handlung eines Dritten hinzu, so erscheint dieser Irrtum in der Gestalt der unrichtigen Übermittelung der Willenserklärung, der unrichtigen Auffassung der Bedeutung des von dem Auftraggeber Erklärten, der unrichtigen Vorstellung über den Inhalt der in Bezug genommenen Willenserklärung eines Dritten. Die bloße Nichtkenntnis steht, was den Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung betrifft, dem Irrtume nicht gleich, sondern ist nur insofern von Wichtigkeit, als hierdurch das Vorhandensein einer bestimmten Vertragsabsicht ausgeschlossen sein kann. So setzt ein stillschweigender Verzicht die Kenntnis des Rechtes voraus, auf das verzichtet wird. Die Zustimmung ist ohne Kenntnis der Handlung, der zugestimmt werden soll, die Annahme eines Antrags ohne Kenntnis des Antrags nicht möglich (742, 750). Die irrtümliche Voraussetzung ist auf den Bestand des Rechtsgeschäfts von Einfluß, wenn nach der besonderen Natur des Rechtsgeschäfts die Partei das Vorhandensein eines bestimmten Umstandes erwarten durfte (Voraussetzung des Käufers, eine brauchbare Sache zu erhalten, Voraussetzung des Empfanges der Gegenleistung bei gegenseitigen Verträgen usw.) (746 ff.). Über das Verhältnis zwischen Irrtum und Auslegung 748 unter 5, über den Unterschied zwischen Irrtum und mangelnder Einigung 752 unter 7.

3. Abs. 2. **a)** *Stampe, Grundriß der Wertbewegungslehre. Die Anfechtbarkeit entsteht im Falle des Abs. 2 aus dem Zusammenwirken des irrigen Geschäftsmotivs und der Nichterreichbarkeit des Parteizwecks durch das geschlossene Grundgeschäft. — Die Anfechtbarkeiten des § 119 resultieren also weder allein aus einem irrigen Motive, noch allein aus einer Divergenz zwischen Wille und Erklärung, sondern aus zusammengesetzten Tatbeständen, die in jedem der drei Fälle verschieden sind. **b)** *Ebbecke, R. **11** 745. Der Irrtum über Eigenschaften eines Gegenstandes ist erheblich, wenn sie erkennbar der Partei zur Erreichung des mit dem Rechtsgeschäft erstrebten wirtschaftlichen Zweckes von wesentlicher Bedeutung sein müssen, ebenso der Irrtum über Eigenschaften des Vertragsgegners, die für Erfüllung der ihm obliegenden Leistung von Wichtigkeit sind. Sonst ist der Irrtum

über Eigenschaften (abgesehen von der Vereinbarung einer Bedingung oder der Erteilung einer Zusicherung) nur erheblich, wenn ersichtlich das Vorhandensein der Eigenschaft dem Vertragsschlusse zugrunde gelegt ist.

II. Aus der Praxis. 1. OLG. 22 130 (Darmstadt). Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist eine Ergänzung der insoweit beschränkten Vertretungsmacht des Vormundes. In Ansehung der Folgen eines Mangels der Genehmigung sind nicht nur die §§ 108—111 BGB. anwendbar, sondern auch die sonstigen allgemeinen Grundsätze über die Rechtsgeschäfte, namentlich die über Irrtum (vgl. Planck, Anm. 2 zu §§ 1821—1832, Dernburg [4] § 118 V, **RG. 71** 170, **50** 281, DJZ. **07** 1029 [KG.]). Anfechtungsberechtigt ist der Vormund (Pfleger) und nach Beendigung der Vormundschaft der Mündel selbst.

2. **RG.** 11. 4. 11, JW. **11** 533. Die Vorschriften des BGB. über Gewährleistung finden auf den Fall der Veräußerung eines künftigen Rechtes gegen Entgelt keine Anwendung; die Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums wird daher nicht durch ein Wandelungsrecht ausgeschlossen (vgl. **RG. 61** 175, JDR. **4** Ziff. II 8 d).

3. Irrtum im Beweggrunde (vgl. zunächst JDR. **9** Ziff. II A 3). **a)** **RG.** 16. 1. 11, **75** 271 ff., JW. **11** 274 (in Bestätigung von OLG. Celle, JDR. **9** Ziff. II A 3 a) erachtet es für einen zur Anfechtung berechtigenden Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung, wenn der Bürge bei der Bürgschaftsleistung irrtümlich angenommen hat, daß dem Gläubiger vom Hauptschuldner ein Forderungspfandrecht rechtsgültig bestellt worden sei. Diese Auffassung sei jedenfalls dann unbedenklich, falls die konkrete Sachlage offensichtlich erkennen läßt, daß der Bürge nur mit Rücksicht auf die anderweit vom Schuldner schon bestellte Pfandsicherheit die Bürgschaft übernahm. **b)** **RG.** 7. 1. 11, R. **11** Nr. 1093. Hat der Käufer eines Grundstücks, über dessen Grenzen beide Vertragsteile sich einig waren, irrtümlich angenommen, daß das Grundstück einer bestimmten Katasterparzelle entspreche, und demgemäß die im Kataster angegebene Größe dieser Parzelle seiner Kaufpreisberechnung für die in Wirklichkeit kleinere gekaufte Parzelle zugrunde gelegt, so liegt lediglich ein Irrtum im Beweggrunde vor, der einen außerhalb des Rahmens der rechtsgeschäftlichen Erklärungen liegenden Umstand betrifft und daher unbeachtlich ist (vgl. **RG. 55** 370).

4. Unterschreiben einer nicht durchgelesenen Urkunde. (JDR. **9** Ziff. II A 4.) Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn die Unterzeichnung im Bewußtsein der Unkenntnis des Inhalts der Erklärung und ohne jede Vorstellung davon erfolgt, denn in solchem Falle kann der Unterzeichnende nichts Irriges über den Erklärungsinhalt denken (vgl. **RG. 62** 203 ff., JW. **08** 327). Es ist aber möglich, daß, wer unbesehens unterschreibt, zwar seiner Unkenntnis des Inhalts sich bewußt ist, aber gleichwohl in negativer Hinsicht von einer Vorstellung darüber geleitet wird. Der Unterzeichner setzt, sei es mit Recht oder Unrecht, einen gewissen Sachverhalt als bestehend voraus und nimmt an, daß die Erklärung diesem Sachverhalt nicht widerspreche. Widerspricht sie ihm dennoch, so hat er über den Inhalt der Erklärung geirrt.

5. Anfechtung prozessualer Erklärungen (JDR. **5** Ziff. II A 5, **6** Ziff. X A 4). **RG.** 16. 1. 11, BayRpflZ. **11** 165, HoldheimsMSchr. **11** 124 hält an dem **RG. 69** 261 ausgesprochenen Rechtsgrundsatze fest, daß eine Eidesverweigerung nicht auf Grund des § 119 BGB. angefochten werden kann. Ebenso HessRspr. **12** 3 (Darmstadt).

6. Darüber, daß ein Kaufvertrag über Geschäftsanteile einer GmbH. vom Käufer dem Verkäufer gegenüber wegen arglistiger Täuschung angefochten werden kann, auch ohne daß die Anfechtungsklage gleichzeitig gegen die Gesellschaft erhoben wird **RG. 77** 128, JW. **11** 1013.

7. Eigenschaften einer Person. a) SchlHolstAnz. **11** 53 (Kiel). Die Zusammensetzung einer juristischen Person (Zahl und Art der zu einer Brauereivereinigung gehörigen Mitglieder) ist eine Eigenschaft derselben im Sinne des § 119 Abs. 2. b) Den Irrtum über die Natur einer Apothekenkonzession — verkäuflich oder beim Ausscheiden des Inhabers aus dem Apothekengeschäft an den Staat zurückfallend — hat **RG.** JW. **11** 640 für erheblich erklärt.

8. Eigenschaften einer Sache. **RG.** 28. 12. 10, JW. **11** 212. Das Ergebnis einer Abschätzung, insbesondere das einer Feuerversicherungstaxe kann als eine Eigenschaft der Sache betrachtet werden (vgl. **RG. 54** 219 ff., GruchotsBeitr. **48** 336). Ist zurzeit des Vertragsschlusses jedoch eine Abschätzung in der vom Anfechtenden angenommene Höhe vorhanden, so betrifft sein Irrtum nicht die Taxe, sondern die Schlußfolgerungen, die er aus dieser Taxe zog, also den Wert des Grundstücks. Der Wert als solcher aber ist keine Eigenschaft der Sache.

§ 123. I. *Stampe, Grundriß der Wertbewegungslehre, § 6 C I 1 b, hält das durch Betrug oder Erpressung hervorgerufene Kausalgeschäft für relativ nichtig. Denn der Tatbestand ist ein ganz anderer als in den Fällen der arglistigen Täuschung und Drohung. Bei Betrug und Erpressung liegt der gesetzwidrige Parteizweck vor, sich auf Kosten des Gegners widerrechtlich zu bereichern — und ein dem Gegner nachteiliger Geschäftsinhalt; diese beiden Tatbestandsmomente fehlen dem bloß durch arglistige Täuschung oder Drohung erzeugten Geschäfte. Gemeinsam ist beiden Gruppen nur die Beeinflussung von Wertbewegungsmotiven des Gegners durch widerrechtliche Mittel. Das durch Betrug oder Erpressung hervorgerufene Geschäft fällt unter § 138 Abs. 1; auch die Analogie von § 138 Abs. 2 schlägt durch, denn dieselben Momente, auf denen die Nichtigkeit des wucherischen Geschäfts beruht, sind bei Betrug und Erpressung, zum Teil in noch höherem Grade, vorhanden: der gesetzwidrige Parteizweck, sich nicht bloß unsittlich, sondern auch rechtswidrig zu bereichern; der dem Gegner nachteilige Geschäftsinhalt; und nicht bloß eine unsittliche Ausnutzung der Notlage usw., sondern eine direkte widerrechtliche Beeinflussung der Wertbewegungsmotive des Gegners.

Die Nichtigkeit kann nur eine relative in dem Sinne sein, daß der Wucherer, Betrüger, Erpresser selber sich (bei etwaiger Konjunkturänderung) nicht auf sie berufen dürfen. Denn das Prinzip, daß niemand aus seinem eigenen dolus Vorteile in Anspruch nehmen darf, folgt (mittelst Analogie) aus vielen Einzelbestimmungen des BGB.

II. Aus der Praxis. 1. Arglistige Täuschung. a) **RG.** JW. **11** 213. In der bestimmten Behauptung bestimmter, dem Behauptenden nicht genau bekannter Tatsachen kann unter Umständen Arglist (dolus eventualis) gefunden werden; es bedarf aber dazu, da in solchen Fällen in der Regel nur Fahrlässigkeit vorliegen wird, des Nachweises ganz besonderer Umstände, die eine Arglist erkennen lassen. b) **RG.** DJZ. **11** 649, R. **11** Nr. 1265. In dem Verschweigen des Umstandes, daß bereits einem Lieferanten gegenüber abnorme, das ganze Warenlager samt Außenständen ergreifende Sicherungsabkommen bestehen, kann einem anderen Lieferanten gegenüber arglistige Täuschung erblickt werden. c) **RG.** 7. 1. 11, JW. **11** 275, SächsRpflA. **11** 101, HoldheimsMSchr. **11** 123, HessRspr. **12** 2, Mschutz u. Wettbew. **10** 314. Die Anfechtung eines Vertrags wegen arglistiger Täuschung erfordert nicht, daß die Täuschung die Zusicherung einer Eigenschaft der Kaufsache zum Gegenstande hat; dazu genügt vielmehr jede Täuschung über irgendeinen für den Vertragsabschluß des Vertragsgegners erheblichen Umstand. Ebensowenig wird die Anfechtung einer Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung dadurch ausgeschlossen, daß der Irrtum des Getäuschten bei Anwendung gehöriger Aufmerksamkeit und Sorgfalt hätte vermieden werden können. Ob ein Irrtum entschuldbar war oder bei Anwendung gehöriger Vorsicht hätte vermieden werden können, darauf kommt es nicht einmal

bei der Anfechtung einer Willenserklärung wegen Irrtums an, geschweige denn im Falle einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung. Maßgebend ist vielmehr, ob der Irrtum des Getäuschten für die Abgabe der Willenserklärung bestimmend war. Keinesfalls kann der Betrüger sich gegenüber seinem Vertragsgegner, der seinen Erklärungen, wenn auch unbedachtsam und leichtfertig, vertraut hat, mit Erfolg darauf berufen, daß dieser bei gehöriger Überlegung die Unwahrheit seiner Angaben hätte erkennen können. **d)** R. **11** Nr. 1863 (Jena). Für falsche Umsatzangaben haftet der Verkäufer, auch wenn sie keine vertraglichen Zusicherungen sind, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (positives Vertragsinteresse), wenn er die Angaben arglistig gemacht und so durch arglistige Täuschung den Käufer zu einem ihm minder günstigen Vertragsabschlusse verleitet hat. Als Schadensersatz aber kann der Käufer nicht Rückgängigmachung fordern. Wohl aber kann er statt dessen auch den Vertrag anfechten und daneben das sogenannte negative Vertragsinteresse fordern. **e)** R. **11** Nr. 11 (Rostock). Die Zusicherung des Käufers eines Grundstücks, daß die von ihm in Zahlung auf den Kaufpreis gegebenen Grundschulden gut oder sicher seien, berechtigt den Verkäufer zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, wenn der Käufer, nicht aber der Verkäufer die Minderwertigkeit der Grundschulden gekannt hat. **f)** Über arglistige Täuschung beim Verkauf eines Patents vgl. **RG.** Mschutz u. Wettbew. **11** 80.

2. Drohung (JDR. **4**, **5** Ziff. II 3, **8** Ziff. II 7, **9** Ziff. II 4). **a) RG.** SeuffA. **66** 221. Der Tatbestand der zweiten Alternative des § 123 Abs. 1 BGB. setzt auf seiten des Gegners des Anfechtenden kein subjektives Verschulden voraus, wie solches regelmäßig zur Begründung von Ansprüchen aus unerlaubten Handlungen erforderlich ist. Der Begriff „widerrechtlich" in der bezeichneten Vorschrift ist objektiv aufzufassen. **b) RG.** 22. 11. 10, R. **11** Nr. 449. Die Ankündigung des Käufers, das beabsichtigte Geschäft zu unterlassen, wenn nicht der Unterhändler seine Provision mindere, stellt letzterem gegenüber keine widerrechtliche Drohung dar. **c) RG.** 22. 10. 10, JW. **11** 27, SächsRpflA. **11** 8, BayRpflZ. **11** 21, BauersZ. **18** 140, GruchotsBeitr. **55** 626. Die Anfechtbarkeit wegen Drohung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Drohende sich der Widerrechtlichkeit der Drohung nicht bewußt gewesen ist. Es muß als ausreichend erscheinen, wenn festgestellt wird, daß die Drohung an sich widerrechtlich und die Drohung dem Drohenden bewußt war (unter Aufgabe der früher von dem Senate JW. **06** 82 und JW. **07** 5 vertretenen Ansicht).

3. **RG.** 1. 2. 11, JW. **11** 441. Wer einen gegenseitigen Vertrag gemäß § 123 BGB. anficht und von dem Gegenkontrahenten Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangt, der kann nicht gleichzeitig durch eine rechtswirksame Mahnung von ihm Vertragserfüllung begehren.

4. Abs. 2 (vgl. JDR. **9** Ziff. 8). **a) RG.** 16. 3. 11, **76** 107 ff., SeuffA. **66** 435. Daran, daß ein Vertrag wegen einer von dem Vertreter bzw. freiwilligen Geschäftsführer des Gegenkontrahenten verübten arglistigen Täuschung von dem Vertragsgegner angefochten werden kann, ist durch das BGB. nichts geändert worden, wenngleich dieser Rechtszustand in ihm nicht unmittelbar Ausdruck gefunden hat. Unter dem Dritten im Abs. 2 des § 123 kann man jedenfalls nicht eine Person mitverstehen, die selbst das betreffende Rechtsgeschäft abschließt (vgl. v. Staudinger [5/6] I Bem. IV 3 b zu § 123, Dernburg [3] I § 147 Anm. 15, Rehbein I Bem. 4 b zu §§ 164—181). **b)** OLG. Hamburg, SeuffBl. **11** 290, Hans. GZ. **11** Beibl. 97, OLG. **22** 133. An sich ist zwar, wenn ein Vertrag durch einen Vertreter abgeschlossen wird, dieser Vertreter nicht Dritter im Sinne des § 123 und seine Erklärungen muß der Geschäftsherr wie eigene Erklärungen gegen sich gelten lassen. Dies gilt nach **RG. 72** 133 auch, wenn der Vertreter einen der Schriftform unterliegenden Vertrag bis auf die Unterschrift des Geschäftsherrn zum Ab-

schlusse gebracht und dann der Geschäftsherr den Vertrag durch seine Unterschrift formell vollzogen hat. Ist jedoch der Vertrag von dem Vertreter nicht soweit vorbereitet, daß die Parteien nur die Vertragsurkunde zu unterzeichnen brauchten, so ist der Geschäftsherr für die Erklärungen des Vertreters bei den Vorverhandlungen nicht verantwortlich zu machen.

§ 124. RheinA. **108** 156 (Cöln). Die Ausschlußfrist des § 124 ist auch auf einen vor dem 1. 1. 00 geschaffenen Tatbestand anwendbar, namentlich dann, wenn die Frist erst nach dem 1. 1. 00 zu laufen begonnen hat.

§ 125. 1. *Reichel, Die Einschreibeklausel, BankA. **11** 40. Die häufig getroffene Vereinbarung, eine einseitige Parteierklärung solle nur dann wirksam sein, wenn sie dem Erklärungsgegner mittels eingeschriebenen Briefes zugesandt wird, hat folgenden Sinn: 1. Vereinbarung der Schriftform im Sinne § 125 Satz 2, 2. Vereinbarung einer bestimmten Übermittelungsform. Die Nichteinhaltung dieser letzteren hat indes Unwirksamkeit der Erklärung nicht ohne weiteres, vielmehr nur dann im Gefolge, wenn die Erklärung dem Gegner überhaupt nicht oder doch nicht — wie dies bei Einschreibesendungen der Fall ist — zu eigenen Händen oder zu Händen seines Vertreters persönlich behändigt ist (vertragsmäßige Abänderung des § 130 BGB.). Beispiel: ein bloß in den Briefkasten des Gegners geworfenes, diesem nicht ausgehändigtes Schreiben ist nicht zugegangen. Eingeschriebenes Telegramm genügt; § 127.

2. *Ebbecke, R. **11** 634 ff. Zwischen den Formvorschriften, die im allgemeinen Interesse gegeben sind, weil der Beweis und die Erkennbarkeit eines die Allgemeinheit berührenden Rechtsgeschäfts gesichert werden soll, und den Formvorschriften, die dem Interesse des einzelnen dienen, ihn vor unüberlegtem Handeln schützen sollen, besteht ein tiefgreifender Unterschied. Dieser Unterschied tritt namentlich zutage bei der Abänderung des Rechtsgeschäfts, indem bei Formvorschriften der letzteren Art, abgesehen von der Neubegründung einer gleichen Verpflichtung, nur die Erschwerung oder Verpflichtung der Partei formbedürftig ist, desgleichen bei Heilung des Formmangels durch nachträgliche Erfüllung des Rechtsgeschäfts, welche Heilung nur bei letzteren Formvorschriften zugelassen ist. Nicht mit diesem Unterschiede hängt es zusammen, daß die Form teils nur für eine bestimmte einseitige Erklärung, wie Schenkungsversprechen, Bürgschaftserklärung, teils für den ganzen Vertrag erfordert wird.

3. **RG.** 3. 4. 11, JW. **11** 534. Allerdings spricht für die Vollständigkeit der über ein Rechtsgeschäft errichteten Urkunde gegenüber mündlichen Vereinbarungen vor und bei Errichtung der Urkunde eine tatsächliche Vermutung; diese wird aber entkräftet, wenn besondere Umstände dargetan werden, aus denen hervorgeht, daß die Parteien auch zur Zeit der Errichtung der Urkunde die Fortgeltung der bloß mündlich getroffenen Vereinbarung noch gewollt haben. Wenn man beiderseits von der Aufnahme der mündlichen Fristverlängerungsabrede in die notarielle Urkunde in der ausgesprochenen Absicht abgesehen hat, den gesamten Inhalt der Vereinbarungen nicht zur Kenntnis des X gelangen zu lassen, wenn also die Parteien mit der Nichtaufnahme sogar einen bestimmten Zweck verfolgt haben, so ist klar, daß sie den Inhalt der mündlichen Abrede auch trotz seiner Nichtaufnahme in die Vertragsurkunde haben gelten lassen wollen.

§ 126. 1. Voß, SeuffBl. **11** 297 ff. knüpft an **RG.** PlenBeschl. 27. 6. 10, JDR. **9** Ziff. 3 an, wendet sich (301) gegen die Ausführungen Leists, daß der Vertreter, der nur mit dem Namen des Vertretenen unterzeichne, seinen Willen, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervortreten lasse (vgl. JDR. **8** Ziff. 1) und stimmt teilweise den Ausführungen Josefs, JDR. **9** Ziff. 1, zu. In Abweichung von ihm legt er jedoch (303) dar, daß die Beweislast stets bei demjenigen sei, der sich auf die Beobachtung der Schriftform beruft. Aus dem Miß-

lingen des auf Schreibhilfe gerichteten Beweises sei noch nicht die Vermutung zugunsten der Vertretungsmacht zu entnehmen. Da bei dem Auftrage zur Leistung von Unterschriften der Beauftragte häufig nicht zum deutlichen Bewußtsein seiner Vertreter- oder Schreibgehilfeneigenschaft gelangt, müsse die Bedeutung des Vorganges aus den sonstigen Umständen entnommen werden. Von Bedeutung seien vor allem die persönlichen Beziehungen des Auftraggebers und des Beauftragten.

2. a) **RG.** 9. 11. 10, **RG. 74** 339 ff., JW. **11** 86, DJZ. **11** 154, BankA. **10** 188, BayRpflZ. **11** 185, GruchotsBeitr. **55** 826. Das RG. hat in RG. **14** 94 kein Gewohnheitsrecht dafür untergestellt, daß bei gleichlautenden Urkunden, die als zum Umlaufe bestimmte Wertpapiere in großer Anzahl emittiert werden, die Herstellung der Unterschrift des Ausstellers durch Faksimiledruck üblich sei, vielmehr lediglich festgestellt, daß nach dem damals gültigen Begriffe der Schriftlichkeit das Moment der eigenhändigen Vollziehung der Unterschrift da fehlen könne, wo Herstellung im Wege mechanischer Vervielfältigung allgemein üblich sei. Diesem Rechtszustande hat § 126 ein Ende bereitet. Dem Erfordernis der Schriftlichkeit wird durch eine faksimilierte Unterschrift jetzt nicht mehr genügt. **b)** Löhr, DJZ. **11** 78. Die nach dem Inkrafttreten des BGB. ausgestellten, an Order lautenden Schuldverschreibungen sind nicht gültig, wenn sie nur mit faksimilierten Unterschriften des Schuldners oder seiner Vertreter versehen sind. Dagegen Kaiser, DJZ. **11** 278 ff. Es können auch jetzt noch, wenigstens von Kaufleuten, gültige Orderschuldverschreibungen mit faksimilierten Unterschriften ausgegeben werden, da durch § 363 HGB. die Schriftform nicht vorgeschrieben sei.

3. **RG.** 4. 3. 11, **76** 99, RheinA. **108** 381, JW. **11** 442, DJZ. **11** 762. Die Schriftform des § 126 Abs. 1 ist gewahrt, wenn der Bevollmächtigte mit dem Namen des Vollmachtgebers unterzeichnet (vgl. JDR. **9** Ziff. 3). Ein Generalbevollmächtigter wird aber nicht schon dadurch zum bloßen Schreibgehilfen, daß er im einzelnen Falle in seinem inneren Verhältnisse zum Vollmachtgeber für angemessen hält, vor Abschluß des Rechtsgeschäfts sich erst über die Willensmeinung seines Vollmachtgebers Sicherheit zu verschaffen. Im Zweifel ist auch nicht anzunehmen, daß ein solcher, wenn er einfach mit dem Namen des Vollmachtgebers in einem Falle unterschreibt, wo die Schriftform wesentlich ist, nur als Schreibgehilfe habe handeln wollen, da dadurch ja gerade Nichtigkeit des Geschäfts bewirkt sein würde.

4. **RG.** 4. 5. 11, **76** 191 ff. Die Form des Abs. 1 ist auch gewahrt, wenn eine rechtsgeschäftliche Erklärung in einem von einem Dritten aufgenommenen Protokoll enthalten und dieses von dem Erklärenden mitunterzeichnet ist. — § 126 Abs. 3 bezieht sich auf gerichtliche und notarielle Beurkundungen jeder Art, auch auf solche, bei denen das aufgenommene Protokoll nicht unterschrieben und nicht einmal vorgelesen zu werden braucht (vgl. **RG. 64** 82 ff.).

5. a) OLG. **22** 271 (KG.). Waren über einen Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen und unterschrieben und sind alsdann Änderungen nur in dem einen Exemplar vorgenommen worden, so ergibt sich daraus, daß die Parteien dieses Exemplar nunmehr als das maßgebende angesehen wissen wollen, während das andere seine Bedeutung verliert. **b)** OLG. **22** 270, R. **11** Nr. 1094 (Braunschweig). Der gesetzlichen Schriftform wird bei Verträgen nicht dadurch genügt, daß der den unterschriebenen Vertragsantrag enthaltende Brief von dem Empfänger mit dem unterschriebenen Vermerk „einverstanden" zurückgesandt wird.

§ 127. RG. 23. 9. 11, **77** 70, JW. **11** 973. Ist für eine Kündigung neben der Erklärungsform der Schriftlichkeit noch die besondere Form der eingeschriebenen Postsendung vereinbart, so hat die Nichtbeobachtung der Form des „Einschreibens" die Unwirksamkeit der Kündigungserklärung nur dann zur Folge, wenn die Kündigung nicht rechtzeitig zur Kenntnis des Erklärungsempfängers gekommen ist.

§ 128. **RG.** 22. 3. 11, R. **11** Nr. 1864. Ist der Vertragsantrag nach seiner klaren Fassung unbedingt gestellt, so kommt der Vertrag durch die unter Vorbehalt der Zustimmung der Stadtverordnetenversammlung erklärte Annahme auch dann nicht zustande, wenn später die erfolgte Zustimmung mittels Telegramms dem Antragenden mitgeteilt wird.

§ 130. 1. Wirksamwerden unmittelbar wahrzunehmender Willenserklärungen. Zielke, SächsRpflA. **11** 73 ff. Bei der Richtungsgabe seiner Willenserklärung muß der Erklärende von der Vorstellung geleitet sein, daß die Willenserklärung in der subjektiven Welt des Adressaten nicht nur in die Kammer der Sinnlichkeit, sondern in die des Verstandes eindringen kann. Die Willenserklärung wird wirksam, wenn sie von der Sinnlichkeit des Adressaten so aufgenommen wird, daß er ihren Inhalt zur Kenntnis nehmen kann (wirkliche Wahrnehmung und subjektive Möglichkeit der Kenntnisnahme). Die Willenserklärung gilt auch schon dann als von der Sinnlichkeit des Adressaten aufgenommen, wenn dieser zwar nicht ihren Inhalt im einzelnen, also z. B. die einzelnen Worte wahrgenommen hat, sondern nur die Tatsache, daß der Erklärende ihm eine Willenserklärung gemacht hat. Ebenso Leonhardt, BGB. Allg. Teil 236, Thiela, AcivPr. **89** 131.

2. Pfeiffer, LeipzZ. **11** 605. Bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen des nachmaligen Gemeinschuldners ist die „Vornahme" im Sinne des § 7 KO. in den Zeitpunkt des Zugehens zu verlegen (so auch Jaeger, Anm. 14 zu § 7 KO.; aM. Dernburg, BGB. I § 132, Staudinger, BGB. Bem. 8 zu § 130). Die Frage, wann die Erklärung zur Entstehung gelangt, wird durch § 130 Abs. 2 nicht berührt, sondern allein durch Abs. 1 geregelt.

3. *Bab. Das Prinzip der Zugangsbedürftigkeit gilt ausnahmslos in gleichem Maße für die schriftlichen und für die mündlichen Anzeigen. Die §§ 91 Abs. 1, 110 Abs. 1, 153 Abs. 1, 171 Abs. 1 VVG., §§ 478 Abs. 1 Satz 1, 485 Satz 1 BGB., § 377 Abs. 4 HGB. bilden keine Ausnahmen dieses Satzes: sie nehmen lediglich zur Frage der Fristeinhaltung Stellung.

4. Krückmann, R. **11** 56 ff. (vgl. auch Regelsberger, BankA. **9** 273 ff.). Der Erklärende kann sich auf seine zum Zwecke der Erklärung vorgenommene Handlung berufen, 1. wenn er dem Adressaten in verkehrsüblicher Weise die Wahrnehmbarkeit ermöglicht hat, 2. wenn er die verkehrsübliche Wahrnehmungsmöglichkeit ohne das dazwischentretende Verschulden des Adressaten geschaffen haben würde. Hat der Erklärende im zweiten Falle seinen Erklärungsversuch soweit abgeschlossen, daß über den Inhalt der von ihm versuchten Erklärung kein Zweifel sein kann, so muß der Adressat, gleichgültig ob er das Zugehen der Erklärung vorsätzlich, grob- oder leichtfahrlässig vereitelt hat, sich so behandeln lassen, als ob der Vertrag zustande gekommen sei. — Dem Erklärenden ist eine Anzeigepflicht von dem vereitelten Erklärungsversuche aufzuerlegen. Die Mitteilung hat keine konstitutive Wirkung, sie hat nur den Zweck, den bloß fahrlässigen Adressaten vor Schaden zu bewahren, daß er nicht etwa in der Meinung, es sei kein Vertrag zustande gekommen, sich nach anderer Seite hin bindet. Die Unterlassung der Anzeige hat keinen Einfluß auf die Wirksamkeit der schuldhaft von dem Adressaten vereitelten Erklärung; diese wird vielmehr schon ohne weiteres wegen des Verschuldens des Empfängers wirksam. Wohl aber macht sie den Erklärenden haftbar auf Ersatz des Interesses an der rechtzeitigen Anzeige. Bei völliger Vereitelung der Erklärung muß unverzügliche Anzeige von dem, was der Erklärende hat sagen wollen, gemacht werden; eine verspätete Mitteilung ist als geeignetes Mittel den gewollten Erklärungsinhalt festzustellen und festzulegen nicht anzusehen. Die Anzeige gibt dem Erklärungsversuche zwar nicht seine Wirkung, aber seinen Inhalt. So kommt ihr in diesem Falle allerdings eine Art konstitutiver Wirkung zu, die sich jedoch auf etwas Negatives beschränkt:

Nicht die Mitteilung macht den Erklärungsversuch wirksam, sondern die Unterlassung der Mitteilung macht ihn unwirksam. Die Pflicht zur Entgegennahme von Erklärungen besteht nicht nur beim Vertragsantrage, sie kann auch durch ein gewöhnliches Rechtsverhältnis, etwa Miete, Dienstvertrag, Werkvertrag begründet sein. Wird die Möglichkeit der Wahrnehmung der Erklärung nicht durch ein Verschulden des Adressaten, sondern nur durch einen in seiner Person liegenden Grund verhindert, so trägt der Erklärende die Gefahr.

5. SeuffA. **66** 437 (Dresden). Wenn ein Fabrikbesitzer die für ihn bestimmte Abendpost stets erst am nächsten Tage bestellen läßt, so ist ein Brief, der erst 7 Uhr abends auf dem Postamt aussortiert worden ist, erst am nächsten Morgen als dem Empfänger zugegangen anzusehen. Die Post ist nach wie vor in einem Vertragsverhältnis allein zu dem Absender geblieben, für den sie den Brief bis zur tatsächlichen Aushändigung an den Empfänger besitzt.

§ 133. 1. a) **RG.** 20. 1. 11, R. **11** Nr. 1095. Die Vermutung der Vollständigkeit gilt auch gegenüber dem Empfänger eines einseitigen Bestätigungsschreibens des anderen Teiles, wenn er es nicht innerhalb der verkehrsüblichen Frist beanstandet hat. b) **RG.** 11. 11. 10, JW. **11** 87, R. **11** Nr. 285. Die Vermutung der Vollständigkeit einer Vertragsurkunde rechtfertigt nicht die Annahme, daß bei Aufzählung bestimmter, aus dem Verzuge erwachsender Rechte die übrigen nach dem Gesetze daraus folgenden Rechte ausgeschlossen seien. Die Vermutung besagt nur, es sei bis zum Beweise des Gegenteils anzunehmen, daß andere oder weitere Vereinbarungen, die für das Rechtsgeschäft gelten sollen, als die in dem Schriftstück enthaltenen nicht getroffen sind.

2. **RG.** 21. 11. 10, R. **11** Nr. 454. Die Bürgschaften und Stundungen in einem als Arrangement bezeichneten Abkommen sind im Zweifel als nur für den Fall der Konkursvermeidung bindend anzusehen; zur Auslegung kann auch das spätere Verhalten der Vertragsparteien herangezogen werden.

3. BayRpflZ. **11** 139 (BayObLG.). Die Vorschrift des § 133 BGB. gilt auch für Prozeßerklärungen.

§ 134. 1. Hörle, Abzahlungsgeschäfte, GruchotsBeitr. **55** 182 ff. Ist nach einer Vorschrift des BGB. (§§ 134, 138, 248, 812 ff.) die Rückforderung der Leistungen aus §§ 1, 2 AbzG. unzulässig, so sind die Vorschriften des AbzG. nicht anwendbar. Ist das Abzahlungsgeschäft nichtig, so ist auch das auf ihm beruhende, nachfolgende Rechtsgeschäft, das das erstere ersetzen oder abändern soll, nichtig. Dies gilt auch für außergerichtliche und gerichtliche Vergleiche und Schiedsverträge. Über den Umfang der Nichtigkeit des Vertrags vgl. 182 ff.

2. Apothekenbetrieb (JDR. 8 Ziff. II 3, **9** Ziff. 4). OLG. **22** 136 (KG.). Ein Vertrag, der darauf abzielt, das Verbot des Apothekenbetriebs ohne Konzession zu umgehen, ist nichtig, gleichviel ob man die Anwendbarkeit des § 134 oder des § 138 annehmen will.

3. BayObLG. **12** 31 ff. Die nach § 332 StPO. angeordnete Beschlagnahme des Vermögens eines Angeklagten ist im öffentlichen Interesse gewollt und enthält ein unbeschränktes Veräußerungsverbot im Sinne des § 134 BGB.; sie kann daher nicht in das Grundbuch eingetragen werden.

4. OLG. Hamburg, JDR. **9** Ziff. 1 auch OLG. **22** 219.

§§ 135, 136. Über Veräußerungsverbote vgl. zunächst den eingehenden Bericht von Raape, JDR. 7 u. Voß, JDR. **8**, **9**, sowie Knoke, JDR. **9** Ziff. 2 zu § 135.

1. Voß, Relatives Veräußerungsverbot, JheringsJ. **60** 293 ff. Die Veräußerungsverbote des § 135 sind Mittel außerordentlichen Rechtsschutzes. Man darf nicht von der Vorstellung ausgehen, das BGB. müsse irgendein gesetzliches Veräußerungsverbot enthalten, weil es solche Verbote im § 135 als bestehende Ein-

richtung unseres Rechtslebens voraussetze. Der § 135 erweist sich vielmehr als eine Ergänzungsvorschrift, die dazu bestimmt ist, die privatrechtlichen Folgen außerhalb des BGB. bestehender Verbotsvorschriften zu regeln. Übrigens enthält § 1984 Abs. 1 BGB., der die entsprechende Anwendung des gegenwärtigen § 7 KO. anordnet, wirklich ein gesetzliches Veräußerungsverbot im Sinne des § 135. — Grundlage des Verbotsschutzes ist immer der Befehl des Gesetzes, des Gerichts oder der sonstigen, innerhalb ihrer Zuständigkeit handelnden Behörde. Daher kann man nicht ohne weitere Voraussetzung annehmen, daß besondere Schutzeinrichtungen, mit denen das regelmäßige Recht ausgestattet ist, z. B. die Vormerkung, zu den Veräußerungsverboten im Sinne der §§ 135, 136 BGB. gehören. Eine Eigentümlichkeit der letzteren ist es vielmehr, daß sie das zu treffende Vermögensrecht unmittelbar, ohne Benutzung anderweitiger Schutzeinrichtungen, in substantieller Weise ergreifen und, soweit es der Schutz des Bedürftigen verlangt, in dem Vermögenskreise des Verbotsträgers festhalten. Wenn das Veräußerungsverbot zum Grundbuch eingetragen wird, so ist dies keine rechtsändernde Verstärkung des Verbotsschutzes, sondern lediglich eine durch die Rechtslage veranlaßte Darstellung des außerhalb des Grundbuchs begründeten Schutzes im Grundbuche (332). Das allgemeine Verhältnis zwischen Veräußerungsverbot und Vormerkung ist dahin zu charakterisieren: Übereinstimmung zwischen den unter dem Begriffe der „relativen Unwirksamkeit" zusammengefaßten Drittwirkungen und Verschiedenheit in denjenigen Folgen, die mehr oder weniger unmittelbar an den Ausgang anknüpfen. Dieser ist beim Veräußerungsverbot ein an den Verbotsträger gerichteter Rechtsbefehl, sei es unmittelbar des Gesetzes oder einer innerhalb ihrer Zuständigkeit handelnden Behörde, bei der Vormerkung hingegen die rechtsgeschäftliche oder durch den Richter vertretene Willensbestimmung des Vormerkungsgegners.

2. Strohal, Relative Unwirksamkeit 51. Infolge des Veräußerungsverbots ist die Verfügungsmacht des Betroffenen derart abgeschwächt, daß er eine die Verwirklichung des Anspruchs des Geschützten ausschließende oder beeinträchtigende Verfügung überhaupt nicht treffen kann. Das wirksam erlassene Veräußerungsverbot macht dem Verbotsbetroffenen die Vornahme einer wirklich verbotswidrigen Verfügung unmöglich.

§ 136. OLG. 22 137, BayNotZ. **11** 67 (BayObLG.). Aus dem Inhalt und der Entstehungsgeschichte der §§ 135, 136 kann mit genügender Sicherheit entnommen werden, daß der § 136 sich nur auf die Verbote bezieht, die den Schutz bestimmter Personen bezwecken, und daß Verbote, die zwar von einem Gericht oder einer anderen Behörde, aber im öffentlichen Interesse erlassen werden, den unmittelbar auf Gesetz beruhenden unbeschränkten Veräußerungsverboten gleichstehen.

§ 137. 1. KGJ. **40** 123 (KG.). Soweit ein unter § 883 BGB. fallender Anspruch vorhanden ist, können Bedenken gegen die Zulässigkeit einer Sicherung dieses Anspruchs durch Eintragung einer Vormerkung auch dann nicht aus § 137 hergeleitet werden, wenn der eigentliche Zweck dieser Vormerkung die Herbeiführung einer Verfügungsbeschränkung nach Art eines Veräußerungsverbots ist (vgl. dort die zahlreichen Literaturangaben).

2. *Kaufmann, Eigentum am Gesellschaftsvermögen 41 f. Der im Satz 1 ausgesprochene Grundsatz der Unzulässigkeit einer Verfügung über die Verfügungsmacht ist undurchbrochen: Dingliche Verfügungsbeschränkungen können im System des BGB. nicht durch Rechtsgeschäft geschaffen werden, sondern — privatrechtlich — nur aus dem Vorhandensein eines personenrechtlichen Verhältnisses sich ergeben. Vgl. oben zu § 399, unten zu § 741, sowie zu § 883 Abs. 2.

§ 138. I. 1. *Fraeb, GoltdA. **59** 71 f. Ein Apotheker, der einem morphiumsüchtigen Arzte auf dessen Rezept Morphium und ähnlich wirkende Mittel verabfolgt, obwohl ihm von dem Leiter der Anstalt, in welcher sich der Patient zur

Heilung aufhält, dessen Leiden mit dem Ersuchen mitgeteilt war, keinerlei derartige Arzneien an den Kranken zu verabfolgen, und obwohl er eine entsprechende Versicherung abgegeben hatte, verstößt wider die guten Sitten. Dieser Ansicht ist auch das AG. Baden-Baden beigetreten, dessen Urteil vom 5. Juli 1907 mitgeteilt wird. Die Ausnutzung der Schwäche des Vertragsgegners zu dessen Schädigung und zur Erreichung außergewöhnlicher Vorteile liegt darin, daß der Apotheker, wohl wissend, daß der Patient nicht zu Heilzwecken die gefährlichen Mittel begehrt, sondern um seinem Laster zu fröhnen, diese verabfolgt, um sich den außergewöhnlichen Vorteil zu verschaffen, der darin liegt, daß der Apotheker nunmehr auch ohne ärztliche Verordnung und über das Maß einer solchen hinaus an den Arzt-Patient verkauft.

2. Fischer, BayRpflZ. **11** 145 ff. Es ist in der Gesetzessprache „gute Sitten" und „sittliche Pflicht" in dem Sinne zu unterscheiden, daß sich in ersteren die vergröberte Rechtsmoral, in der letzteren die reine Sittlichkeitslehre darstellt. Während die Rechtsordnung gegen die Verstöße wider die Rechtsmoral in schärffster Weise reagiert, ignoriert sie die geringeren Verfehlungen gegen Moral und Anstand, sie will nur solcher geringeren Unsittlichkeit oder Unanständigkeit nicht noch obendrein durch Gewährung einer condictio zum Siege verhelfen (§ 814 BGB.).

3. *Matthießen, JW. **11** 923. Unsittlich können auch dingliche Erfüllungsgeschäfte sein, wie die Eigentumsübertragung von Bordellgrundstücken, bei der es sich nach Gegenstand, Zweck und Motiv um ein unsittliches Rechtsgeschäft seinem Gesamtcharakter nach handelt. Die gegenteilige Reichsgerichtsentscheidung (**RG. 75** 68) wird bekämpft. § 817 BGB. steht nicht entgegen und will den Geltungsbereich des § 138 BGB. nicht einschränken.

4. *Jacoby, JheringsJ. **60** 229 ff. Nichtig ist das wucherische Geschäft in seiner Gesamtheit: der obligatorische Vertrag, die Leistung des Wucherers und die Gegenleistung des Bewucherten. Die Nichtigkeit der Erfüllungsgeschäfte ergibt sich dabei nicht etwa erst aus der Nichtigkeit des Kausalgeschäfts, sondern direkt aus der Sonderbestimmung des § 138 Abs. 2. — Der Wucherer hat wegen seiner Leistung zunächst die Vindikation. Verliert er diese, so bleibt ihm unbedingt ein Bereicherungsanspruch aus §§ 951, 812, 816 BGB. Die §§ 817, 814, 815 BGB., die bisher die Grundlage des Meinungsstreits bildeten, kommen gar nicht in Frage, weil der Bewucherte nicht durch die — nichtige — Leistung des Wucherers, sondern durch eine eigene Tätigkeit — Verbrauch, Vermischung usw. — bereichert wird. — Der Bewucherte hat einen Anspruch auf Rückgabe des von ihm Geleisteten, vermindert um die eigene Bereicherung.

5. Über *Cantor, Die Konkurrenzklausel, vgl. Bericht zu HGB. §§ 74 u. 75, UnlWG. § 17.

II. Aus der Praxis. Einzelne Fälle. 1. Gastwirtswesen (JDR. **3** Ziff. 6 B a, **4** Ziff. 9 I B a, **5** Ziff. 7 I B a, **6**, **7**, **8**, **9** Ziff. II B 1). BadRpr. **11** 177 (Karlsruhe). Ein Vertrag, durch den eine Brauerei gegen die Verpflichtung der Bierabnahme auf 10 Jahre verspricht, einen Wirt und Hausbesitzer bei der Erwirkung der Wirtschaftskonzession zu unterstützen und auf jeden Widerspruch gegen die Konzession bei der Gemeinde zu verzichten, verstößt nicht gegen die guten Sitten.

2. Bordellwesen (JDR. **5** Ziff. 7 I B b, **6**, **7**, **8**, **9** Ziff. II B 2 u. oben Ziff. I 3). a) **RG.** 25. 1. 11, **75** 74 ff. (vgl. auch JW. **11** 317), GruchotsBeitr. **55** 1011. Ist auf Grund eines wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtigen Kaufvertrags über ein Bordellgrundstück Auflassung und Eintragung einer Hypothek für die Kaufgeldrestforderung erfolgt, so ist das Eigentum am Grundstück auf den Käufer übergegangen, die Hypothek steht ihm wegen Nichtigkeit der gesicherten Forderung als Eigentümergrundschuld zu. Der Eigentumsübergang ist deswegen anzunehmen, weil wohl der Beweggrund für die Auflassung insofern ein sittenwidriger gewesen sein mag, als dem Bordellkäufer dadurch die Fortführung des Bordellbetriebs ge-

sichert werden sollte, aber der Inhalt des Rechtsgeschäfts der Einigung über die Eigentumsübertragung keinen Verstoß gegen die guten Sitten enthielt, da er lediglich eine Rechtsänderung auf dem Gebiete des Sachenrechts zum Gegenstande hatte und nach der ständigen Rechtsprechung des RG. ein Rechtsgeschäft nur dann gegen die guten Sitten verstößt, wenn nicht nur der Beweggrund, sondern auch der Inhalt selbst sittenwidrig ist (vgl. **RG. 63** 350, **68** 99, **71** 173). Ebenso ist die Rechtsgültigkeit der Hypothekbestellung anzunehmen, weil das Rechtsgeschäft der Einigung zwischen den Parteien über die Bestellung der Hypothek lediglich eine Rechtsänderung auf sachenrechtlichem Gebiete zum Gegenstande hatte und daher sein Inhalt nicht gegen die guten Sitten verstieß. **b**) SchlHolstAnz. **11** 93 (Kiel). Die Nichtigkeit der Bordellhypotheken ist auch bei den vor dem 1. 1. 00 eingetragenen Hypotheken anzunehmen.

3. Arbeits- und Dienstverhältnis (IDR. **5** Ziff. 7 I B c, **6**, **7**, **8**, **9** Ziff. II B 3). **a**) **RG.** 15. 2. 11, **75** 238, SeuffA. **66** 314. Wenn ein Vorstand einer Aktiengesellschaft im Anstellungsvertrage für den Fall seiner aus wichtigen Gründen gebotenen vorzeitigen Entlassung sich für die ganze restliche Vertragszeit sein volles Gehalt zusichern läßt, sofern er nur nicht Handlungen begeht, die mit dem Verluste der bürgerlichen Ehrenrechte bedroht sind, so liegt darin eine mit der verantwortungsvollen Stellung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft unvereinbare Vertragsbestimmung, die als unsittlich zu bezeichnen ist. **b**) GewuKfmG. **11** 365 ff. (Nürnberg). Die Abrede, daß ein Versicherungsbeamter sofort entlassen werden kann, wenn er in einem Monate nicht ein bestimmtes Quantum von Abschlüssen erzielt, verstößt nicht gegen die guten Sitten. **c**) OLG. **22** 145 (Dresden). Den guten Sitten widerstreitet es nicht, wenn sich der Lehrherr für den Fall nachweislicher Veruntreuungen des Lehrlinges von dessen Stiefvater den Ersatz des Schadens und außerdem die Zahlung eines — andernfalls nicht zu entrichtenden — Kostgeldes für die Zeit, die der Lehrling im Geschäfte war, versprechen läßt. Mit dieser Ausbedingung wird nicht sowohl ein über den erlittenen Schaden weit hinausreichender Vorteil, als vielmehr nur die leichtere Verfolgbarkeit des Anspruchs bezweckt. Sie findet namentlich darin ihre Rechtfertigung, daß der Umfang der Veruntreuungen bei einer längere Zeit in einem Erwerbsgeschäfte tätigen Person schwer nachweisbar ist. **d**) OLG. **22** 141 (KG.). Wenn sich ein Angestellter Provision für die Vermittelung eines Vertrags mit seinem Geschäftsherrn hinter dessen Rücken von dem anderen Vertragschließenden versprechen läßt, so widerspricht das dem Volksbewußtsein, wie es aus dem Anstandsgefühle aller billig und gerecht Denkenden gebildet wird, und darauf ist bei der Frage, ob ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, gerade Rücksicht zu nehmen. Ob das Verhalten des Angestellten etwa zu einer gebilligten Übung geworden ist, und vielleicht der Anschauung der zunächst beteiligten Kreise der Kaufmannschaft nicht widerspricht, darauf kommt es nicht entscheidend an (vgl. OLG. Dresden, SächsA. **12** 750). **e**) ElsLothJZ. **11** 312 (Colmar). Die gegen das Versprechen der Entlohnung von Dienstleistungen eingegangene Bedingung, sich nicht zu verheiraten, verstößt gegen die guten Sitten. **f**) Arbeiterpensions- und Unterstützungskassen (IDR. **7** Ziff. II B 3 d, **9** Ziff. II B 3 c). α. *Jacobsohn, Der Kampf gegen die Wohlfahrtseinrichtungen in Großbetrieben. Der Beitragsverfall bei Werkspensionskassen kann nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen gegen die guten Sitten verstoßen, nämlich erstens — vom Arbeitsvertrag her gesehen — wenn die um die Beiträge zur Werkspensionskasse verminderten Löhne so niedrig sind, daß sie eine wucherische Ausbeutung des Arbeiters darstellen, und zweitens — vom Standpunkte des Versicherungsvertrags aus gesehen — wenn das statutenmäßig festgestellte Verhältnis zwischen Beiträgen und Pensionen ein derartiges ist, daß ohne Gefahr für die Sicherheit der Pensionskasse den Ausscheidenden eine Abgangs-

vergütung gewährt werden kann. ➺ Mit dieser Frage hat sich auch RG. VII. 24. 10. 11 beschäftigt. ⟵ β. Goetze, Rechtsverhältnisse der Fabrikpensions- u. Unterstützungskassen, gibt 85 ff. u. 103 ff. die Äußerungen der Literatur und Judikatur wieder zu der Frage, ob die Zwangspensionskassen berechtigt sind, die durch das vorzeitige Ausscheiden von Mitgliedern verfallenen Beiträge zu behalten.
γ. *Laporte, Das Problem der Arbeiterpensionskassen und seine rechtlichen und sozialen Konsequenzen: Bei einem vorzeitigen Aufheben eines Versicherungsvertrags bei privaten Arbeiterpensionskassen durch Kündigung des Arbeitsvertrags ist Schadensersatz seitens des Versicherungsnehmers (prämienfreie Fortsetzung der Versicherung oder teilweise Rückvergütung der Beiträge) zu verlangen. — Durch die Verknüpfung von Arbeits- und Versicherungsvertrag bei privaten Arbeiterpensionskassen entstehen dadurch juristische Schwierigkeiten, daß das Kündigungsrecht aus dem Arbeitsvertrage nicht ohne weiteres für den Versicherungsvertrag anwendbar ist. Bei einer jeden Erlebensversicherung mit langfristigen Risiken widerspricht die vorzeitige Auflösung des Vertrags dem einem jeden Versicherungsunternehmen zugrunde liegenden Äquivalenzprinzipe, d. h. sämtliche Leistungen aller Versicherten gleich sämtlichen Gegenleistungen an diejenige Auslese unter ihnen, für die der Versicherungsfall eintritt. Diese Auslese, die Möglichkeit des Eintretens des Versicherungsfalls muß abgewartet werden können. Durch vorzeitige Aufhebung des Versicherungsvertrags ohne irgendwelche Entschädigung wird die Verhältnismäßigkeit von Vor- und Nachteil verletzt, die die gute Sitte bei Schuldverträgen erfordert. Während man im allgemeinen mit dieser Forderung (Prof. v. Blume, SozPr. **08** Nr. 32) juristisch nichts anfangen kann, ist sie bei Beurteilung von Versicherungsverträgen verwendbar, weil die versicherungstechnische Abwägung von Leistung und Gegenleistung (Beiträgen und Versicherungssumme) auf dem Grundsatze dieser Verhältnismäßigkeit basiert. Das RGes. über den Versicherungsvertrag hat im § 174 nach dreijährigem Bestehen einer jeden Renten- und Altersversicherung ein unentziehbares Recht auf Umwandlung (d. h. Fortsetzung des Vertrags ohne weitere Beitragszahlung unter Reduzierung der Versicherungssumme) verliehen. Der § 189 nimmt allerdings die Bestimmung des § 174 für kleinere Versicherungsvereine aus, für die mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde abweichende Bestimmungen getroffen sind. Nach der Begründung des Gesetzes über den Versicherungsvertrag (Kommentar von Gerhard und Hagen 772) gelten die ausnehmenden Bestimmungen des § 189 nicht für größere Kasseneinrichtungen, die wohl juristisch als kleinere Versicherungsvereine anzusehen sind, aber ähnlichen oder gleichen Existenzbedingungen unterliegen wie große Versicherungsgesellschaften (z. B. Kruppsche Pensionskasse). Prinzipiell bleibt also vor allen bei den älteren (vor Einführung des Kaiserl. Aufsichtsamts bereits bestehenden) Kassen mit langen Karenzzeiten und damit verbundenen verhältnismäßigen großen Prämienansammlungen die Forderung bestehen, bei vorzeitiger Unterbrechung des Versicherungsvertrags die Umwandlung oder, wo diese nicht möglich erscheint, eine Rückvergütung nach dreijähriger Karenzfrist zu verlangen, da andernfalls das Äquivalenzprinzip zuungunsten des Versicherten verletzt wird und ein Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 BGB.) vorliegt. Der Einwand, bei dem Fehlen einer rationellen Versicherungstechnik die Höhe der Rückvergütung nicht feststellen zu können, kann kein Grund für ihre völlige Ablehnung sein, wenn auch die Umwandlung versagt wird.

4. Konkurrenzverbot (JDR. **5** Ziff. 7 I B d, **6**, **7**, **8**, **9** Ziff. II B 4). **a)** **RG.** 8. 11. 10, **74** 332 ff., DJZ. **11** 649, GewuKaufmG. **16** 346, BadRpr. **11** 125, BauerZ. **18** 210. Die Bindung eines Handlungsgehilfen an ein Konkurrenzverbot durch Ehrenwort verstößt gegen die guten Sitten. Die Ehre darf als ideales Gut nicht ohne weiteres in vermögensrechtlicher Beziehung zugunsten anderer verwendet werden. Die Bindung durch Ehrenwort kann nur unter besonderen Umständen,

so bei besonderer Vertrauensstellung und bei Geheimhaltung bestimmter anvertrauter Tatsachen, zulässig sein. **b)** R. **11** Nr. 1098 (Colmar). Aus der Nichtigkeit einer Konkurrenzklausel, die den Verpflichteten, sei es zeitlich, sei es örtlich, sei es gegenständlich, übermäßig in seiner gewerblichen Bewegungsfreiheit beschränkt, folgt nicht, daß die Nichtigkeit einer solchen Klausel davon abhängt, daß sich der Verpflichtete kumulativ nach allen Richtungen eine solche Beschränkung hat auferlegen lassen. Es genügt vielmehr, daß die Klausel einerseits den berechtigten Interessen desjenigen entspricht, zu dessen Gunsten sie übernommen ist, und daß sie andererseits den Verpflichteten nicht zu schwer beeinträchtigt, ihn nicht der wirtschaftlichen Vernichtung preisgibt. Daher braucht nicht in einem zeitlich unbeschränkten, aber örtlich und gegenständlich beschränkten Verbot anderweiter geschäftlicher Beteiligung eine unsittliche Maßnahme erblickt zu werden.

5. Ärztliche Praxis (IDR. **1** Ziff. 3 u. 2 g, **2** Ziff. 6 I b, **5** Ziff. 4, **6** u. **8** Ziff. II B 7, **7** Ziff. II B 8, **9** Ziff. II B 5). **a)** **RG.** 12. 1. 11, **75** 120 ff., JW. **11** 276, DJZ. **11** 594 führt in Übereinstimmung mit **RG. 66** 139 aus, daß nicht jede zwischen Ärzten getroffene Vereinbarung über die entgeltliche Übertragung der ärztlichen Praxis von dem einen auf den anderen schlechthin und unter allen Umständen als gegen die guten Sitten verstoßend zu erachten sei, sondern daß es in dieser Hinsicht auf die näheren Umstände des einzelnen Falles, namentlich auf die Höhe und die Art der bedungenen Zahlung des von dem kaufenden Arzte für die Überlassung der Praxis zu entrichtenden Entgelts ankomme. Vgl. auch **RG.** 23. 3. 11, LeipzZ. **11** 554. **b)** R. **11** Nr. 670 (Stuttgart). Der Kauf eines Wohnhauses, in dem der bisherige Besitzer eine ärztliche Praxis betrieben hat, ist nicht deshalb schlechthin gegen die guten Sitten verstoßend, weil die Bemessung des Preises mit Rücksicht darauf, daß der Erwerber in die Praxis des Verkäufers eintreten will, eine höhere war, als der allgemeine Verkehrswert des Hauses. **c)** RheinA. **108** 209 (Cöln). Der Verkauf einer zahnärztlichen Praxis enthält an sich keinen Verstoß gegen die guten Sitten.

6. Öffentliche Ausschreibungen. **a)** RheinA. **108** 308 (Cöln). Das Versprechen eines Mäklerlohns dafür, daß der andere Vertragsteil bei einer Submission ein höheres Angebot als der Versprechende macht, um diesem den Zuschlag zu verschaffen, ist nicht unsittlich, wenn dadurch der sachverständig beratene Besteller nicht zur Bewilligung eines unangemessenen Preises bestimmt wird. **b)** **RG.** 26. 4. 11, HoldheimsMSchr. **11** 194 wie **RG.** JW. **08** 296, IDR. **7** Ziff. II B 9 b. **c)** **RG.** 19. 5. 11, Mschutz u. Wettbew. **11** 52. Nicht jede Vereinbarung über das Verhalten bei einer Ausschreibung verstößt gegen § 138.

7. Begünstigung einzelner Gläubiger (IDR. **4** Ziff. 9 I B b, **6** Ziff. II B 12 b, **9** Ziff. II B 7). R. **11** Nr. 456 (Jena). Eine Verabredung, die vor Abschluß eines Akkordes einem einzelnen Gläubiger einen Sondervorteil gewährt, verstößt nicht ohne weiteres gegen die guten Sitten. Ob dies der Fall ist, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen.

8. Abtretung von Forderungen (IDR. **9** Ziff. II B 8). **a)** **RG.** 5. 5. 11, LeipzZ. **11** 620, BayRpflZ. **11** 400, GruchotsBeitr. **55** 883, SeuffBl. **11** 698. Ein Vertrag, durch den ein Schuldner seine sämtlichen bereits vorhandenen und zukünftig entstehenden Geschäftsausstände einem Gläubiger zur Sicherheit zediert, ist nichtig (vgl. auch **RG. 67** 166). **b)** R. **11** Nr. 2050 (Hamburg). Die Übertragung einer Forderung verstößt nicht schon deshalb gegen die guten Sitten, weil sie den Zweck hat, die Vernehmung des Zedenten im Prozeß als Zeugen zu ermöglichen.

9. Glücksspiel (IDR. **5** Ziff. 7 I B f, **6** Ziff. II B 6, **7** Ziff. II B 10, **8** u. **9** Ziff. II B 9). R. **11** Nr. 1096 (Colmar). Nicht jeder Kaufvertrag über einen Glücksautomaten ist nichtig. Wenn auch der Spielvertrag in einzelnen Fällen gegen

§ 284 StGB. verstößt und der Nichtigkeit verfallen kann, so erstreckt sich dies doch nicht auf einen Kaufvertrag, der die Lieferung eines für das Spiel zu verwendenden Gegenstandes betrifft. Ferner ist das Glücksspiel an sich nicht sittenwidrig und wird es auch nicht dadurch, daß es unter Umständen aus vornehmlich wirtschaftlichen Gründen verboten wird. Grundsätzlich kann daher auch der über Lieferung von Glücksspielautomaten abgeschlossene Kaufvertrag nicht als sittenwidrig behandelt werden, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, z. B. wenn solche Automaten Gegenstand des Vertrags sind, durch welche die Gewinnmöglichkeit in unzulässiger und verwerflicher Weise beschränkt und die den Automaten Benutzenden ausgebeutet werden sollen.

10. § 138 bei Kaufgeschäften (JDR. **6** Ziff. II B 15, **7** Ziff. II B 13, **8** Ziff. II B 11, **9** Ziff. II B 10). a) SchlHolstAnz. **11** 10 (Kiel). Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn der Verkäufer einer unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache die Annahme des Kaufpreisrestes dem Gläubiger des Käufers gegenüber verweigert, um ihm die Zwangsvollstreckung in dieser Sache unmöglich zu machen. **b**) SchlHolstAnz. **11** 10 (Kiel). Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn mehrere unter Eigentumsvorbehalt abgeschlossene Kaufverträge mit der Bestimmung, daß das Eigentum an den verkauften Gegenständen erst nach Zahlung aller in den einzelnen Kaufverträgen vereinbarten Kaufpreise übergehen soll, zu dem Zwecke geschlossen sind, um dem verschuldeten Käufer die durch die ersten Verträge erworbenen Sachen zu erhalten. **c**) OLG. **22** 233 (Naumburg). Der Ausschluß der Zurückbehaltung des Kaufpreises wegen Mängel der Kaufsache verstößt nicht gegen die guten Sitten. **d**) SächsRpflA. **11** 135 (LG. Dresden). Ein Kaufgeschäft wird dadurch nicht nichtig, daß dabei der Verkäufer gegen das Gesetz betreffend den unlauteren Wettbewerb verstößt. **e**) GewRschutz **11** 242 ff. (Dresden). Die Gewährung von Sonderrabatt an die Mitglieder von wirtschaftlichen Vereinigungen bestimmter Berufskreise bedeutet für sich allein noch keinen Verstoß gegen die guten Sitten. Es kann hierin weder ein Unrecht gegen die übrigen Käufer bezw. die Allgemeinheit überhaupt, noch ein solches gegen die Mitbewerber erblickt werden.

11. § 138 im Familienrechte (JDR. **4** Ziff. 9 I B t, **5** Ziff. 7 I B g, **6** Ziff. II B 11, **7** Ziff. II B 14, **8**, **9** Ziff. II B 12). **a**) Mitgiftversprechen. **RG.** PosMSchr. **11** 38. Hat ein Schwiegersohn sich von dem Schwiegervater eine unverhältnismäßig hohe Mitgift versprechen lassen, durch deren Zahlung sich dieser selbst entblößen und seinen übrigen Kindern so gut wie nichts mehr übrig lassen würde, so verstößt es doch nicht gegen die guten Sitten, wenn er dieses Mitgiftversprechen klagend geltend macht (vgl. **RG. 58** 217, **73** 113). **b**) OLG. **22** 138 (KG.). Wider die gute Sitte ist es, wenn ein Mann durch Versprechen von Geld oder Geldeswert ein Mädchen zum geschlechtlichen Verkehre veranlaßt und das Mädchen gegen Lohn oder Aussicht auf Lohn sich zum Geschlechtsverkehre versteht. Aber die Fürsorge für das Mädchen nach beendeter wilder Ehe ist nicht unsittlich, sondern eine sittliche Pflicht des Mannes. Durch die Annahme dieser Fürsorge verstößt das verlassene Mädchen nicht gegen die guten Sitten und ein solcher Verstoß fällt auch dem Leistenden nicht zur Last. Es ist für die bisherige Konkubine nicht durch die Sitte geboten, sich jeder Aussprache über das frühere Verhältnis zu enthalten. Die Übernahme dieser Verpflichtung kann daher unter Umständen auch Gegenstand eines entgeltlichen Vertrags ohne Verstoß gegen die guten Sitten sein. **c**) OLG. **22** 139 (Hamburg). Verkauft jemand die ihm zufällig gewordene Kenntnis von einem Ehebruche dem Ehegatten des Ehebrechers, so handelt er gegen die guten Sitten. **d**) **RG.** JW. **11** 398. Ein Vergleich im Scheidungsprozeß, in welchem dauerndes Getrenntleben der Ehegatten vereinbart wird, und Bestimmungen über den Verbleib der Kinder getroffen werden, ist wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig.

12. § 138 im Erbrechte. **RG.** 3. 11. 10, JW. **11** 29, PosMSchr. **10** 179 nimmt Unsittlichkeit bei Aussetzung eines Vermächtnisses zugunsten der Mätresse

in einem Falle an, wo die Bedachte mit dem viel älteren, reichen und, wie sie wußte, verheirateten Manne bis zu seinem Tode ein ehebrecherisches Verhältnis unterhalten hatte, in dessen Verlaufe sie fortgesetzte erhebliche Geldzuwendungen von ihm erhalten, ihn zeitweise bis zur Grenze seines Könnens pekuniär in Anspruch genommen und ihn noch kurz vor seinem Tode energisch zu einer so großen Zuwendung unter Lebenden zu drängen versucht hat, daß sie auf ihre alten Tage nicht zu darben braucht. Da nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Erblasser mit der Vermächtnisanordnung bezweckt hatte, sein Versprechen der Entlohnung der Bedachten durch eine größere, ihr unter Lebenden zu gewährenden Zuwendung zu erfüllen, und der Vermächtnisanordnung zugunsten der Mätresse die Beschränkung der Ehefrau auf den Pflichtteil vorangegangen war, erschien der Inhalt des Rechtsgeschäfts als in hohem Grade die Familienehre beschimpfend und deshalb unsittlich.

13. **a**) SächsRpflA. **11** 519 (LG. Dresden). Es widerspricht den guten Sitten, wenn ein deutscher Postagent sich dafür, daß er bei seiner vorgesetzten Postbehörde einen Bewerber um eine Postbeamtenstelle empfiehlt, von dem Bewerber eine Vergütung versprechen läßt. **b**) SächsRpflA. **11** 135 (LG. Dresden). Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn ein Ortsrichter einem Hypothekengläubiger, der die Zwangsverwaltung des Pfandgrundstücks betreiben will, eine Vergütung verspricht, falls ihm auf dessen Vorschlag das Zwangsverwalteramt übertragen werde.

14. LG. Halle, NaumburgAK. **11** 81, erachtet den Verkauf des Geschäfts eines Bücherrevisors mit Rücksicht auf die Verletzung der Berufsverschwiegenheit für sittenwidrig. ➵ In dieser Allgemeinheit jedenfalls bedenklich. ⇠ Red.

15. ElsLothJZ. **11** 494 (Colmar). Eine Abmachung, durch welche Lieferanten von Baumaterialien dem bauleitenden Architekten eine Provision von den ihnen durch den Architekten überwiesenen Arbeiten versprechen, verstößt gegen die guten Sitten.

16. **a**) OLG. **22** 142 (Stuttgart). Verträge, durch die sich Gewerbetreibende verpflichten, ihre Waren oder Erzeugnisse nicht unter gewissen Mindestpreisen abzugeben, verstoßen keineswegs unter allen Umständen gegen die guten Sitten; besonders dann nicht, wenn die zugelassenen Mindestpreise nicht übermäßig hoch, sondern so bemessen sind, daß sich für den Gewerbebetrieb ein angemessener Gewinn ergibt. Aber die Bindung darf zeitlich nicht allzulange sein, denn die Verhältnisse, die jetzt und für die nächste Zeit die vereinbarte Bindung der Beteiligten rechtfertigen, können sich im Laufe der Zeit ändern und diese Bindung für einen Teil der Vertragsgenossen als eine unerträgliche Last erscheinen lassen (vgl. **RG. 38** 155). **b**) SchlHolstAnz. **11** 100 (Kiel). Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn jemand sich gegen Gewährung eines Darlehens für die Dauer des Bestehens dieser Darlehnsschuld den Bezug von Waren in bestimmtem Betrage durch den Schuldner ausbedingt.

17. R. **11** Nr. 669 (KG.). Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn ein Rechtsanwalt bei Übernahme eines Klagauftrags sich als Vergütung einen Prozentsatz der Summe, zu welcher der Beklagte verurteilt wird, ausbedingt.

18. **RG.** 22. 10. 10, JW. **11** 31. Eine unzulässige Beschränkung der Freizügigkeit und eine übermäßige Beschränkung der persönlichen Freiheit kann nicht darin erblickt werden, daß jemand sich vertragsmäßig verpflichtet, seinen Wohnsitz von einem Orte dauernd fortzulegen, namentlich wenn er nicht verhindert wird, gelegentlich zu vorübergehendem Aufenthalte dorthin zurückzukehren.

19. OLG. **22** 177, SeuffA. **66** 50 (Colmar). Die vertragsmäßige Übernahme der Kosten des Strafverfahrens durch einen der mehreren Beschuldigten verstößt nicht an sich gegen die guten Sitten.

20. Über die Bekanntmachung ehrenrühriger Tatsachen an einen Konkurrenten vgl. **RG.** 30. 3. 11, Mschutz u. Wettbew. **11** 11.

§ 138 Abs. 2. A. Notlage. **RG.** 1. 5. 11, JW. **11** 576, DJZ. **11** 1089, wie **RG. 60** 9. Vgl. JDR. **7.**

B. Wucherisches Geschäft (s. JDR. **6, 7,** 8, **9** B). **RG.** 10. 12. 10, GruchotsBeitr. **55** 886. Der „andere", dessen Notlage ausgebeutet werden soll, braucht an dem wucherischen Geschäfte nicht als Gegenkontrahent beteiligt zu sein. Wie der wucherische Vorteil aus dem Vermögen eines Dritten gewährt werden kann (**RG.** [Strafs.] **31** 329), so kann auch dessen Notlage bestimmend sein.

C. Unerfahrenheit (s. JDR. **3** Ziff. 6 II B, **7** C). **RG.** 15. 11. 10, R. **11** Nr. 286. Aus der Art des Geschäfts selbst kann die Unerfahrenheit des Bewucherten geschlossen werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Geschäft derart ist, daß niemand es abschließen wird, dem Lebenskenntnis und die Fähigkeit innewohnen, Zustände und Geschehnisse wahrzunehmen, richtig zu beurteilen und zu bewerten.

§ 139. I. 1. *Fraeb, DJZ. **11** 1496. Die Entsch. des **RG.** IV. 8. August 1908 (vgl. JDR. **8** Ziff. 5 zu § 2042 BGB. und die dort angeführten Veröffentlichungen) ist falsch. Erbschaftsvergleiche bieten nach ihrer ganzen wirtschaftlichen Tendenz ein Musterbeispiel für den Regelfall des § 139.

2. Über Cantor, Die Konkurrenzklausel, vgl. Bericht zu HGB. §§ 74 und 75, UnlWG. § 17.

3. OLG. **22** 144 (KG.). § 139 bezieht sich nur auf solche Rechtsgeschäfte, welche entweder von Anfang an nichtig sind oder infolge einer wirksamen Anfechtung nach § 142 als von Anfang an nichtig angesehen werden, nicht aber auf Rechtsgeschäfte, deren Wirksamkeit nach §§ 107, 108 durch die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedingt war und die bei Nichterteilung der Einwilligung unwirksam sind.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 28. 3. 11, **76** 78 ff., JW. **11** 534, Bay. RpflZ. **11** 242. Ist die Bindung der Vertragsparteien auf eine lange Zeit, z. B. bei einem Bierabnahmevertrag, als gegen die guten Sitten verstoßend und demnach nichtig, so kann man nicht sagen, die Parteien, die die Möglichkeit der Nichtigkeit gar nicht ins Auge gefaßt haben, hätten deshalb, weil eine Bindung von 15 Jahren gegen die guten Sitten verstoße, jedenfalls auf eine geringere, und zwar auf angemessene Zeit abgeschlossen.

2. **RG.** R. **11** Nr. 1100. Die nichtige Bestimmung in einer Vermögensübertragung, daß der Übertragende, falls die Übernehmerin vor ihm stürbe, sein und der Übernehmerin Vermögen erhalte, berührt die Gültigkeit des ganzen Vertrags nicht, wenn das Vermögen des Übertragenden groß, das der Übernehmerin gering ist und der Übertragende wegen seines hohen Alters und leidenden Zustandes es vor allem darauf abgesehen hatte, die Übernehmerin zu seiner Pflege dauernd an sich zu fesseln, auf die Erlangung der Habseligkeiten der wesentlich jüngeren Übernehmerin aber kein besonderes Gewicht gelegt hatte.

§ 140. 1. **RG.** SchlHolstAnz. **11** 283. In einer gemäß § 363 Abs. 2 HGB. ungültigen Indossierung eines Lagerscheins kann unter Umständen eine Abtretung des Herausgabeanspruchs gemäß § 931 BGB. gefunden werden.

2. SchlHolstA. **11** 11 f. (Kiel). Unter die „nichtigen Rechtsgeschäfte" fallen nicht nur die ausdrücklich im BGB. als solche bezeichneten, sondern auch die unwirksamen.

§ 141. **RG.** 13. 12. 10, JW. **11** 187. Nach § 141 Abs. 2 BGB. sind die Parteien, wenn ein nichtiger Vertrag von ihnen bestätigt wird, im Zweifel verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre. In der Auflassung eines Grundstücks, die von den Parteien nach Anfechtung des obligatorischen Vertrags vorgenommen wird, ist regelmäßig die Bestätigung des Vertrags zu erblicken; es ergibt sich aus der Auflassung, daß

beide Parteien bei dem Vertrage, so wie sie ihn geschlossen haben, stehen bleiben wollen, und sie haben dann — unter Anwendung des § 141 Abs. 2 BGB. auch auf gültig geschlossene, aber zufolge der Anfechtung als von Anfang an nichtig anzusehende Verträge — im Zweifel einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag gültig geblieben, nämlich nicht angefochten worden wäre. Das gilt freilich nur im Zweifel und es kann sich also aus den Umständen, insbesondere also auch aus den Abreden der Parteien bei der Bestätigung etwas anderes ergeben.

§ 142. 1. **RG.** 10. 5. 11, JW. **11** 643. Auch gegenüber der absoluten Wirkung der eingetretenen Nichtigkeit des Vertrags kann die replica doli generalis erhoben werden. Der Tatbestand für eine solche liegt jedoch nicht vor, wenn der Verkäufer die Nichtigkeit des durch arglistige Täuschung seinerseits zustande gekommenen und dann vom Käufer mit Erfolg angefochtenen Kaufvertrags gegen den Maklerlohnanspruch geltend macht. Die das Zustandekommen des Kaufvertrags erreichende Täuschung zielt nicht auf Vereitelung des Maklerlohnanspruchs, sondern der Täuschende ist sich im Gegenteile bewußt, daß durch die, wenn auch auf solche Weise erlangte Perfektion des Vertrags der von der Perfektion abhängige Maklerlohnanspruch gerade entsteht und begründet wird.

2. **RG.** 4. 10. 10, GruchotsBeitr. **55** 339. Der Anspruch auf Rückgewähr des aus einem wegen Betrugs angefochtenen Vertrage Geleisteten wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Betrogene außerstande ist, das von ihm Empfangene zurückzugewähren (vgl. JDR. **9** Ziff. II 2 b zu § 123).

§ 144. **RG.** 20. 2. 11, JW. **11** 398, SeuffA. **66** 305. Die Bestätigung nach § 144 hat als solche keine weitere Bedeutung, als die eines Verzichts auf das Recht der Anfechtung; sie hat daher nur die Folge, daß der bisherige Anfechtungsberechtigte den rechtlichen Bestand des Rechtsgeschäfts selbst nicht mehr in Frage stellen, den Vertrag nicht mehr rückgängig machen, von ihm nicht mehr abgehen kann, sondern bei ihm stehen bleiben muß; sie schließt aber keineswegs aus, daß von dem den Vertrag aufrecht erhaltenden bisherigen Anfechtungsberechtigten Schadensersatzansprüche erhoben werden, sei es auf Grund des § 826 BGB. (vgl. **RG. 59** 157, **63** 111 ff.), sei es auf Grund des § 463 BGB.

Dritter Titel. Vertrag.

§ 145. 1. **RG.** JW. **11** 179. Das Mißverständnis nur des einen Vertragsteils hindert das Zustandekommen eines Vertrags nicht, wenn beiderseits objektiv inhaltsgleiche Erklärungen abgegeben sind, die der andere Vertragsteil richtig in dem ihnen im rechtsgeschäftlichen Verkehre beizulegenden Sinne verstanden hat.

2. OLG. **22** 147 (Hamburg). Die Kosten seines Angebots muß der Antragende selber tragen, er vermag sie ohne besondere abweichende Vereinbarung nicht auf den Gegner abzuwälzen. Hieran kann auch dann nichts geändert werden, wenn das Angebot ganz besonders erhebliche Kosten verursacht hat.

§ 147. 1. **RG.** 11. 4. 11, JW. **11** 535. Aus der Vorschrift des § 147 Abs. 1 ist nur zu folgern, daß, wenn ein solcher Antrag nicht sofort angenommen wird, er erlischt und eine etwa später erfolgende Annahme als neuer Antrag zu gelten hat, nicht aber auch, daß auf jeden einem Anwesenden gemachten Antrag von diesem sofort eine Erklärung über Annahme oder Nichtannahme abgegeben werden müßte, widrigenfalls das Schweigen des Antragempfängers als Annahme zu gelten hätte.

2. **RG.** 13. 12. 10, SeuffA. **66** 353. Der Antrag erlischt nach dem Ablaufe der im § 147 Abs. 2 geordneten Zeit kraft Gesetzes von selbst, sofern nicht durch einen neuen Willensakt darüber hinaus die von Anfang an nicht vorhandene längere Gebundenheit bewirkt wird. Die bloße innere Meinung des einen Teiles über die Dauer

der Gebundenheit stellt aber einen solchen in die äußere Erscheinung tretenden, dem anderen Teile gegenüber kundgegebenen Willen noch nicht dar.

3. OLG. 22 148 (Breslau). Wenn bei einem Vertragsangebote, das im Anschluß an frühere Verhandlungen über denselben Gegenstand erfolgte, der Antragende eine umgehende Erklärung des Adressaten zur Bedingung macht, so muß darunter Antwort mit nächster Post verstanden werden, ohne Rücksicht darauf, ob der sich daraus ergebende Zeitraum zu einer eingehenden Preisprüfung ausreicht.

4. LG. Hamburg, EisenbE. 28 93. Eine telegraphische Vertragsofferte gilt als angenommen, wenn sie nicht rechtzeitig abgelehnt wird, sondern erst nachdem der Ablehnende den Verlauf der nächsten Börse abgewartet hat.

§ 154. 1. LeipzZ. **11** 157 (Hamburg). Die nach einer mündlichen, insbesondere einer telephonischen Besprechung geschickten Bestätigungsschreiben sind dazu bestimmt, Gewißheit darüber zu schaffen, ob die von den Parteien vorausgesetzte Willensübereinstimmung vorliegt und völlige Klarheit über den Inhalt des Vertrags herbeizuführen. Wenn sich dabei herausstellt, daß die Parteien, welche sich geeinigt zu haben glaubten, über einen für beide wesentlichen Punkt verschiedener Meinung gewesen sind, so liegt die Sache häufig ebenso, als wenn dieser Dissens schon bei der telephonischen Unterhaltung zutage getreten wäre. Es bedarf dann noch einer Verständigung über diesen Punkt, und wenn sie nicht erzielt wird, so kommt es zu keinem Vertragsabschlusse.

2. OLG. 22 150 (Marienwerder). Wenn sich Parteien über Einzelheiten eines Vertrags schrittweise einig werden, so ist es nicht nötig, daß bei jeder späteren Verhandlung die Ergebnisse der vorangegangenen Besprechung wiederholt werden; mag auch die Verständigung über einzelne Punkte noch nicht bindend sein, so bildet doch das Festhalten an dem bis dahin erzielten Einverständnisse die Grundlage für die weiter geführten Verhandlungen und jede Partei muß sich gefallen lassen, daß als ihre Vertragswillenserklärung alles das angesehen wird, worüber schrittweise eine Einigung erzielt ist, sofern sie nicht bei einer späteren Verhandlung zu erkennen gegeben hat, daß sie in diesem oder jenem Punkte ihre frühere Einverständniserklärung zurücknehme.

§ 157. 1. a) **RG.** 17. 2. 11, JW. **11** 442. Besteht eine allgemeine und ausnahmslose Verkehrsauffassung über die Bedeutung von Rechtshandlungen, so genügt im Zweifel die Bezugnahme auf sie zur Auslegung der Willenserklärung der Parteien. Wird eine Verkehrsauffassung aber nur als in der Regel vorhanden festgestellt und damit zugegeben, daß sich auch abweichende Auffassungen im Verkehre geltend machen, so reicht die bloße Bezugnahme auf die regelmäßige Verkehrsauffassung für die Feststellung des konkreten Vertragswillens nicht aus; es bedarf vielmehr eines unzweideutigen Ausspruchs dahin, daß die Parteien sich im vorliegenden Falle diese Regel zur Richtschnur haben dienen lassen. b) HansGZ. **11** Hptbl. 29 (Hamburg). Zur Verkehrssitte, die bei der Auslegung von Verträgen zu berücksichtigen ist, gehört bei Verträgen unter Kaufleuten auch ein Handelsgebrauch. Darauf kommt es nicht an, ob eine Partei sich einer Verkehrssitte oder einem Handelsbrauche nicht unterwerfen wollte, wenn nicht diese Absicht beim Vertragsschluß in einer dem Gegner erkennbaren Weise hervorgetreten ist. Vgl. **RG.** JDR. **8** Ziff. II 1 d. c) **RG.** R. **11** Nr. 459. Die Behauptung allein, es sei ausdrücklich ausgemacht worden, eine Vertragsbedingung nicht in die Vertragsurkunde aufzunehmen, genügt nicht zur Widerlegung der Vermutung für die Vollständigkeit dieser Urkunde.

2. a) **RG.** 3. 1. 11, GruchotsBeitr. **55** 888. Hat ein Kaufmann auf ein ihm zugegangenes, einen Kaufabschluß in einzelnen Teilen abänderndes Bestätigungsschreiben nicht geantwortet, konnte aber der andere Teil im Falle des Nichteinverständnisses eine sofortige Antwort erwarten, so ist der Vertrag mit jenen Ab-

änderungen, und zwar in dem Zeitpunkte zustande gekommen, in dem der andere Teil den Eingang einer etwaigen ablehnenden Antwort erwarten durfte. **b) RG.** 29. 11. 10, R. **11** Nr. 460. Das Schweigen des Verkäufers auf einen Brief des Käufers, der ihm für den Fall der Nichtbeantwortung binnen bestimmter Frist die Zurücksendung der Waren in Aussicht stellt, kann jedenfalls dann nicht als Zustimmung gedeutet werden, wenn der Verkäufer schon vorher erklärt hatte, er sei zur Zurücknahme der Waren nicht bereit. **c) RG.** 23. 2. 11, HoldheimsMSchr. **11** 148. Der Grundsatz, daß in der Regel in dem Mangel rechtzeitigen Widerspruchs gegen ein Bestätigungsschreiben ein stillschweigendes Einverständnis mit diesem zu erblicken ist, ist auf den Fall nicht anwendbar, daß ein Vorschlag zur Abänderung eines bestehenden Vertrags gemacht und nicht alsbald von der Gegenseite hierauf geantwortet wird.

3. Bauverträge (vgl. JDR. **4** Ziff. II 3, **7** Ziff. II 11, **8** Ziff. II 8, **9** Ziff. II 3). **RG.** R. **11** Nr. 677. Ein Bauunternehmer, der gegen eine Pauschalsumme die Ausführung eines Baues übernimmt, kann eine besondere Vergütung für Mehraufwendungen verlangen, die sich daraus ergeben, daß sich im Baugrundstücke — der Baugrund war von einem Helgen durchzogen — Hindernisse für die Bauausführung vorfinden, die beim Vertragsabschlusse für den Unternehmer nicht zu erkennen, dem Werkbesteller aber bekannt waren.

4. **RG.** 20. 12. 10, GruchotsBeitr. **55** 881. Sog. Liquidationsverträge, die ein Schuldner zur Abwendung des Konkurses mit seinen Gläubigern schließt, enthalten ohne weiteres nicht einen Verzicht der Gläubiger auf den durch die Liquidationsmasse nicht gedeckten Betrag ihrer Forderungen.

5. SeuffA. **66** 454, HansGZ. **11** Beibl. 210 (Hamburg). Die Bestimmung, Schmucksachen, sofern sie nicht im Gebrauche sind, sind nur dann versichert, wenn sie sich unter Verschluß befinden, ist dahin zu verstehen, daß Schmucksachen, die im regelmäßigen Gebrauche sind, nicht des Verschlusses bedürfen, um versichert zu sein.

6. Über Géza Kiß, JheringsJ. **58** 414 ff., vgl. oben Vorbem. z. Allg. Teil und unten zu § 545.

Vierter Titel. Bedingung. Zeitbestimmung.

§§ 158 ff.¶ Über v. *Beust, Engagementsvertrag vgl. u. zu § 611.

§ 161. Voß, JheringsJ. **60** 306 ff. gibt Raape, Veräußerungsverbot (vgl. JDR. **7**), darin Recht, daß der Schutz des aus aufschiebender Bedingung Berechtigten über die Grenzen relativer Unwirksamkeit widerstreitender Verfügungen hinausgeht. Aus dem scheinbar gleichlautenden Wortinhalte des § 161 Abs. 1 und des § 883 Abs. 2 lassen Schlüsse zugunsten der lediglich relativen Wirksamkeit des bedingten Rechtserwerbs sich nicht ziehen. Der bedingte Rechtserwerb erzeugt zwischen den Beteiligten einen Schwebezustand, der auf weitere Verfügungen des bisherigen Rechtsinhabers mit der Notwendigkeit gegenständlichen Zusammenhangs einwirken kann. Der durch Vormerkung gesicherte persönliche Anspruch behält hingegen seine an der Person des Berechtigten haftende Natur. Hieraus folgt aber, daß die ihm zugute kommende Sicherung gleichfalls an der Person des Anspruchsberechtigten haften, daß ihr Schutz also nur diesem gegenüber gewährt sein muß.

§ 162. RG. 21. 12. 10, JW. **11** 214. Derjenige, der behauptet, daß der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vorteil sie gereiche, wider Treu und Glauben herbeigeführt worden sei, hat abgesehen von den Umständen, aus denen der Schluß darauf zu ziehen ist, daß die Handlungsweise des Gegners wider Treu und Glauben verstoße, nur darzulegen, daß die Handlungsweise den Eintritt der Bedingung „herbeigeführt", d. h. verursacht habe, daß also zwischen beiden ein ursächlicher Zusammenhang bestehe. Selbstverständlich besteht weder eine Fiktion noch auch nur eine Vermutung dafür, daß Vertragsverletzungen des bedingt Ver-

pflichteten oder desjenigen, dessen Verpflichtung infolge des Eintritts einer auflösenden Bedingung wegfallen soll, den Ausfall der aufschiebenden oder den Eintritt der auflösenden Bedingung verursacht haben (vgl. **RG. 66** 222). Aber andererseits ist auch mehr als jener Beweis nicht erforderlich.

Fünfter Titel. Vertretung. Vollmacht.

§§ 164 ff. *Hedemann, Bereicherung durch Strohmänner 10 ff. [Auch in Festgabe für August Thon 74 ff.] Gibt es eine mittelbare Stellvertretung? Verfasser tritt zwar der bekannten Lehre von Müller-Erzbach nicht bei, versucht aber auf dem Umweg einer Bereicherungsklage zu ähnlichen Resultaten zu gelangen und verweist auf brauchbare Ansätze in der Judikatur.

§ 164. 1. Nach *Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter 1 ff. (vgl. JDR. **9** zu § 854.), einer in erster Linie besitzrechtlichen Fragen gewidmeten Vorstudie zu einer Arbeit über mittelbare Stellvertretung, genügen die von der herrschenden Lehre aufgestellten Kategorien der mittelbaren und der direkten Stellvertretung nicht, um die verschiedenen Arten des Tätigwerdens in fremdem Interesse in befriedigender Weise zu normieren. Es ist zu eng, direkte Wirkungen für den Vertretenen nur bei der direkten Stellvertretung eintreten zu lassen, also nur wenn der Wille des Vertreters ausdrücklich darauf gerichtet war und das nach außen erkennbar hervortrat. Die mittelbare Vertretung umfaßt nicht bloß die Fälle, in denen die Eigenberechtigung des Vertreters aus seinem Handeln gewollt war (primäre Interessenvertretung), sondern auch die Fälle, in denen trotz dem auf direkte Berechtigung des Vertretenen gerichteten Willen des Vertreters etwa infolge Nichtbeachtung des Offenheitsprinzips oder eines sonstigen Grundes die Wirkung des Handelns des Vertreters zunächst in seiner Person eintritt (subsidiäre Form). Die Scheidung ist bedingt durch das Offenheitsprinzip des § 164 BGB. Die Gründe, auf denen dies Prinzip beruht, treffen aber nur für das obligatorische Kausalgeschäft zu; es ist widersinnig, das Offenheitsprinzip ohne weiteres auch auf das Leistungsgeschäft auszudehnen. Aus dem Besitzrecht als solchem ergeben sich keine Schwierigkeiten, bei den subsidiären Formen der sog. mittelbaren Stellvertretung direkte Wirkungen für den Vertretenen aus dem Handeln des Vertreters anzuerkennen. Über die Frage, ob es im Besitzrecht eine Stellvertretung im technischen Sinne der §§ 164 ff. gibt, vgl. 88 f.

2. a) **RG.** 15. 2. 11, **75** 299, JW. **11** 399. Mißbraucht der Vertreter beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts seine Vertretungsmacht, so ist das Geschäft für den Vertretenen unverbindlich, wenn der Vertragsgegner das pflichtwidrige Verhalten erkannte oder wenn er es hätte erkennen müssen. Von der Vollmacht zu trennen ist zwar der das innere Verhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter bestimmende Auftrag und ein auftragwidriges Verhalten des Vertreters berührt an sich nicht das Rechtsverhältnis, das kraft der Vertretungsmacht zwischen dem Vertretenen und dem Dritten begründet worden ist. Allein die Vollmacht kann, auch wenn man nach BGB. in ihr ein abstraktes Rechtsgeschäft sieht, doch in ihren Wirkungen nicht als völlig von dem Kausalgeschäfte losgelöst beurteilt werden. Die enge Verbindung mit diesem zeigt der § 168 BGB., wonach das Erlöschen der Vollmacht sich nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse bestimmt. Das Gesetz hat aber auch gerade in bezug auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Dritten in weitem Umfange der Billigkeit Rechnung getragen. **b) RG.** R. **11** Nr. 1706. Wer auf Grund einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht im Namen des Vollmachtgebers einen Vertrag geschlossen hat, hat keinerlei Recht, den Vollmachtgeber zur Erfüllung des von ihm auf Grund der Vollmacht abgeschlossenen Vertrags zu zwingen.

3. Abs. 2. a) **RMG. 15** 244 ff. Die Sparkasse will den Vertrag abschließen mit dem, der das Darlehn gewährt. Insofern ist ihr gleichgültig, wer das Geld bringt und ebenso auch, wie der Name des Einlegers ist. Es kommt nicht wesentlich darauf an, wer als Einleger bezeichnet wird und auf wessen Namen das Sparkassenbuch ausgestellt ist. Darlehnsgeber ist vielmehr derjenige, der selbst im eigenen Namen oder in dessen Vertretung ein anderer die Einzahlung bewirkt. Ebenso **RG.** (Strafs.) **43** 17 ff., JDR. **9** Ziff. II 5) **b)** OLG. **22** 153 (KG.). § 164 Abs. 2 trifft nur den Fall, daß ein Vertragsteil die ihm als Vertragsgegner gegenübertretende Person selbst verpflichten will, während der nicht erkennbare Wille dieser Person dahingeht, für einen Dritten zu handeln. Er setzt also eine Nichtübereinstimmung voraus, die dann nicht vorhanden ist, wenn der Kläger, der Läuferstoffe geliefert hatte, den Willen hatte, den Kaufvertrag mit dem Hauseigentümer abzuschließen und die ihm gegenübertretende Person ebenfalls namens des Hauseigentümers handeln wollte (vgl. **RG. 67** 148). **c)** OLG. **22** 153 (Rostock). Der § 164 Abs. 2 besagt nur, daß der nicht erkennbar hervorgetretene Wille, in fremdem Namen zu handeln nicht zu berücksichtigen sei, er begründet aber keineswegs eine Vermutung dafür, daß eine abgegebene Willenserklärung im eigenen Namen des Erklärenden erfolgt ist. Der Beklagte, der das Gegenteil behauptet, macht daher nicht eine diese Vermutung ausschließende Voraussetzung geltend, die er zu beweisen hätte, sondern er bestreitet lediglich eine der Voraussetzungen des gegen ihn gerichteten Klaganspruchs. Der Kläger genügt seiner Beweispflicht, wenn er dartut, daß zwischen ihm und dem Beklagten das den Klagegrund bildende Geschäft schlechthin abgeschlossen ist, d. h. ohne daß ein Kontrahieren in fremdem Namen erkennbar gewesen ist. Führt er diesen Beweis, so ist es Sache des Beklagten, im Gegenbeweise Momente beizubringen, aus denen sich ergibt, daß im Namen eines anderen kontrahiert sei. **d)** Brach, R. **11** Nr. 225. Für die Stellvertretung ist stets diejenige Partei voll und ganz beweispflichtig, welche sich darauf beruft. AM. BGB. d. Reichsgerichtsräte Anm. 3 zu § 164, der es als Leugnen des Klagevorbringens ansieht, wenn jemand, der als Vertragspartei in Anspruch genommen ist, behauptet, nicht im eigenen Namen gehandelt zu haben.

§ 166. RG. R. **11** Nr. 462. Ist ein Agent, dem von zwei Geschäftsherren Abschlußvollmacht erteilt ist, auch ermächtigt, mit sich selbst als beiderseitiger Vertreter Verträge abzuschließen, so ist bei der Frage, inwieweit die eine Seite eine Arglist des sie vertretenden Agenten zu vertreten oder eine Beschränkung der Vollmacht im Innenverhältnis zur anderen Partei gelten zu lassen hat, zu berücksichtigen, daß der Agent nicht minder auch die andere Seite vertritt. Jeder Teil kann sich daher darauf berufen, daß, soweit das Wissen des Agenten in Betracht kommt, nichts vorliege, was nicht auch der andere Teil in der Person seines Vertreters bei Abschluß des Vertrags gewußt habe.

§ 167. 1. **RG. 76** 182. Die Vorschriften der §§ 313 und 167 Abs. 2 stehen sich nicht als allgemeine Regel und Sonderbestimmung gegenüber. § 167 Abs. 2 hat vielmehr die Bedeutung, daß er, wie allgemein für die formbedürftigen Rechtsgeschäfte, so auch für das Gebiet des § 313 den Umfang des Formzwanges näher bestimmt, indem er das Hilfsgeschäft der Vollmacht ausdrücklich als nicht darunter fallend bezeichnet.

2. **RG.** 10. 11. 10, R. **11** Nr. 290. Für die Frage, ob eine Vollmachtserteilung derart in die äußere Erscheinung getreten ist, daß der Verkehr sich nach Treu und Glauben daran halten kann, ist allein das Verhalten des Vollmachtgebers, nicht des Bevollmächtigten entscheidend.

§ 168. OLG. **22** 157 (Königsberg). Ist der Widerruf einer Vollmacht bis zu einer bestimmten Zeit ausgeschlossen, so kann der Vollmachtgeber aus dem gleich-

wohl erklärten Widerrufe keine Rechte herleiten; denn der Widerruf einer unwiderruflichen Vollmacht hebt die Vollmacht nicht auf.

§ 177. *Schreiber, DNotV. **11** 615. Die Bestimmungen des § 177 treffen insbesondere auch dann zu, wenn nach der Verfassung einer juristischen Person (wie z. B. in Preußen bei Städten und Kirchengemeinden) die gesetzliche Vertretung dem Gesamtvorstand obliegt, tatsächlich aber nur eines oder einige Mitglieder dieses Vorstandes — ohne Vertretungsmacht — handeln. Denn es macht keinen Unterschied, wer als machtloser Vertreter auftritt. Der Vertrag kommt also in einem solchen Falle zustande, sobald der Gesamtvorstand denjenigen seiner Mitglieder, die an seiner Stelle gehandelt haben, seine Zustimmung erteilt, und es ist nicht erforderlich, daß diese Genehmigung auch dem anderen Teile erklärt wird. Anders liegt die Sache nur dann, wenn die betreffenden einzelnen Mitglieder — ihrer richtigen Stellung entsprechend — als Teil des Gesamtvorstandes handeln, so daß die Erklärung der anderen Mitglieder noch nachfolgen soll. Gegen **RG. 61** 223 (vgl. übrigens auch **63** 98).

§§ 177, 179. v. Romeick, Zur Frage der Veräußerung von Reichsgrundstücken, GruchotsBeitr. **56** 1 ff. Die §§ 177, 179 BGB. können auf den Fall der Kompetenzüberschreitung eines nur mit anderen Staatsorganen zusammen zu einer zivilrechtlichen Fiskalhandlung berufenen Staatsorgans keine Anwendung finden. Dieser Fall ist dem des § 177 weder rechtsgleich noch rechtsähnlich.

§ 179. SächsRpflA. **11** 11 (Dresden). Der Anspruch gegen den Vertreter gemäß § 179 unterliegt, gleichviel, ob er auf Erfüllung oder auf Schadensersatz gerichtet ist, und gleichviel, welcher Verjährungsfrist der ohne Vertretungsmacht geschlossene Vertrag unterliegt, der regelmäßigen dreißigjährigen Verjährung des § 195 BGB.

§ 181. 1. *Schneider, DNotV. **11** 639 ff. Die Erbschaftsauseinandersetzung zwischen mehreren Minderjährigen mit Hilfe nur eines einzigen gesetzlichen Vertreters ist nur auf dem Wege der Erbteilungsübertragung nach § 2033 Abs. 1 BGB. möglich. Irrig ist der Ausweg, die Kinder dem überlebenden Elternteil gegenüber als eine einzige Partei zusammenzufassen; denn eben diese Zusammenfassung beruht selbst wieder auf einem zwischen allen Erben stillschweigend geschlossenen Vertrag (vgl. auch unten zu §§ 2040, 2041, 2042).

2. **RG.** 8. 10. 10, ZBlFG. **11** 537. Der Vater kann zugunsten seiner minderjährigen Kinder über eine ihm zustehende Hypothek nicht durch Vertrag mit sich selbst verfügen. Ein von dem Vertreter im Namen des von ihm Vertretenen mit sich in eigenem Namen vorgenommenes Rechtsgeschäft kann nur in den im § 181 bezeichneten Ausnahmefällen rechtliche Wirkungen hervorbringen (vgl. **RG. 68** 175, **71** 165). Der Umstand, daß die Kinder durch die Abtretung nur Vorteile erlangen und keine Verpflichtung übernehmen, begründet keinen dieser Ausnahmefälle. Die durch den Zwischensatz: „soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist", gegebene Ausnahme bezieht sich auf eine Gestattung durch Vertrag oder Gesetz. Von einer Gestattung durch Vertrag kann hier, wo es sich um eine gesetzliche Vertretung handelt, keine Rede sein, und eine gesetzliche Vorschrift, die dem gesetzlichen Vertreter die Vornahme eines Rechtsgeschäfts im Namen des Vertretenen mit sich in eigenem Namen dann gestattet, wenn jenem daraus nur Rechte oder Vorteile erwachsen können, oder aus der sich auch nur ein betreffender gesetzlicher Wille entnehmen ließe, gibt es nicht (vgl. **RG.** SächsRpflA. **11** 77). Die Vertretungsmacht des Vaters schließt der § 1630 Abs. 2 BGB. vielmehr überall da aus, wo nach § 1795 ein Vormund von der Vertretung seines Mündels ausgeschlossen ist, und der § 1795 bestimmt in seinem zweiten Absatz ausdrücklich: „Die Vorschrift des § 181 bleibt unberührt".

3. Bestellung eines Unterbevollmächtigten (JDR. 4 u. 8 Ziff. 2). OLG. 22 179 (KG.). Wenn ein Bevollmächtigter das Recht hat, unmittelbar dem Machtgeber einen Unterbevollmächtigten zu bestellen, und wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht, so kann der Unterbevollmächtigte im Namen des Machtgebers mit dem Bevollmächtigten Rechtsgeschäfte abschließen (vgl. auch DJZ. **09** 1336).

4. OLG. **22** 158 (KG.). Nach § 181 kann ein Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft nur insoweit nicht vornehmen, als nicht ein anderes ihm gestattet ist. Aus der Stellung, die das Gesetz dem Gewalthaber gegenüber dem Kinde gibt, ist zu folgern, daß es ihm die Vornahme rechtsgültiger Schenkungen an das Kind ohne weiteres gestattet, ohne daß es noch der Mitwirkung anderer Personen, besonders des Kindes, bedarf. Allerdings müssen beim Selbstkontrahieren Tatsachen hinzutreten, die den auch für Dritte erkennbaren Vertragswillen, den Vertragsschluß, ergeben (Mot. I, 224).

5. **RG.** R. **11** Nr. 461. Hat ein Agent, der von zwei Kaufleuten Abschlußvollmacht hatte, wiederholt mit sich selbst als beiderseitiger Vertreter abgeschlossen, ohne daß von einer Seite Widerspruch gegen dieses Verfahren erhoben wurde, so ist anzunehmen, daß beide Geschäftsherren mit diesem Selbstkontrahieren ihres Vertreters einverstanden sind.

6. **RG.** 29. 3. 11, **76** 89. Bedarf der vom gesetzlichen Vertreter im eigenen Namen mit einem Dritten hinsichtlich einer Hypothek geschlossene Abtretungsvertrag der Genehmigung des Vertretenen, so steht der Abgabe der Genehmigungserklärung namens des Vertretenen durch den gesetzlichen Vertreter gegenüber dem Zessionare nichts entgegen. Durch die Abgabe der Genehmigungserklärung gegenüber dem Zessionare hat der gesetzliche Vertreter nicht mit sich selbst, sondern nur mit dem Zessionar ein Rechtsgeschäft vorgenommen, wenn auch in der Absicht, daß dadurch die von ihm vorgenommene unwirksame Verfügung über die Hypothek wirksam werden sollte. Daß ein anderer gesetzlicher Vertreter des Zessionars diese Verfügung auch durch Erklärung ihm gegenüber hätte genehmigen können, er selbst dagegen nach § 181 nicht, ist unerheblich.

7. **RG.** 8. 10. 10, ZBlFG. **11** 537. Ein Vertrag, den ein Vertreter entgegen dem § 181 mit sich selbst abgeschlossen hat, ist nicht nichtig, sondern wie ein von einem Vertreter ohne gehörige Vertretungsmacht abgeschlossener Vertrag (§ 177) nur unwirksam, und diese Unwirksamkeit kann durch (nachträgliche) Genehmigung beseitigt werden. Übereinstimmend mit der bisherigen Praxis, vgl. JDR. **7** Ziff. II 2.

8. **RG.** 18. 10. 11, **77** 139. Der § 181 kommt nicht zur Anwendung, wenn jemand in eigenem Namen einen Wechsel akzeptiert, den er als Vertreter eines anderen auf sich gezogen hat, da es eines Begebungsvertrags zwischen Akzeptanten und Aussteller zur Herbeiführung der verpflichtenden Kraft des Akzeptes nicht bedarf.

Sechster Titel. Einwilligung und Genehmigung.

§ 184. 1. R. **11** Nr. 680 (Hamburg). Ein von dem Vater in Vertretung seines minderjährigen Sohnes mit sich selbst abgeschlossener Vertrag auf Übereignung von Mobilien gegen Entgelt erlangt durch Genehmigung des besonders für den Sohn bestellten Pflegers rückwirkend Geltung; aber diese Rückwirkung geht nicht soweit, daß die Sachen, falls der Vater vor der Genehmigung in Konkurs verfallen ist, der Aussonderung unterliegen.

2. HansGZ. **11** Beibl. 131 (Hamburg). Die Ausnahme des § 184 Abs. 2 ist auf alle Fälle auszudehnen, in welchen ein Dritter in der Zwischenzeit ein Recht an dem Gegenstande des der Genehmigung bedürfenden Rechtsgeschäfts erworben hat, das bei unbeschränkter Rückwirkung wegfallen würde.

3. Über *Rosenzweig, JheringsJ. 58 403 ff. vgl. unten § 873.

§ 185. 1. HansGZ. **11** Beibl. 87 (Hamburg). Die Vorschrift des § 185 findet auch im Sachenrecht Anwendung. Das ergibt sich aus ihrer Stellung im allgemeinen Teile des Gesetzbuchs, ihrem Inhalt und ihrer Entstehungsgeschichte.

2. KGBl. **11** 47, OLG. **22** 163 (KG.). Der § 185 Abs. 2 BGB. findet allerdings zunächst nur auf rechtsgeschäftliche Verfügungen Anwendung, jedoch wird (vgl. **RG. 60** 73, JDR. **4** Ziff. 1) auch ein Pfändungspfandrecht, das sich auf bei Vornahme der Pfändung dem Schuldner nicht gehörige Sachen bezieht, für den Fall, daß dieses Hindernis während des Bestehens der Pfändung wegfällt, mit dem Zeitpunkte dieses Wegfallens wirksam.

3. *Hellwig, GruchotsBeitr. **55** 607—626: Die Entscheidung **RG. 73** 306 (JDR. **9** Ziff. 2) erklärt ganz allgemein eine Ermächtigung zur Geltendmachung fremder Rechte durch den Ermächtigten im Prozeßwege (im konkreten Falle durch negative Feststellungsklage) im eigenen Namen und auf eigene Gefahr und Kosten für zulässig. Die Begründung dieses Satzes aus der Vertragsfreiheit (im Prozesse?), aus § 185 BGB. und aus § 1282 BGB., §§ 835, 836 ZPO. erscheint unzulässig. Wenn das RG. auch von den praktischen Bedenken, die dem Grundsatze seiner Entscheidung entgegenstehen, das aus der Begrenzung der Rechtskraft Herzuleitende beseitigt, indem es den (für das geltende Recht bestrittenen) Grundsatz, daß sententia consentienti obest schlechthin anerkennt und damit die Wirkungen der Rechtskraft auch auf den Ermächtigenden (den Rechtsinhaber) erstreckt, so bleiben doch andere Bedenken, insbesondere hinsichtlich der Parteieide und der Prozeßkostenpflicht, bestehen. Sie führen zu der Einschränkung, daß dem Ermächtigten die Prozeßführung (zur Sache selbst) nur dann gestattet werden darf, wenn derjenige, gegen den sich das geltend gemachte Recht und der Prozeß richten, keinen Widerspruch erhebt.

Fünfter Abschnitt. Verjährung.

Literatur: Berolzheimer, Verjährungsunterbrechung im Mahnverfahren, SeuffBl. **11** 621—625. — Kluckhuhn, Eine notwendige Ergänzung zu § 200 BGB., ABürgR. **36** 71—80. — Schmitt, Die Verjährung des Anspruchs aus auftragloser Geschäftsführung, SeuffBl. **11** 461—465.

§§ 194 ff. **RG.** (Strafs.) **44** 296. Die Vorschriften des BGB. über die Verjährung sind auf die Verjährung der Buße nicht zur Anwendung zu bringen.

§ 195. Schmitt, SeuffBl. **11** 461 ff. Erfüllt jemand auftraglos die einer kurzen Verjährung unterliegenden Verbindlichkeiten eines anderen, so verjährt der hieraus dem auftraglosen Geschäftsführer gegen den Geschäftsherrn gemäß § 683 BGB. zustehende Ersatzanspruch nicht innerhalb der kurzen Frist; die Verjährung ist ungeachtet dessen, daß der befriedigte Anspruch einer kürzeren Verjährung unterliegt, erst nach 30 Jahren gemäß § 195 BGB. vollendet.

§ 196. I. Nr. 1. 1. *Gerhard, Die Abnahmepflicht des Käufers, 110 ff. Auf den Abnahmeanspruch findet die Vorschrift des § 196 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 keine Anwendung. § 196 Abs. 1 Nr. 1 betrifft nur solche Fälle, die auf seiten des Lieferungspflichtigen erfüllt sind, während die von dem anderen Vertragsteil geschuldete Zahlung noch aussteht. Vgl. JDR. 8 Ziff. 2 a.

2. **a)** OLG. **22** 164 (KG.). Der Begriff des Kaufmanns im § 196 Nr. 1 ist derselbe wie im HGB., insbesondere gehören auch Minderkaufleute hierher. Ebenso sind bei der Frage, ob im Sinne des § 196 Nr. 1 ein Rechtsgeschäft als das eines Kaufmanns anzusehen ist, die §§ 343, 344 HGB. anzuwenden. **b)** PosMSchr. **11** 27 (Posen). Zwar gelten nach § 344 Abs. 1 HGB. sämtliche Rechtsgeschäfte eines Kaufmanns als in seinem Gewerbebetriebe vorgenommen; die vierjährige Verjährungsfrist findet aber nur auf diejenigen Anwendung, die tatsächlich im Interesse des Gewerbes vorgenommen sind.

3. OLG. 22 169 (Rostock). Dadurch, daß die Parteien zueinander in „offener Rechnung“ standen und daß die beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nach Maßgabe der getroffenen Vereinbarung ausgeglichen wurden, wird die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Ansprüche nicht berührt. Für ihre Verjährung gelten daher die gewöhnlichen Grundsätze der §§ 196 Nr. 1, 201.

4. **RG.** R. **11** Nr. 1870. Ist in den Lieferungsbedingungen einer Gasanstalt, welche für Leuchtgas einen höheren Preis festgesetzt hat als für Kochgas und Gas für gewerbliche Zwecke, bestimmt, daß wenn Leuchtflammen an dem Gasometer des Kochgases und des Gases für gewerbliche Zwecke angeschlossen werden, der höhere Leuchtgaspreis für das ganze Gas, welches durch den Messer durchzählt, berechnet wird, so fällt der Anspruch der Gasanstalt auf die in einem solchen Falle sich ergebende Preisdifferenz nicht unter die Verjährungsvorschrift des § 196 Nr. 1 BGB.; derselbe unterliegt vielmehr als Anspruch auf eine reine Vertragsstrafe der dreißigjährigen Verjährung nach § 195 BGB.

5. Forderungen der Bauunternehmer (JDR. **5**, **6**, **7** Ziff. III, **9** Ziff. I 2). **a)** OLG. **22** 164, RheinA. **108** 150 (Düsseldorf). Die kurze Verjährung des § 196 findet auf die Forderung der Architekten für gelieferte Pläne und Kostenanschläge keine Anwendung. AM. **b)** KGBl. **11** 123 (KG.). Nur dann würde ein Architekt den Gewerbetreibenden der Nr. 1 nicht zuzurechenn sein, wenn seine Tätigkeit höhere künstlerische Ziele verfolgt.

6. Gewerbebetrieb. **a)** SächsRpflA. **11** 82 (Dresden). Die Annahme eines Gewerbebetriebs erscheint nicht grundsätzlich ausgeschlossen, wenn der Eigentümer eines Hauses oder mehrerer Häuser sich durch deren Vermieten eine dauernde Einnahmequelle schafft; es müssen in einem Falle dieser Art aber immer besondere Tatsachen vorliegen, aus denen mit Sicherheit auf die Absicht geschlossen werden kann, die Weitervermietung in einer Weise vorzunehmen, daß sie als eine dauernd und berufsmäßig fließende Einnahmequelle dienen solle (vgl. **RG.** JW. **10** 803, JDR. **9** Ziff. I 3 a). **b)** **RG.** 23. 12. 10, **75** 52, JW. **11** 214. Die Ausübung der künstlerischen Gesangeskunst ist kein Gewerbebetrieb. Die künstlerische Tätigkeit bleibt, auch wenn Erwerbszwecke damit verbunden werden, nach den Anschauungen des Verkehrs das Entscheidende und es wird hieran auch dadurch nichts geändert, daß der Sänger die Konzerte, in denen er seine eigene Kunst darbietet, auf eigene Rechnung und unter eigener Verantwortung veranstaltet. Diese Veranstaltungen erscheinen bei einem Künstler, der nur seine eigene Gesangeskunst darbietet, lediglich als Förderungsmittel der künstlerischen Tätigkeit.

7. Landwirtschaft kein Gewerbebetrieb (JDR. **4** Ziff. I 3 c, **5** Ziff. II 3 c, **9** Ziff. I 4). OLG. **22** 164 (Breslau). Der Betrieb der Landwirtschaft ist zum Gewerbebetrieb im Sinne des § 196 Nr. 1 nicht zu rechnen.

8. Rückgabe von Verpackung (JDR. **4** Ziff. I 2, **9** Ziff. I 5). SeuffA. **66** 130 f. (Celle). Der Anspruch auf Rückgabe der Verpackung oder Wertersatz verjährt als Unterforderung aus dem der Hergabe zugrunde liegenden Kaufvertrage nach § 196 Abs. 1 Nr. 1 (vgl. OLG. **14** 377).

II. OLG. **22** 167 (Hamburg). Angestellte im Sinne des § 196 Nr. 8 können auch solche Personen sein, die kein festes Gehalt beziehen, sondern auf andere Bezüge verwiesen werden, mögen diese auch ganz von ihrer eigenen Tätigkeit abhängen.

III. 1. OLG. **22** 166, RheinA. **108** 155 (Düsseldorf). Der Anspruch auf Zahlung der Kosten des Verputzens eines Miethauses verjährt, sofern er gegen den Wirt selbst gerichtet ist, in vier Jahren.

2. Über die Verjährung von Wahlansprüchen vgl. OLG. **22** 169 (München).

§ 198. **RG.** 19. 12. 10, BayRpflZ. **11** 120. Wenn es im § 198 heißt: „Die Verjährung beginnt mit der Entstehung des Anspruchs“, so ist dabei an einen klagzaren Anspruch zu denken. Ein Anspruch, der infolge einer ihm anhaftenden Un-

vollkommenheit nicht geltend gemacht werden kann, ist im Sinne des § 198 ebensowenig entstanden, wie der nur bedingt begründete Anspruch (vgl. Planck zu § 198 Anm. 2).

§ 200. *Kluckhuhn, ABürgR. **36** 71 ff. Hängt die Entstehung zweier einander gegenüberstehender, auf demselben Rechtsgeschäfte beruhender Ansprüche von der Geltendmachung eines Anfechtungsrechts seitens eines der Beteiligten ab, so beginnt nicht nur der Anspruch des Anfechtenden (gemäß § 200 BGB.), sondern auch der des Anfechtungsgegners mit dem Zeitpunkte zu verjähren, in dem die der Rückforderung unterliegende Leistung bewirkt ist.

§ 202. SeuffA. **66** 452 (Hamburg). Wird vereinbart, daß das Prozeßverfahren eine bestimmte Zeit ruhen solle, so begibt sich der Kläger damit auch des Rechts, während dieser Zeit die Zahlung von dem Beklagten zu verlangen. Die Verjährung ist daher während dieser Zeit nach § 202 gehemmt.

§ 203. Höhere Gewalt (vgl. JDR. **4** u. **7**). **a)** OLG. **22** 171 (München). „Höhere Gewalt", die den Kläger an der Rechtsverfolgung gehindert hätte, ist nicht anzunehmen, wenn der eine mehrjährige Zuchthausstrafe Verbüßende die bis zum Strafbeginne freibleibende Zeit ungenützt verstreichen ließ. **b)** OLG. **22** 170 u. 171 (Breslau u. KG.). Der Begriff der höheren Gewalt im § 203 ist im wesentlichen der gleiche wie die im § 233 ZPO. bezeichneten „Naturereignisse und andere unabwendbare Zufälle". Die sich an diesen § 233 anschließende Rechtsprechung steht aber dahin fest, daß Verzögerung der Armenrechtsbewilligung unabwendbarer Zufall ist.

§ 206. *Klein, SeuffBl. **11** 512 ff. Das Gesetz hat die analoge Anwendung des § 206 auf die Ausschlußfristen ausführlichst geregelt. Seine Regelung berechtigt daher zu dem Schlusse, daß jede weitere analoge Anwendung des § 206 vom Gesetze nicht gewollt ist, für alle übrigen Unterlassungen von Erklärungen die Geschäftsfähigkeit des Unterlassenden nicht Wirksamkeitsvoraussetzung ist.

§ 208. Unterbrechung durch Anerkenntnis (JDR. **3** u. **4**, **5** Ziff. II 1, **7**, **8** Ziff. 1). **a)** **RG.** 20. 10. 10, SeuffA. **66** 309. Der Wille des Verpflichteten, sich dem Gläubiger gegenüber zu binden, ist zum Anerkenntnis im Sinne des § 208 nicht erforderlich. Vgl. schon **RG. 73** 131, JDR. **9** Ziff. 1. **b)** HessRspr. **11** 4 (LG. Darmstadt). Die Äußerung des Beklagten, er würde bezahlen, was er schuldig sei, kann als zur Unterbrechung der Verjährung taugliche Anerkennung der Forderung dem Grunde nach angesehen werden, da nach § 208 BGB. nur formlose Anerkennung verlangt wird und die Anerkennung, bezahlen zu wollen, was man schuldig ist, in dem Nachweis über die Höhe der Schuld ihre Ergänzung finden würde. Vgl. auch ElsLothJZ. **11** 42 (Colmar) und OLG. **22** 169 (Rostock) im wesentlichen wie **RG. 73** 131 ff., JDR. **9** Ziff. 1. Ebenso auch **RG.** 20. 10. 10, JW. **11** 32.

§ 209. 1. Nr. 1. Berolzheimer, SeuffBl. **11** 621 ff. Wird, wenn gegen den Zahlungsbefehl Widerspruch nicht erhoben ist, die Erlassung des Vollstreckungsbefehls nicht binnen einer sechsmonatigen Frist, welche mit dem Ablaufe der vom Tage der Zustellung an laufenden Widerspruchsfrist von einer Woche (§ 692 ZPO.) beginnt, nachgesucht, oder wird das rechtzeitige Gesuch um Erlassung des Vollstreckungsbefehls zurückgewiesen, so verliert der Zahlungsbefehl dergestalt seine Kraft, daß auch die Wirkungen der Rechtshängigkeit erlöschen (§ 701 ZPO.). Die Unterbrechung durch Zustellung des Zahlungsbefehls gilt als nicht erfolgt (§ 213 BGB.).

Wenn nach materiellem Rechte ein Anspruch in kürzerer Zeit als in 6 Monaten verjährt, tritt die Verjährung trotz der nach Prozeßrecht längeren Dauer der Rechtshängigkeit schon mit dem Ablaufe der kürzeren Frist ein. Denn da für die Unterbrechung des Verfahrens durch Zustellung des Zahlungsbefehls nicht, wie in §§ 211, 214, 215 BGB. bestimmt ist, daß sie bis zur Erledigung des Verfahrens fortdauern, ist davon auszugehen, daß die durch Zustellung eines Zahlungsbefehls eintretende

Unterbrechung der Verjährung nur eine augenblickliche ist und sofort mit der Zustellung die erneute Verjährungsfrist zu laufen beginnt.

Wird rechtzeitig Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl erhoben, so dauert die Unterbrechung der Verjährung, bis der Prozeß rechtskräftig entschieden oder anderweit erledigt ist. Gerät der Prozeß in Stillstand, so endigt die Unterbrechung mit der letzten Prozeßhandlung (§ 211 Abs. 2 BGB.).

Wenn weder der Gläubiger im Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls Antrag auf Terminsbestimmung zur mündlichen Verhandlung gestellt hat, noch nach Einlegung des Widerspruchs eine Partei diesen Antrag stellt, so bleibt die gerichtliche Mitteilung von dem Widerspruch an den Gläubiger die letzte Prozeßhandlung. Die nunmehr beginnende neue Verjährung kann namentlich durch Antrag auf Terminsanberaumung wieder unterbrochen werden.

Übersteigt der Wert des Streitgegenstandes die amtsgerichtliche Zuständigkeit und ist der Antrag auf Verweisung des Rechtsstreits an das Landgericht seitens des Gläubigers für den Fall des Widerspruchs schon im Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls gestellt oder vom Schuldner mit dem Widerspruche verbunden, so bildet, solange nicht auf Ladung im Parteibetriebe Terminsbestimmung am Landgericht erfolgte, dieser Beschluß die letzte Prozeßhandlung; vom Zeitpunkte der Zustellung des Beschlusses an läuft die neue Verjährungsfrist. Wurde der Verweisungsantrag nicht schon im Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls gestellt oder mit dem Widerspruche verbunden, so muß im Termin vor der Verhandlung zur Hauptsache auf Verweisung angetragen werden. Mit der Verkündung des Verweisungsbeschlusses läuft die neue Verjährung, falls nicht eine Partei die Anberaumung eines Termins zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgerichte beantragt.

Wird gegen den Zahlungsbefehl kein Widerspruch erhoben, vielmehr auf Antrag Vollstreckungsbefehl erlassen, so ist zu unterscheiden:

a) Schuldner legt Einspruch ein; da die Vorschriften über den Einspruch gegen ein vom AG. erlassenes Versäumnisurteil entsprechende Anwendung finden (§ 700 Abs. 2 ZPO.), ist der Termin zur mündlichen Verhandlung über den Einspruch und die Hauptsache von Amts wegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen. Auf das weitere Verfahren finden sowohl, wenn der Rechtsstreit vor dem AG. anhängig bleibt, als wenn er auf Antrag an das LG. verwiesen wird, die Vorschriften des § 211 Abs. 2 BGB. Anwendung, da der Einspruch den Widerspruch in sich enthält.

b) Legt der Schuldner keinen Einspruch ein und läßt der Gläubiger den Befehl zustellen, so erlangt der Vollstreckungsbefehl nach Ablauf der Einspruchsfrist (§ 700 Satz 2, § 508 Abs. 2 ZPO.) formelle Rechtskraft. Der Anspruch verjährt nunmehr in 30 Jahren (§ 218 Abs. 1 Satz 1 BGB.). Die Verjährung beginnt mit dem Ablaufe des Tages der auf den Zustellungstag folgenden Kalenderwoche, welcher durch seine Benennung dem Tage der Zustellung entspricht.

c) Läßt der Gläubiger den Vollstreckungsbefehl nicht zustellen, so läuft die neue Verjährung seit der Zustellung des Zahlungsbefehls (anders Gaupp-Stein, ZPO. zu § 701, der § 211 Abs. 2 BGB. für anwendbar hält).

Nimmt der Gläubiger das Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls zurück, so gilt die Unterbrechung der Verjährung als nicht erfolgt (§ 213 BGB.). Fand die Zurücknahme erst nach Erhebung des Widerspruchs bzw. Einlegung des Einspruchs statt, so ist die Anwendung des § 212 Abs. 2 BGB. gerechtfertigt. Ersucht der Gläubiger binnen 6 Monaten nach der auf Widerspruch bzw. Einspruch hin erfolgten Zurücknahme von neuem um Erlassung des Zahlungsbefehls, so gilt die Verjährung als durch die Zustellung des ersten Zahlungsbefehls unterbrochen. Der Zustellung eines neuen Zahlungsbefehls stehen aber diejenigen Handlungen gleich, welchen § 209 verjährungsunterbrechende Wirkung beilegt.

2. Nr. 5. LeipzZ. **11** 954 (Stettin). Die Anmeldung der Forderung eines Schiffsgläubigers im Zwangsversteigerungsverfahren unterbricht die Verjährung, da sie im regelmäßigen Verlaufe des Verfahrens zur Befriedigung des Anmeldenden durch eine Amtshandlung des Vollstreckungsrichters führt und die Befriedigung endgültig nur durch die Klage dessen, der sich durch das angemeldete Recht beeinträchtigt glaubt, in Wegfall kommt.

§ 211. 1. OLG. **22** 172 (Dresden). Mit Schmidt (Lehrbuch des Zivilr. 246) sind als Prozeßhandlungen alle diejenigen Handlungen anzusehen, die mit Beziehung auf den Rechtsschutzakt vorgenommen werden, sofern sie nur auf die Beeinflussung des Prozesses gerichtet und in ihrer Einwirkung auf den Rechtsstreit den übrigen am Prozesse beteiligten Personen, dem Gegner oder dem Gericht oder beiden, äußerlich erkennbar geworden sind. Auszuscheiden sind daher neben Handlungen Dritter bloß solche Handlungen der Parteien, die, wenn auch dem Gegner oder dem Gerichte gegenüber vorgenommen, doch nicht dem Interesse an der Erreichung eines prozessualen Erfolges dienen, wie z. B. die Zahlungsaufforderung, oder die Dienstbeschwerde eines vom Richter ungebührlich behandelten Anwalts, sowie alle intern gebliebenen Akte, wie die Beschaffung von Geldmitteln für die Prozeßkosten, Briefwechsel mit einem Anwalte, seine Bevollmächtigung, Studium der Gesetze, Aufsuchung von Urkunden u. dergl. Folgerichtig rechnet Schmidt alle Anträge und Gesuche, die eine Partei an das Prozeßgericht stellt, zu den Prozeßhandlungen. Der Einwand, daß der Prozeß mit einem Armenrechtsgesuche nicht betrieben wird, ist insofern unhaltbar, als es die Beiordnung eines Anwalts und die Befreiung von Auslagenvorschüssen, demnach eine erleichterte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung, einen prozessualen Erfolg, erstrebt.

2. OLG. **22** 173, RheinA. **108** 150 (Cöln). Eine Vertagung auf unbestimmte Zeit, welche als Beschluß auf Aussetzung der Verhandlung im Sinne des § 148 ZPO. aufzufassen ist und auch als solcher gemeint war, bedeutet einen Stillstand des Prozesses im Sinne des § 211 Abs. 2 BGB. auch dann nicht, wenn die Voraussetzungen für eine Aussetzung gemäß § 148 ZPO. nicht vorlagen.

§ 212. **RG.** 13. 2. 11, ElsLothJZ. **11** 279. Die Klagezurücknahme hat für die Verjährung des Anspruchs die Wirkung, daß die durch die Klagerhebung erfolgte Unterbrechung der Verjährung als nicht erfolgt gilt, aber im Falle des § 212 Abs. 2 BGB. wieder Wirkung gewinnt. Ein bloßes Liegenlassen des Anspruchs hebt die Rechtshängigkeit nicht auf (JW. **10** 827), beendet aber die durch Klagerhebung eingetretene Unterbrechung der Verjährung und setzt eine neue Verjährung in Lauf (**RG. 66** 12, JDR. **6**).

Sechster Abschnitt. Ausübung der Rechte. Selbstverteidigung. Selbsthilfe.

Literatur: Hirsch, Ausübung und Geltendmachung der Rechte, BuschsZ. **42** 48—78.

§ 226. 1. *Hirsch, BuschsZ. **42** 48—78, greift in eingehender Polemik die von Hellwig (Lehrbuch III, 278 ff.) gegebenen drei Bestimmungen des Begriffs Ausübung eines Rechtes an. Die Begriffsbestimmung, „die Ausübung eines Rechtes .... besteht darin, daß der Berechtigte von den kraft des Rechtes ihm zustehenden Befugnissen mit Erfolg Gebrauch macht", widerspricht dem von Hellwig zum Ausgangspunkte seiner Forschung gewählten Gesetzeswortlaut, insbesondere den von ihm geprüften 17 Gesetzesstellen. Denn die geltenden Gesetze gebrauchen die Worte „Ausübung eines Rechtes" in einfacher Bedeutung. Die Methode, einen Begriff der allgemeinen Rechtslehre dem Sprachgebrauche der Gesetze entnehmen zu wollen, ist verfehlt.

2. **RG.** 2. 3. 11, R. **11** Nr. 1707. Wenn A. und B. ihrem Bruder C. ein Darlehen unter Bürgschaft der Ehefrau gewährt haben und nach dem Tode des

C. sowohl dessen Ehefrau als auch A. und B. an dem noch ungeteilten überschuldeten Nachlaß als Erben beteiligt sind, so kann die als Bürgin von A. und B. auf Rückzahlung des Darlehens verklagte Ehefrau C. nicht einwenden, die Klage enthalte insoweit eine unzulässige Schikane, als die Kläger A. und B. als Erben des Hauptschuldners bei der Erbteilung Teilschuldner der Hauptschuld werden würden.

3. OLG. **22** 174 (München). Ein mögliches Interesse des Klägers beseitigt den Einwand der Schikane; feindselige Stimmung allein begründet sie nicht.

4. R. **11** Nr. 1268 (BayObLG.). Die Ausübung nachbarlicher Schutzrechte fällt in der Regel nicht unter das Schikaneverbot.

§ 227. **RG.** 27. 3. 11, R. **11** Nr. 2085, 2086. „Gegenwärtig" ist ein Angriff, solange er noch nicht aufgegeben, fehlgeschlagen oder durchgeführt, mithin noch nicht beendigt ist. Einer in bloß vermeintlicher Notwehr (Putativnotwehr) verübten Handlung kommt im Gebiete des Zivilrechts der Schutz des § 227 an sich nicht zu. Die dem Gegner zugefügte Verletzung ist und bleibt diesfalls eine rechtswidrige; freilich kann bei entschuldbarem Irrtume möglicherweise die Ersatzpflicht ausgeschlossen sein, oder es kann zugunsten des Täters § 254 Platz greifen.

§ 228. SchlHolstAnz. **11** 133 (Kiel). Bei der Prüfung der Frage, ob die Voraussetzungen des § 228 gegeben sind, ist lediglich das rein objektive Verhältnis von Schaden zu Gefahr abzuwägen. Die nur vermeintliche Notstandslage schließt die Widerrechtlichkeit der Handlungsweise nicht aus. — Die Beweispflicht dafür, daß die Voraussetzungen des § 228 BGB. gegeben sind, trifft denjenigen, der sich auf das Vorhandensein eines Notstandes beruft.

Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt. Inhalt der Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Verpflichtung zur Leistung.

Vorbemerkung: I. In der Vorgruppe zu §§ 241 ff. Nr. I wird, wie üblich, auch dieses Mal wieder über die Freirechtsbewegung berichtet. Die beiden grundlegenden Fragen sind folgende: 1. Daß der Richter zur Ergänzung der Lücken des Gesetzes praeter legem berufen ist, wird heute selbst von den konservativsten Vertretern der herrschenden Anschauung, z. B. Vierhaus, anerkannt. Die Frage ist aber: Schafft der Richter damit neues Recht? Vierhaus antwortet: Nein, alles was der Richter in dieser Beziehung tut, tut er im Geiste des nur unvollkommenen Gesetzes, genau so, wie er im Geiste dieses Gesetzes handelt, wenn er die Blankobestimmungen, wie „Treu und Glauben", „Verkehrssitte" ausfüllt. Dieser Standpunkt, der also noch immer von der Lückenlosigkeit des Gesetzes ausgeht, d. h. von der Fiktion, daß hinter dem unvollkommenen Gesetzeswortlaut ein vollkommener Gesetzeswille stehe, wird von den konsequenten Freirechtlern mit Recht als unwahr bekämpft. — Neuerdings wird von einigen versucht, die wahre Rechtsschöpfung des Richters dadurch zu verdecken, daß sie von den „ungeschriebenen" Rechtssätzen sprechen. Zwar nicht das Gesetz, aber die Rechtsordnung als Ganzes sei lückenlos; gehe der Richter über das Gesetz hinaus, so bleibe er doch innerhalb der Rechtsordnung (so Berolzheimer und Kiß). Immerhin stehen beide doch der Freirechtsbewegung näher, als der herrschenden Anschauung. 2. Das praktisch weit wichtigere Problem betrifft den Maßstab, nach welchem die Lückenausfüllung vorgehen soll. Und dieses Problem ist für die Lückenausfüllung dasselbe, wie für die Entscheidung nach Treu und Glauben usw. Was Berolzheimer hier im Anschluß an die Hegelsche Freiheitsidee bietet, ist praktisch wertlos, bedeutsamer der Versuch von Kantorowicz, die Soziologie fruchtbar zu machen und in ein klares Verhältnis zur Rechtswissenschaft zu bringen. 3. Es sei noch auf die Berichte und die Selbstberichte von Stampe hingewiesen, der seine sehr interessante Wertbewegungslehre exemplifiziert (§§ 241 ff. Nr. I 1a, b, c, d, 362 Nr. 1).

II. Der Streit um „Schuld und Haftung" geht weiter. S. hierüber zu §§ 241 ff. Nr. II 1.

III. Zu § 249. 1. Die Judikatur des RG. über den Schadensersatz bei arglistiger Täuschung, wenn der Vertrag nicht angefochten wird, findet mit Recht Widerspruch (§ 249 Nr. I 7). Der Satz, daß nur bei Zusicherungen über Eigenschaften der Kaufsache das Erfüllungsinteresse zu ersetzen sei, ist nicht haltbar.

2. Oertmann veröffentlicht einen Aufsatz (Vortrag) über Vorteilsausgleichung (§ 249 Nr. I 10 c).

3. Die Berücksichtigung der Prozeßaufregungen bei Schadensersatzprozessen wird von **RG.** VI erheblich eingeschränkt (§ 249 Nr. II 2 b und § 254 Nr. II 10).

4. Über die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges bei fehlerhafter ärztlicher Behandlung stellt **RG.** VI bemerkenswerte Ansichten auf (§ 249 Nr. II 5 a).

IV. Zu § 254. 1. Wichtige Entscheidungen über die Anwendung des § 254 auf die Ausgleichungspflicht mehrerer Gesamtschuldner s. zu § 254 Nr. I 5 und § 426 Nr. 4.

2. Die wichtige Frage, ob in den Fällen des § 254 Abs. 1 der durch eine unerlaubte Handlung Beschädigte für das Verschulden seiner Hilfspersonen haftet, ist jetzt durch eine grundlegende Entscheidung des **RG.** VI entschieden worden. Die entsprechende Anwendung von § 278 wird wiederum abgelehnt, dafür aber § 831 für anwendbar erklärt (§ 254 Nr. I 8 b α und β). Befriedigend ist der Rechtszustand jedoch noch immer nicht. Denn die verschiedene Behandlung der beiden Absätze von § 254 ist ungerecht. U. E. ist, wie OLG. Kiel mit Recht ausgeführt hat, eine echte Verbindlichkeit auch im Falle des Abs. 2 nicht vorhanden. Daher muß im Gebiete der unerlaubten Handlungen in beiden Fällen entweder § 278 oder § 831 angewendet werden. Die ausdrückliche Hervorhebung des § 278 im Abs. 2 bezieht sich dann nur auf Vertragsverhältnisse.

3. Aus den Einzelfällen sei hingewiesen auf die Entscheidungen zu Nr. IV 5 a, b, betr. den Verkehr zwischen Bank und Kunden (sehr hart ist das Urteil des KG.) und zu Nr. IV 9 (erhöhte Anforderungen an die Sorgfalt des Publikums im modernen Hotelbetriebe).

V. Zu § 275. Die Schwierigkeiten, welche die Bestimmungen des BGB. über die Unmöglichkeit hervorrufen, werden immer deutlicher sichtbar. Sie nach Möglichkeit zu beseitigen, ist das Bestreben der Arbeiten von Rabel und Krückmann, über deren Ansichten hier schon mehrfach berichtet worden ist. Rabel resümiert und erläutert seine früher (JDR. **6** § 275 Nr. 1 c) aufgestellten Ansichten, Krückmann ebenso in Fortsetzung seines in JheringsJ. **57** (JDR. **9**) erschienenen ersten Beitrags. Der grundsätzliche Standpunkt der beiden Schriftsteller ist auch in ihren neuesten Publikationen der gleiche: Rabel möchte solange wie möglich an den überlieferten Begriffen und Unterschieden festhalten, Krückmann geht radikal vor, plädiert für eine kühne Umwertung fast aller Werte; er versucht nicht, wie er in JheringsJ. **59** 96 sagt, das Unmögliche, den § 275 Abs. 2 zu retten. „Hier gilt es eben nichts anderes als fortdeuten, totschweigen, einschlafen lassen." Mit einem gewissen Neide blickt er auf Staubs positive Vertragsverletzungen, die sich soviel leichter durchgesetzt hätten (287 ff.). — Auch Hölder ist in seinem letzten Aufsatze für eine Gleichstellung der anfänglichen und nachträglichen Unmöglichkeit eingetreten.

VI. Zu § 276. Krückmann und Zitelmann beschäftigen sich mit den positiven Vertragsverletzungen, ersterer überhaupt mit dem gesamten Systeme der Vertragshaftung (§ 276 Nr. IV). Zu einem Einverständnis über Begriff und Umfang der positiven Vertragsverletzungen ist es noch immer nicht gekommen.

Zu §§ 241 ff. I. Die Freirechtsbewegung.

Literatur: Baumgarten, Die Freirechtsbewegung, DRZ. **11** 543—555. — Berolzheimer, Die Gefahren einer Gefühlsjurisprudenz in der Gegenwart. Rechts-

grundsätze für freie Rechtsfindung (Referat zum zweiten Kongresse der Internat. Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie). Berlin und Leipzig 1911. Rothschild (20 S.). — Best, Freirecht, Laienrichter und Politik, R. **11** 540—549. — Börngen, Um das Recht der Gegenwart, DJZ. **11** 177—183. — Crusen, Die deutschen Schutzgebiete — das Eldorado der Freirechtler, R. **11** 549—557. — Danz, Rückständigkeit der Rechtswissenschaft. Richterrecht und Gesetzesrecht. Neue Rechtsprechung, DJZ. **11** 565—570. — Deinhardt, Um das Recht der Gegenwart, ARechtsuWirtschPh. **4** 374—379. — Düringer, Um das Recht der Gegenwart, DRZ. **11** 109—115. — Fränkel, Über die Ursachen und Ziele der gegenwärtigen Rechtsbewegung, DRZ. **11** 53—60. — Fränkel, Über die gegenwärtigen Aufgaben der Juristen, DRZ. **11** 425—431. — Fuchs, Klassische Einwendungen gegen die soziologische Rechtslehre, HoldheimsMSchr. **11** 82—91. — Gmelin, Das Wesen des „Modernismus", BayRpflZ. **11** 453—455. — Inhulsen, Die freie Rechtsfindung in Deutschland und England, RheinZ. **3** 348—353. — Kantorowicz, Die contra-legem-Fabel, DRZ. **11** 258—263. — Kantorowicz, Methodenreform und Justizreform, DRZ. **11** 349—356. — Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie. Tübingen 1911 (auch abgedruckt in Schriften der Deutschen Gesellschaft für Soziologie, I. Serie: Verhandlungen der Deutschen Soziologentage, I. Bd. Verhandlungen des ersten Deutschen Soziologentags vom 19. bis 22. Oktober 1910 in Frankfurt a. M. 275—309. — Kiß, Billigkeit und Recht mit besonderer Berücksichtigung der Freirechtsbewegung, ARechtsuWirtschPh. **3** 536—550. — Kiß, Gesetzesauslegung und „ungeschriebenes" Recht. Kritische Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen, IheringsJ. **58** 413—486. — von Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen. Wien 1910, Fr. Deuticke (298 S.). — Mendelsohn-Bartholdy, Ein Modernistenaufruf, DRZ. **11** 116—121. — Rundstein, Zur Methodologie der freien Rechtsfindung, ARechtsuWirtschPh. **5** 136—144. — Schneider, Abänderliches Recht und Verkehrssitte, IheringsJ. **59** 383—392. — Schneider, Die ursprünglichste Grundlage des richterlichen Urteils, das Rechtsgefühl, BuschsZ. **41** 297—329. — Schneider, Gesetz und Richteramt, DJZ. **11** 1012—1017. — Schneider, Die Unabhängigkeit des Richters bei der Rechtsanwendung, SeuffBl. **11** 8—13. — Stampe, Die Freirechtsbewegung (Vorträge). Berlin 1911, Fr. Vahlen (47 S.). — Stampe, Aus einem Freirechtslehrbuch, ACivPr. **107** 274—315. — Stampe, Grundriß der Wertbewegungslehre. Tübingen 1911 (= ACivPr. **108** 42—177. — Vierhaus, Über die Methode der Rechtsprechung (Heft 1 der Beiträge zur staats- und rechtswissenschaftlichen Fortbildung). Hannover 1911, Hellwing (84 S.). — Zacharias, Über Persönlichkeit, Aufgaben und Ausbildung der Richter. Berlin 1911, Guttentag (161 S.). — Derselbe, Gedanken eines Praktikers zur Frage des „Juristischen Modernismus". Berlin 1910, Guttentag.

1. Die Darstellung der Freirechtslehre in den Schriften ihrer Anhänger. a) Stampe, Die Freirechtsbewegung (Vorträge). Die Konstruktionsjurisprudenz geht von der unwahren Grundanschauung der Lückenlosigkeit des Rechtssystems aus. Ihre Arbeitsmethode (Motivenkultus, Falsch-Subsumtion, Tatbestands- und Rechtssatzfiktion) ist falsch und führt zu verwerflichen Resultaten. Nach der Freirechtsbewegung ist der Richter zu selbständiger Rechtsschöpfung berufen: a) praeter legem zur Ergänzung der Gesetzeslücken, b) (25, 28) contra legem zur Gesetzesänderung, jedoch nur in Fällen dringender Not, wenn bereits eine sog. Massenkalamität durch das Gesetz entstanden ist oder doch mit der Zeit notwendig entstehen muß, wie z. B. durch den alten Tierhalterparagraphen, und wenn doch ein alsbaldiges Einschreiten der Legislative sich als nicht möglich oder angängig erweist. Zurzeit will Stampe diese Befugnis aber nur der obersten Instanz zugestehen. Unser Rechtsleben kommt ohne richterliche Gesetzesänderung nicht aus, wie z. B. § 950 (Verarbeitung alieno nomine), § 138 Abs. 2 (relative Nichtigkeit), §§ 119 Abs. 2, 123 (Ausschluß der Anfechtung bei Aktienzeichnung) beweisen. Was also die herrschende Meinung versteckt schon immer tut, soll nach Stampe nur in dringenden Fällen, dann aber offen geschehen. — Für a und b empfiehlt sich die Formel des Schweizer Zivilgesetzbuchs Art. 1. Die Interessenabwägung hat nicht die Spezialinteressen der am konkreten Einzelfalle Beteiligten zum Gegenstande, sondern die für Fälle der vorliegenden Art typischen Interessenkonflikte. — Die Bekämpfung der Konstruktionsjurisprudenz hat nicht nur auf dem Gebiete der Rechtsbildung, sondern auch auf

dem Gebiete der Begriffsbildung zu erfolgen. Die herrschende Begriffsbildung ist durch die funktionelle Begriffsbildung zu ersetzen. Begriffe, die zusammen gehören, dürfen nicht getrennt werden, z. B. das Versprechen der Leistung an einen Dritten und die Anweisung. Aus dem Rechte der Schuldverhältnisse muß ein Recht der Wertbewegungen werden. **b**) Stampe, Aus einem Freirechtslehrbuch, ACivPr. **107** 274—315, teilt zwar Bruchstücke mit (I. Einleitung zur Besitzlehre, II. Simultantilgung von Geldschulden), um eine bestimmte Art lehrbuchmäßiger Darstellung anschaulich zu machen, die bisher wenig geübt wird und mit freirechtlicher Denkweise eng zusammenhängt: die Zusammenfassung resp. Gegenüberstellung von Rechtsinstituten nach dem Gesichtspunkte der Aufgabe, die sie im Rechtsleben zu erfüllen haben. Zu II. vgl. § 362 Nr. 1. **c**) *Stampe, Grundriß der Wertbewegungslehre, versucht Begriffe zu entwickeln, mit deren Hilfe das jetzige System der Schuldverhältnisse durch ein neues ersetzt werden kann, welches anschaulicher und einheitlicher wirkt. Im Hinblicke darauf, daß der spezielle Teil bereits jetzt eine Lehre nicht von den einzelnen Obligationen, sondern von den einzelnen Transaktionen ist, soll auch der allgemeine Teil aus einer Lehre von der Obligation in eine solche von der Transaktion (Wertbewegung) umgeschaffen werden. Diese Lehre enthält eine genaue Gliederung des Tatbestandes und der Wirkungen der Wertbewegung. Als wirkende Tatbestände zeigen sich die causa und die Hilfsgeschäfte, aber ferner auch die Subjekte, die Objekte, die Parteizwecke, die Motive und der Erfolg der Wertbewegung. Die Wirkungen der Tatbestände äußern sich in der Einleitung und Fortführung der Wertbewegung, in Reaktionen gegen eintretende Störungen derselben und in der definitiven Aufrechterhaltung der eingetretenen Rechtsfolgen. — Besonders hervorgehoben werden die tiefgreifenden Unterschiede zwischen dem Wertbewegungstypus und dem Parteizwecke der Wertbewegung, die von der herrschenden Dogmatik nicht genügend auseinandergehalten und beide nur unter dem Gesichtspunkt als „causa von Leistungsakten" betrachtet werden, während ihre Wirkungsgebiete viel umfassender sind. **d**) Kantorowicz, Methodenreform und Justizreform, DRZ. **11** 349—356. Die Freirechtsbewegung erstrebt eine Methodenreform, Abkehr von der Begriffsjurisprudenz, offene Anerkennung der Bedeutung des Gerechtigkeitsgefühls, Lückenausfüllung durch freies Recht, dessen bloß subsidiäre Geltung von Anfang an betont worden ist. Die Justizreformbewegung ist rechtspolitisch und will durch gesetzgeberische Maßnahmen die Stellung des Richters zum Gesetz im Sinne größerer richterlicher Freiheit umgestalten und zwar nach drei Richtungen: erstens Erweiterung der Sphäre freien Ermessens (im BGB. schon vielfach erreicht: „Treu und Glauben", „gute Sitten" usw.), zweitens Justizreform im engeren Sinne auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung (Schaffung tüchtiger Richterpersönlichkeiten), drittens auf dem Gebiete des Zivilprozesses (Kräftigung der Stellung des Richters nach österreichischem Vorbilde). **e**) Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie. Die Rechtssoziologie untersucht das soziale Leben auf seine Beziehung zu den Rechtsnormen und erforscht, welche Wirkungen im sozialen Leben das zu interpretierende Gesetz oder die Anwendung des Gesetzes hervorruft. Diese realistische Auffassung ist das Kennzeichen der freirechtlichen Bewegung, welche die Jurisprudenz aus einer Wortwissenschaft in eine Wertwissenschaft umwandeln will. Die Entscheidung darf nie contra legem erfolgen, bei Auslegung ex lege muß sich die dogmatische Jurisprudenz der Soziologie als ihrer vornehmsten Hilfswissenschaft bedienen. Auf dem 3. Gebiete, der Rechtsprechung sine lege, dem Gebiete des freien Rechtes sind die Rechtsnormen selber durch Zweckforschung zu ermitteln. Die Interessenwägung betrifft die Tatfrage und muß eine Abwägung der Interessen nicht untereinander (die zur Klassenjustiz führen würde), sondern an einer dritten Größe sein. Diese dritte außerhalb des konkreten Rechtsfalls belegene Größe ist ein Kulturwert, die Gesamtheit der

von einer bestimmten Rechtsordnung verfolgten Zwecke. Die Interessenwägung als soziologische Methode bedeutet also die Beurteilung der Interessen daraufhin, inwieweit die Förderung des einen oder des anderen den Zwecken der Rechtsordnung gemäß sei. — Die Jurisprudenz soll demnach nicht durch die Soziologie ersetzt werden. Beides sind selbständig nebeneinander bestehende und verschiedenartige Wissenschaften: Die Rechtssoziologie ist eine theoretisch-empirische Wissenschaft, bearbeitet die Wirklichkeit des sozialen Lebens mit Beziehung auf den Kulturwert des Rechtszwecks generalisierend. Die dogmatische Jurisprudenz verfährt nicht theoretisch (auf Werte beziehend), sondern wertet als Normenwissenschaft selbst. Lediglich das System der Rechtsdogmatik kann besonders aus pädagogischen Gründen soziologisch gestaltet werden. **f**) Kantorowicz, Die contra-legem-Fabel, DRZ. **11** 258—263. Von jeher ist für die freie Rechtsfindung und das freie Recht von niemandem andere als nur subsidiäre Geltung in Anspruch genommen worden. Die erstere hat ihre Stelle da, wo die bloße Auslegung an ihre Grenze gelangt ist; das letztere da, wo Lücken des Gesetzes auszufüllen sind. Ein „freies" Richtertum dagegen hat noch niemand verlangt. Die ganze Unterscheidung „gemäßigter" und „extremer" Freirechtler ist gegenstandslos. **g**) Berolzheimer, Die Gefahren einer Gefühlsjurisprudenz in der Gegenwart. Die Interessenjurisprudenz, als welche sich die Stampesche Freirechtsbewegung darstellt, die letzten Endes auf Jherings Zwecktheorie zurückführt, gibt einen verfehlten Maßstab mit der Abwägung des Unabwägbaren und setzt Vorteil und Nutzen an Stelle von Recht und Gerechtigkeit. Die freie Rechtsfindung ist stets Entscheidung contra legem, aber gemäß dem Rechte (dem „ungeschriebenen Gesetz") und nach einer außerhalb der positiven Rechtsordnung liegenden Quelle. Diese Quelle ist die Rechtsanschauung einer bestimmten Zeit in einem bestimmten Kulturkreise. Diese Anschauung erkennt man durch eine geschichtliche Klarstellung der Rechtsbegriffe, der Rechtsinstitute, der Rechtssätze, unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Entwickelung. Im Gegensatze zum Naturrecht ist heute die labile Natur des Rechtes, sein Entwickelungscharakter, seine Relativität erkannt. Ferner beschränkt sich das freie Recht heut im Gegensatze zu dem positiven Naturrechtssystem auf die Aufstellung prinzipieller Schranken, auf die Außerkraftstellung des Gesetzesrechts in Ausnahmefällen. Das Prinzip des freien Rechtes ist die Hegelsche Idee der Freiheit, d. h. die Ausschließung jeglicher Versklavung aus dem Rechte. Aus ihr folgt unmittelbar z. B. die rechtliche Unwirksamkeit der Trusts, soweit sie die Konkurrenz (den freien Handel) ausschalten, die Rechtswidrigkeit des Boykotts, die Ungültigkeit eines Arbeitsvertrags mit übermäßiger Arbeitszeit usw. — Vgl. hierzu Referat von Grimm, DRZ. **11** 482. **h**) Kiß, Billigkeit und Recht, ARechtsuWirtschPh. **3** 536—550. Sowohl die technischen Gesetzeslücken, bei denen es an den näheren abstrakten Regeln zur Entscheidung des vorhandenen Rechtsfalls fehlt, wie die unausgefüllten Rahmen des Gesetzestextes müssen durch Richterrecht ausgefüllt werden. Diese richterliche Ergänzungstätigkeit beruht auf dem Prinzipe der Billigkeit (aequitas). Diese Ergänzung durch den Richter erfolgt in jedem Falle auf der Grundlage einer gesetzesauslegenden Tätigkeit. So zerfallen die Rechtsregeln in a) allgemein bindende Gesetzesregeln und b) für den einzelnen Fall verbindliche Richter- oder Ergänzungsregeln. Die ersteren entsprechen dem strikt aufgefaßten „Rechte", die letzteren der „Billigkeit"; sie sind die ungeschriebenen Elemente des Rechtes. **i**) Kiß, Gesetzesauslegung und „ungeschriebenes" Recht, JheringsJ. **58** 413—486. Für eine exaktreale juristische Untersuchung kann es sich nur um die Erklärung der methodischen Möglichkeit einer rechtsschöpferischen Auslegungstätigkeit, um eine genaue Prüfung der ungeschriebenen Elemente des Rechtssystems handeln, nicht um die Grundsätze der rechtsschöpferischen Auslegung selbst. In einem dogmengeschichtlichen Überblicke der traditionellen Hermeneutik werden behandelt die römische interpretatio

(ius non scriptum, aequitas), die gemeinrechtlichen Theorien, insbesondere die Lehre von der Geschlossenheit des Gesetzes und die logische Auslegungsmethode, welche nicht erst von Montesquieu gelehrt, sondern schon von den Glossatoren geübt wurden, die Lückentheorie von Gény, die Freirechtsbewegung und die Lehren Bülows. Im Anschluß an letzteren beschreibt Kiß das Verfahren der Lückenausfüllung folgendermaßen: 1. die technischen Lücken, bei denen es an den näheren abstrakten Regeln fehlt, werden durch Richter- oder Rechtsprechungsrecht ausgefüllt, das im Gegensatze zu dem Gesetzesrechte nur für den einzelnen Fall gilt. Hinsichtlich der Quelle dieser Lückenausfüllung ist nur zu sagen, daß sie nie contra legem, sondern nur praeter legem vorgehen darf und in teleologischer Betrachtung, d. h. in der Untersuchung besteht, ob der erkennbare gesetzgeberische Grund der gegebenen Vorschriften sich auf den zu beurteilenden Fall erstreckt. „Wie dies zu ermitteln sei, welch praktischer Takt erforderlich und welche Grenzen demselben zur freien Betätigung gegeben seien: diese Fragen gehören bereits in das Gebiet der Auslegungskunst, die mit dem exakt-wissenschaftlichen Probleme der Rechtsquellen nichts zu tun hat" (468). 2. Die absichtlich unausgefüllten Rahmen, die gewollten Lücken (Hinweise auf andere Gesetze, richterliches Ermessen, Treu und Glauben, Verkehrssitte usw.) enthalten indirekten Gesetzesinhalt, der ebenfalls durch richterliche Ergänzungstätigkeit zur Geltung zu bringen ist. — Was als Gewohnheitsrecht bezeichnet wird, sind die ungeschriebenen Rechtssätze, welche die Ergebnisse der beiden Arten der Gesetzesauslegung sind. **k**) Fuchs, Holdheims MSchr. **11** 82—91. Der Kampf der Freirechtsbewegung gegen die herrschende Theorie ist ein Entlarvungskampf. Was die Freirechtslehre offen anerkannt wissen will, das tut die herrschende Methode schon immer geheim. **l**) Rundstein, ARechtsuWirtschPh. **5** 136—144. Der Schwerpunkt des methodologischen Streites liegt nicht in der zu Unrecht aufgebauschten Frage über die richterliche Befugnis zur selbständigen Umänderung der Gesetzesnormen, sondern auf dem Gebiete der ausbaufähigen Normen. Hier ist zu entscheiden: ob Rechtsfindung auf Grund von logischen Begriffsoperationen, also mit den Mitteln der traditionellen Hermeneutik, oder auf Grund von Bewertungen, Interessenabwägungen und Willensentscheidungen, also nach der freien Rechtsfindungsmethode? **m**) Crusen, R. **11** 549—557. In den deutschen Schutzgebieten ist die Stellung der Richter bereits jetzt eine viel freiere als im Mutterlande. **n**) Inhulsen (London), RheinZ. **3** 348—353. Die englische Rechtsfindung ist, wenngleich durch Aufnahme von Billigkeitsprinzipien verjüngt, noch weit von den Grundsätzen entfernt, welche das deutsche BGB. in §§ 133 und 157 aufgestellt hat, um eine freie Rechtsfindung zu ermöglichen. Dafür ist aber der englische Richter von keiner Rechtswissenschaft abhängig, und diese Freiheit, die Unabhängigkeit von der pandektologischen Begriffsjurisprudenz, fehlt dem deutschen Richter.

2. Die Gegner der Freirechtsbewegung. Der „Geist" des Gesetzes. **a**) Danz, DJZ. **11** 565—570. Es gibt zwei große Gruppen von Rechtssätzen: 1. die im BGB. enthaltenen und 2. diejenigen, die vom Richter gefunden und von ihm aufgestellt werden. Die richterlichen Rechtssätze hat der Richter nach dem Gesetze (§§ 157, 242 BGB.) aus den „Verkehrssitten" seines Volkes, aus dem Leben zu ziehen, sie gehen den nicht zwingenden Vorschriften des BGB. vor. **b**) Schneider, Abänderliches Recht und Verkehrssitte, Jherings J. **59** 383—392. 1. Unrichtig ist der allgemeine Satz von Danz, daß die Verkehrssitte nach Maßgabe der §§ 157, 242 dem abänderlichen Rechte vorgehe. 2. Um die wirkliche Bedeutung der Verkehrssitte zu erkennen, sind die §§ 157 und 242 genau zu prüfen und voneinander zu unterscheiden. § 242 schreibt ergänzend Rechte und Pflichten innerhalb der Grenzen des gesetzlich oder vertraglich gesetzten Rechtes vor, die aus diesem selbst — auch mit interpretatio extensiva — nicht abzuleiten

sind. § 157 lehrt dagegen, Vertrag (und Gesetz) nach Feststellung des Sinnes, nach vorgenommener Auslegung also auch auf den Streitfall anzuwenden, auf den dieser Sinn sich nicht erstreckt (interpretatio extensiva) oder nicht anzuwenden, obwohl er sich darauf erstreckt (interpretatio restrictiva). In beiden Fällen ist zu entscheiden nach Treu und Glauben, d. h. unter sorgfältiger Abwägung der jeweilig sich einander gegenüberstehenden Interessen, jedoch unter Rücksicht, aber auch nur unter Rücksicht auf die Verkehrssitte, die für diese Abwägung eine Leitregel, keinen gebundenen Weg, keinen Zwang gibt. Nun kann zwar der Fall der ausdehnenden Rechtsanwendung nach § 157 dem einer ergänzenden Rechtsanwendung nach § 242 nahekommen und es kann auch bei der interpretatio restrictiva nach § 157 das gesetzte Recht entsprechend einer Verkehrssitte berichtigt werden. Daß aber im übrigen und etwa ganz allgemein der Richter sich auf Grund einer Verkehrssitte über gesetztes Recht hinwegsetzen dürfe, wie Danz behauptet, ist im Gesetze nicht angeordnet. Für die Praxis ist allerdings zu beachten, daß regelmäßig beide Teile die Verkehrssitte kennen, und dann darf allerdings unbedenklich angenommen werden, daß sie Teil ihrer bewußten Entschließung sei und deshalb dem abänderlichen Rechtssatze vorgehe. **c)** Gmelin, Das Wesen des „Modernismus", BayRpflZ. **11** 453—455. Die Ziele des Modernismus — und im wesentlichen auch die des Vereins „Recht und Wirtschaft" — bestehen darin, die bisherige Jurisprudenz mit Hilfe der Psychologie zur Interessenjurisprudenz hinüberzuführen. Hierzu ist vor allem Kenntnis der Tatsachenwelt, der realen Werte, der Interessen, Charakterbildung und Ausbildung des Rechtsgefühls erforderlich. **d)** Zacharias, Über Persönlichkeit, Aufgaben und Ausbildung des Richters. Die Bedeutung des Rechtsgefühls ergibt sich aus folgendem: Nimmt der tüchtige Richter die Tatsachen des Einzelfalls hörend, fragend, forschend in sich auf, so funktionieren bei ihm Lebenserfahrung, formale Verstandesbildung und juristisches Wissen in unlösbarer Einheit. Als Folge des Wirkens dieser Faktoren stellt sich bei dem Richter, ohne daß er es ändern kann, wie aus elementarer Ursache, gleichzeitig schon ein Eindruck bezüglich der Rechtslage ein. In dem einen Punkte scheint ihm die eine Partei, in dem anderen die andere Partei Recht zu haben. Wir sprechen dann, da eine bewußte Rechtsanwendung nicht stattfindet, von einem „Rechtsempfinden" oder „Rechtsgefühl". Was wir als Rechtsempfinden bezeichnen, ist nichts anderes als ein summarisches Urteil, das nach erlangtem Überblick über die Totalität der Umstände des Falles, eventuell nach Beweisaufnahme, auf Grund der Lebenserfahrung des Richters und auf Grund jener vom Richter aus dem geltenden Rechte aufgenommenen Grundanschauungen ohne bewußte Überlegung der einzelnen in Betracht kommenden Gesetzesbestimmungen gewonnen ist. Dies Rechtsempfinden ist auch für die Urteilsfindung von sehr bedeutendem Werte. Das Rechtsempfinden des durchgebildeten Juristen ist immer ein Urteil aus dem „Geiste der Rechtsordnung" und damit ein höchst bedeutsamer Anhalt für die Entscheidung von Zweifeln bei der nachherigen Anwendung von Spezialvorschriften und bei der Erwägung, ob im Einzelfall eine analoge Rechtsanwendung geboten erscheine. Bei Nichtübereinstimmung des eigentlichen Urteils mit den Ergebnissen des ersten Versuchs wird der Richter zu einer gründlichen Revision der rechtlichen Erwägungen angetrieben. Hierin liegt die volle Rechtfertigung jener Methode des Urteilens mancher hervorragender erfahrener Richter, die darin besteht, daß sie bei der Erforschung des Tatbestandes die Tatsachen im Lichte ihrer Erfahrung frei auf sich wirken lassen und dann, beherrscht von ihrem Rechtsempfinden, dessen sie sich bewußt als eines Leitsterns bedienen, an das Detailstudium der besonderen in Betracht kommenden rechtlichen Fragen herantreten. **e)** Schneider, Die ursprünglichste Grundlage des richterlichen Urteils, das Rechtsgefühl, BuschsZ. **41** 297—329. Das Rechtsgefühl ist eine angeborene natürliche Gabe,

die aber durch Schulung weiterentwickelt werden kann. Es spielt seine bedeutsame Rolle bei der Ausübung des richterlichen Ermessens nach der Hauptregel in den §§ 157, 242 BGB., bei Auslegung des gesetzten Rechtes selbst und schließlich auch bei der Sammlung und Sichtung des Streitstoffs. f) von Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen. 1. Das Verhalten der öffentlichen Organe in Rechtsprechung und Verwaltung ist nicht notwendigerweise ausschließlich von Rechtsnormen beherrscht. Es kann vielmehr bestimmt sein a) durch Rechtsnormen (Rechtsanwendung), b) durch das Rechtsgefühl (Rechtsfindung), c) durch Zweckmäßigkeitserwägungen (freies Ermessen), d) durch das Belieben des handelnden öffentlichen Organs (Willkür). Die Willkür ist in der historischen Entwickelung nach und nach durch das freie Ermessen ersetzt worden. — Die Freirechtsbewegung — nicht zu verwechseln mit Bestrebungen, welche bloß auf Änderungen in der Methode der Rechtsanwendung gerichtet sind — zielt auf eine Ersetzung der Rechtsanwendung durch die Rechtsfindung ab (9). Ob und wieweit die Forderungen der Freirechtsschule berechtigt sind, untersucht von Laun nicht, er stellt lediglich fest, daß sie nur de lege ferenda von Bedeutung sind. Nach dem heutigen Stande der Gesetzgebungen ist, mit nur geringen Ausnahmen, wie die Beispiele Englands und der Schweiz zeigen, für die Betätigung des Rechtsgefühls kein Raum, wenn es sich auch praktisch nicht ganz verbannen läßt (Schwurgerichte). — 2. Das freie Ermessen ist das Gegenteil der gesetzlichen Gebundenheit. Der Staat verfolgt seine Zwecke auf zweierlei Art: a) Er setzt den Zweck oder das denselben verwirklichende Verhalten eines Staatsorgans durch eine Rechtsvorschrift fest, sei es durch ein Individualgesetz, eine Verfügung in Gesetzesform, sei es durch eine abstrakte Anordnung, eine Rechtsnorm. Diese gesetzliche Gebundenheit ist entweder strikte Gebundenheit, wenn es sich um strikt präzisierte Normen handelt, oder sie ist gebundenes Ermessen, wenn der individuellen Beurteilung durch das handelnde Organ ein Spielraum gelassen ist, so bei Ermittlung des Tatbestandes, der Verwertung von Erfahrungssätzen, der Auslegung der Rechtsnormen. Der Richter (oder Verwaltungsbeamte) hat hier ohne Rücksicht auf das, was er selbst für zweckmäßig, billig usw. hält, lediglich das zu vollziehen, was nach seinem besten Wissen und Gewissen der Gesetzgeber angeordnet hätte, wenn er den konstanten Fall statt durch eine abstrakte Norm, durch ein Individualgesetz geregelt hätte. Der Richter vollführt also lediglich den gesetzlichen Willen, er handelt im Geiste des Gesetzes, die Entscheidung ist stets theoretisch eindeutig bestimmt. Beispiele aus dem deutschen BGB.: §§ 315, 317, 319, 660, 745, 1246, 2048, 2156 („billiges Ermessen"), §§ 315 Abs. 3, 829, 971, 1361, 1579 („Billigkeit"). b) Oder der Staat überläßt es dem Organ, unbeeinflußt von Rechtsregeln im einzelnen Falle selbst zu bestimmen, welchen Zweck der Staat verfolgen soll, freies Ermessen. Das Organ hat nach seiner eigenen, wenn auch pflichtmäßigen Ansicht über das Beste und Zweckmäßigste im öffentlichen Interesse zu handeln. Dieses freie Ermessen ist zwar hauptsächlich ein Gebiet der Verwaltungsbehörden, jedoch üben auch die Gerichte freies Ermessen, so in der freiwilligen Gerichtsbarkeit (z. B. § 1308 BGB.), im Strafrechte, so nach Art. 1 Abs. 2 des Schweizer Zivilgesetzbuchs, welches dem Richter die Vollmacht erteilt, wenn dem Gesetzes- und Gewohnheitsrechte keine Vorschrift entnommen werden kann, nach der Regel zu entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde; der Richter hat also, wie der Gesetzgeber, selbst die Wahl, entweder nach seinem Rechtsgefühl oder nach seiner Ansicht über die Opportunität vorzugehen. Eine noch weitergehende Handhabung freien Ermessens wird in der englischen und amerikanischen Praxis geübt (77). — 3. Das freie Ermessen hat rechtliche Schranken, hier ist die französische Verwaltungsgerichtspraxis vorbildlich. Die Ermessungsüberschreitung ist unzulässig, wenn sie subjektiv — — vorsätzlich gegen das öffentliche Interesse verstößt oder — objektiv — verbotene

Zwecke verfolgt (182, 265). g) Schneider, Gesetz und Richteramt, DJZ. 11 1012—1017. Der Ausgangspunkt aller Erörterungen über die Stellung des Richters zum Gesetze muß der Gehorsam gegen das Gesetz sein. Für die weitere Frage, was als Inhalt des gesetzten Rechtes zu betrachten ist, ist aber zu beachten, daß das Gesetz nur gemeine Richtlinien gibt, die dem Richter anvertraute Vermittelung zwischen Gesetz und Rechtsverkehr gipfelt in den §§ 242 und 157. Es handelt sich dabei nicht nur um Auslegung, sondern um Anwendung des gesetzten Rechtes. h) Schneider, Die Unabhängigkeit des Richters bei der Rechtsanwendung, SeuffBl. 11 8—13. Es ist zu unterscheiden zwischen Rechtsauslegung und Rechtsanwendung. Die Auslegung hat die rein theoretisch-konstruktive Ermittelung des Sinnes des Gesetzes zum Gegenstande. Anwendung erfordert die weitere dem Prozeßrichter abliegende Prüfung, ob jener festgestellte Sinn auf die Umstände des Streitfalls paßt, wieweit er paßt und im übrigen durch richterliches Ermessen zu ergänzen ist, und was geschieht, wenn eine passende Norm nicht vorhanden oder nicht unmittelbar anwendbar ist. Hierbei ist dem Richter gemäß § 242 die Ergänzung und nach § 157 die Berichtigung des Gesetzes unter Berücksichtigung des geschulten Rechtsgefühls überlassen. i) Vierhaus, Über die Methode der Rechtsprechung. Schon heute führt die richtig verstandene und richtig geübte Methode der Rechtsprechung zu richtigen Resultaten. Die Kunst des Richters dabei ist nur die Auslegung des Gesetzes, d. h. die richtige Erfassung derjenigen Merkmale, bei deren Vorhandensein das Gesetz angewendet sein will, eventuell tritt die ergänzende, Lücken ausfüllende, Tätigkeit des Richters ein, geleitet von dem Gedanken, von dem Zwecke des Gesetzes, juris civilis supplendi und adjuvandi gratia, nicht aber corrigendi gratia. Soweit der Richter eine Rechtsnorm in Fortbildung des gesetzlichen Rechtsgedankens auf einen Fall anwendet, an den der Gesetzgeber nicht gedacht hat, tritt der Richter nicht dem Gesetze gegenüber, schafft er nicht neues Recht, sondern entwickelt er nur den Rechtsgedanken. Insoweit liegt also eine Tätigkeit corrigendi gratia gar nicht vor. Wohl aber ist dem Richter verwehrt, eine positive, unzweideutige Rechtsnorm unbeachtet zu lassen und ihr entgegen zu entscheiden. — Im übrigen ist mehr wie bisher Wert auf die richtige Tatbestandsfeststellung zu legen. k) Best, Freirecht, Laienrichter und Politik, R. 11 540—549, sieht den Unterschied zwischen der soziologischen und der herrschenden, auch von ihm gebilligten Rechtsmethode darin, daß nach letzterer auch dort, wo das Gesetz keine Vorschriften gibt, der Richter sich nicht selbst zum Gesetzgeber aufspielt, sondern mittels der Gesetzes- oder Rechtsanalogie im Geiste des positiven Rechtes, also unter dessen Herrschaft entscheidet. l) Zacharias, Gedanken eines Praktikers zur Frage des „Juristischen Modernismus", betont die Notwendigkeit der Beschäftigung der Richter mit dem rein Tatsächlichen. m) Baumgarten, Die Freirechtsbewegung, DRZ. 11 543—555. Die herrschende Methode ist ausreichend. Nur den lediglich auf praktische Reform gerichteten Bestrebungen und dem Hinweis auf die bedeutungsvolle Aufgabe des Richters, der in erster Reihe dem praktischen Leben zu dienen hat, ist Berechtigung nicht abzusprechen.

II. Das Schuldverhältnis. Begriff. Gegenstand. Arten.

Literatur: Breit, Die Willenserklärung als Äußerung und Leistungsgegenstand nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche, GruchotsBeitr. 55 1—31. — Krückmann, Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, 2. Beitrag, JheringsJ. 59 20—92. — Reichel, Unklagbare Ansprüche. Jena 1911 (Abdruck aus JheringsJ. 59 und 60). — von Schwerin, Schuld und Haftung im geltenden Rechte. München und Berlin 1911, Schweitzer.

1. Schuld und Haftung. a) von Schwerin, Schuld und Haftung. 1. Schuld ist Sollen, der Ausdruck dafür, daß durch eine Leistung zu rechter Zeit und am rechten Orte der dem objektiven Rechte entsprechende Zustand hergestellt und dieser Zustand rechtlich geschützt wird (der Gläubiger hat soluti retentionem). a) Das Sollen ist in erster Linie Bekommensollen, die Schud vor allem

Gläubigerschuld, der Schuldner kann fehlen. Gleichgültig ist, durch wen die Leistung verschafft wird. b) Das Sollen als Leistensollen dagegen liegt vor, wenn eine bestimmte Person zur Leistung designiert ist. 2. Dem Schuldbegriffe fehlt der Gedanke des Zwanges; hier tritt die Haftung als Einstehenmüssen ein, die dem Gläubiger Genugtuung wegen Nichterfüllung, nie die Leistung selbst, aber Ersatz für die Leistung gibt. Die Zugriffsmacht, die sie gibt, ist entweder a) Sachhaftung, die historisch ältere, oder b) Personenhaftung, die ursprünglich dem Gläubiger auch die Person selbst unterwarf, jetzt nur noch die Befugnis gibt, dem Schuldner Sachen wegzunehmen. Als beschränkte Haftung im technischen Sinne ist sie Haftung einer Person mit einem Sondervermögen. 3. Es gibt keine Haftung ohne Schuld, wohl aber Schuld ohne Haftung. 4. Der Unterschied ist auch im heutigen Rechte zu verwerten, wenn auch die Terminologie der Gesetze keinen Anhaltspunkt dafür gibt. a) § 267 BGB. b) In der Zwangsvollstreckung äußert sich die Realisierung der Haftung, indem sie dem Gläubiger eine Ersatzleistung gewährt. Wenn durch sie auch der Gläubiger häufig wirtschaftlich das erhält, was er bekommen soll, so ist dies rechtlich doch nur Ersatz, von Ausnahmen (§ 888 ZPO.) abgesehen. c) Schon vorher äußert sich die Haftung in einer die Befriedigung sichernden rechtlichen Gebundenheit des Haftungsobjekts. Hierauf beruht die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen inner- und außerhalb des Konkurses. d) Der typische Fall einer Sachhaftung, verbunden mit Personenhaftung, sind die Hypothek und das Mobiliarpfand. e) Fälle selbständiger (reiner) Sachhaftung ohne begleitende Personenhaftung sind Grundschuld, Rentenschuld und Reallast. Hier fehlt eine persönliche Haftung oder kann doch fehlen. Soweit sie vorhanden ist, wie in der Regel bei der Reallast, ist sie aber nur Haftung für ein Bekommensollen, dem ein Leistensollen nicht gegenübersteht. Von Gierke, der im Gegensatze hierzu eine dingliche Schuld des jeweiligen Eigentümers für begrifflich notwendig hält, übersieht, daß bei den genannten Instituten lediglich eine Gläubigerschuld (Bekommensollen) ohne Schuldner vorliegt. f) Bei der Personenhaftung ist es heute die Regel, daß der Schuldner auch persönlich haftet. Doch zeigt sich eine Trennung z. B. bei Haftung für künftige Schuld, beim Gesamtschuldverhältnisse, wo mehrere Haftungen für eine Schuld bestehen, in gewissem Maße auch bei der Bürgschaft. g) Trotz des prinzipiellen Zusammenhanges zwischen Schuld und Haftung, welch letztere wegen der Schuld da ist (vgl. z. B. § 1210), gibt es auch Schulden ohne Haftung. Dies sind die sog. natürlichen Verbindlichkeiten (Schulden aus Spiel, Wette, Differenzgeschäft, Ehemäklervertrag, verbotenem Börsentermingeschäfte — nicht aber bei der verjährten Forderung). Für den Gläubiger besteht ein Bekommensollen, aber er erhält bei Nichtzahlung keinen Ersatz, weil die Haftung, wenn auch nicht das Leistensollen fehlt. — Ebenso gibt es Schuld mit beschränkter Haftung, z. B. Erbenhaftung. 5. Für die systematische Verwertung des Unterschieds stellt von Schwerin folgendes — hier z. T. gekürztes — Schema des Allgemeinen Teiles des Obligationenrechts auf: 1. Abschnitt: Grundlagen der Obligation; § 1 Die Schuld (Begriff); § 2 Die Haftung (Begriff und Arten); § 3 Beziehungen von Schuld und Haftung. 2. Abschnitt: Die Schuld im besonderen. 1. Entstehung der Schuld: § 4 Aus Rechtsgeschäft; § 5 Aus Handlungen und Zuständen. 2. Inhalt der Schuld: §§ 6—8. 3. Untergang der Schuld: §§ 9—11. 3. Abschnitt: Die Haftung im besonderen. 1. Inhalt und Erscheinungsformen der Haftung. I. Personenhaftung: § 12 Die haftenden Personen (Haftung des Schuldners — Haftung Dritter [Bürgschaft]); § 13 Inhalt der Personenhaftung (Einsatz der Bewegungsfreiheit; Einsatz der Geschäftsfähigkeit [z. B. § 6 KO.]; Einsatz der Familienrechtsfähigkeit [z. B. §§ 1419, 1543, 1647]; Einsatz der Ehre [z. B. §§ 1784 Ziff. 3, 1886]; Einsatz der Rechtsfähigkeit [z. B. §§ 42 Abs. 1, 86 BGB., § 292 Ziff. 3 HGB.]; Einsatz der

Vermögensrechtsfähigkeit — unbeschränkte Haftung, beschränkte Haftung). II. Sachhaftung: § 14 Die Haftungsgegenstände (Sachen — Rechte); § 15 Inhalt der Sachhaftung (vor Fälligkeit der Schuld Gebundenheit — dann Zugriffsmacht des Gläubigers — oder Zurückbehaltungsrecht); § 16 Erscheinungsformen der Sachhaftung: A. Akzessorische Sachhaftungen: Hypothek, Mobiliarpfand; B. Selbständige Sachhaftungen: Grundschuld (Rentenschuld), Reallast, Sonstige Fälle (z. B. Pfandleihe). III. Veränderung und Wechsel der Haftungen. 2. Entstehung der Haftung: § 17 Die Haftung als Begleiterscheinung der Schuld (Regel des § 241 — Ausnahme: Schulden ohne Haftung [natürliche Verbindlichkeiten]); § 18 Haftungsbegründung durch Sondergeschäft (Erörterung der Entstehungsformen der Haftung von Nichtschuldnern und von Sachen).

b) Krückmann, JheringsJ. **59** 20—92 (vgl. §§ 275, 276), setzt seine Ausführungen (JDR. **9** § 275 Nr. 1 a) fort und stellt folgende Sätze auf: Wenn man von einem Unterschiede zwischen Schuld und Haftung spricht, so ist die Haftung außerhalb der Schuld gemeint. Die Haftung dient zur Ersetzung der Leistung. Durchsetzung der Leistung ist die Zwangsvollstreckung. Auch abgenötigte Erfüllung ist wirkliche Erfüllung. Zu unterscheiden sind „die Haftung auf" = Selbsthaftung und „die Haftung für" = bloße Einständerschaft. Der Schuldner haftet auf Leistung, aber für Nichtleistung. Erfüllungswirkung einer Leistung ist auch dort möglich, wo Haftung auch nicht möglich ist. Befriedigung ist möglich, ohne daß das Recht durch sie untergeht (Bürgschaft). Der Schuldner schuldet seine eigene Handlung (leisten sollen). Er haftet jedoch auf seine eigene Handlung oder aber auf die gleichwertige Handlung eines Dritten. Haftung außerhalb der Schuld ist Sachhaftung, Realhaftung (Pfand-, Hypotheken-, Grund-, Reallast-, Seerechtsschuldner, beschränkt haftender Erbe, Haftung des Mannes mit dem Eingebrachten). Die Haftung außerhalb der Schuld gibt ein bevorzugtes Befriedigungsrecht in gewisse Vermögensgegenstände. Zwischen Haftung in der Schuld und Haftung außerhalb der Schuld besteht, wie Krückmann 92 zusammenfassend sagt, jedoch nur ein sehr relativer Gegensatz. Jede Haftung außerhalb der Schuld kann umgedacht werden in eine Haftung in der Schuld. Nur muß man entsprechend auch den Inhalt der Schuld umformulieren. Wert hat nur die Scheidung zwischen persönlicher Haftung und Realhaftung, zumal in ihr das eigentlich Wertvolle der Realhaftung, das Vollstreckungsvorrecht zum Vorschein kommt. Es wäre ein Unglück, jedenfalls eine unnötige Belastung unserer Wissenschaft, wenn versucht werden sollte, aus der Haftung außerhalb der Schuld etwas wissenschaftlich und praktisch Beachtliches herauszupressen. Darum wird dieser Ausdruck am besten vermieden. Ganz anders steht es mit „haften auf" und „haften für". Diese Scheidung unserer Sprachlogik kann nicht genau genug beachtet werden. Sie wird jedenfalls die Darstellung vereinfachen und das Verständnis erleichtern.

2. Zum Begriffe der Leistung. **a)** Haupt- und Nebenleistung s. § 305 Nr. II 2. **b)** Abwandelungen des Erfüllungsvollzugs als selbständige Leistung? S. hierüber § 305 Nr. II 3. **c)** Vorbereitungshandlungen zur Leistung s. § 305 Nr. II 4.

3. Die Willenserklärung als Leistungsgegenstand. Breit, GruchotsBeitr. **55** 1—31. Die Vornahme von Handlungen jeder Art ist möglicher, positiver Leistungsgegenstand. Hierunter fallen auch die sog. Rechtshandlungen und — sofern man sie nicht schon dazu zählt — die Willenserklärungen. Beispiele im heutigen Rechte: § 894 ZPO., §§ 263, 375 BGB. und andere, insbesondere die Vorverträge auch zu Konsentualverträgen (vgl. § 305 Nr. I). Vgl. auch § 269 Nr. II.

4. Unklagbare Ansprüche. *Reichel, Unklagb. Anspr. 1 ff. Nicht jeder Anspruch ist klagbar. Unklagbarkeit eines Anspruchs kann beruhen auf Gesetz (Beispiel: §§ 1394, 1001 BGB., §§ 52, 54 ff. BörsG. 1908), einstweiliger Verfügung

oder Rechtsgeschäft. Prozessuale Behandlung solcher Ansprüche 78 ff.: Abweisung **ab instantia.**

§ 241. Literatur: Rosenthal, Die Beweislast für die Wiederholungsgefahr bei der Unterlassungsklage, LeipzZ. **11** 888—894.

1. Unterlassungsklage. **a)** Aus einem vertragsmäßigen Konkurrenzverbote s. § 611 Nr. III 1 **a. b)** Wiederholungsgefahr. **RG.** VI. SeuffBl. **11** 663, BayRpflZ. **11** 261. Es genügt nicht, daß die Möglichkeit einer Wiederholung festgestellt wird, erforderlich ist eine auf Tatsachen sich gründende Wahrscheinlichkeit der Wiederholung. Aus dem Umstande, daß der Beklagte im Prozeß es unternommen hat, den Wahrheitsbeweis für die fragliche Beschuldigung zu führen, folgt noch nicht, daß zu befürchten sei, er werde sie außerhalb des Prozesses wiederholen. **c) RG.** VI. SeuffBl. **11** 663, BayRpflZ. **11** 261. Die Frage, ob die Unterlassungsklage für den Fall einer lediglich ehrenkränkenden üblen Nachrede (§ 186 StGB.) zulässig ist, wird in Zweifel gezogen, aber nicht entschieden.

2. Beweislast bei der Unterlassungsklage. **a)** *Rosenthal, LeipzZ. **11** 888—894. Die Voraussetzung derselben ist stets die Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen, sei die Klage erhoben auf Grund des BGB. oder auf Grund des UnlWG., WarenZG. usw. (Rosenthal 889; Komm. z. UnlWG. [3] 48). Die Beweislast hat der auf Unterlassung Verklagte insofern, als er dartun muß, daß er zur Fortsetzung seines Verhaltens berechtigt ist (**RG. 61** 370). Bei Unterlassungsklagen wegen kreditgefährdender Äußerungen hat also der Beklagte (trotz der umgekehrten Beweisregelung im § 824 BGB.) die Beweislast bezüglich der Wahrheit seiner Behauptungen. Die Beweislast für die Wiederholungsgefahr trifft bei allen Unterlassungsklagen den Kläger; denn er hat nicht nur die Tatsachen zu beweisen, die zur Entstehung des Anspruchs notwendig sind, sondern auch die Rechtsschutzvoraussetzungen. Aber die Frage der Beweislast wird für die Wiederholungsgefahr in besonders hohem Grade durch die Frage der Beweisführung modifiziert. Bei der Frage der Beweisführung ist, während die Beweislast ein für allemal feststeht, mithin eine „Verschiebung" nicht in Betracht kommen kann, auf die Wahrscheinlichkeit und Billigkeit in weitem Maße Rücksicht zu nehmen und der besonderen Lage des Einzelfalls, der konkreten Prozeßlage, Rechnung zu tragen. Die Beweislast für die Wiederholungsgefahr ist hiernach praktisch so zu behandeln, daß der Beweis regelmäßig auf Grund der Umstände als geführt anzusehen ist und es dem Beklagten auf Grund der ihn treffenden konkreten Wiederlegungspflicht obliegt, gegenbeweislich darzutun, daß eine Wiederholung ausgeschlossen sei (Rosenthal 890; vgl. JW. **08** 257, 647, und die Entgegnung Stölzels, JW. **08** 393; vgl. auch Rosenthal, Komm. z. UnlWG. [3] 47 ff.). Entfällt die Wiederholungsgefahr im Laufe des Prozesses, so muß der Kläger den Anspruch für erledigt erklären und ein Urteil in die Kosten erbitten (891). **b) RG.** II. GruchotsBeitr. **55** 85, JW. **10** 937 Nr. 10, LeipzZ. **11** 154 Nr. 5, ElsLothJZ. **11** 167 Nr. 9. Der Satz: wenn sich an die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit eine ungünstige Folge für den Verpflichteten knüpfe, so müsse er die Erfüllung dartun, gilt nur bei den auf ein positives Tun gerichteten Ansprüchen. Bei den Unterlassungsverbindlichkeiten gilt der Satz nicht; ➳ bei ihnen hat also der Gläubiger die Zuwiderhandlung zu beweisen. Red. ⇠

§ 242. Literatur: Hoeniger, Arglistig herbeigeführte Formnichtigkeit, DNotV. **9** 673—688. — Hoeniger, Einrede der Arglist gegen Formnichtigkeit, DNotV. **10** 907—909. — Josef, Arglistige Herbeiführung der Formnichtigkeit, ABürgR. **36** 60—70. — Reichel, Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte, ACivPr. **104** 1—150.

I. Über Treu und Glauben und Verkehrssitte siehe oben §§ 241 ff. Nr. I, insbes. Nr. I 2 **a, b.**

II. Exceptio doli im allgemeinen. 1. RG. II. **76** 150, R. **11** Nr. 2306, 2313. Als ein Fall der exceptio doli, d. i. der Einrede, daß ein Verstoß wider Treu und Glauben vorliege, welchen das BGB. allgemein zuläßt, kann die Berufung auf die verhältnismäßige Geringfügigkeit der Leistung unter Umständen auch in anderen Fällen, als bei dem Zurückbehaltungsrecht, und so namentlich gegen die Rechte aus § 326 geltend gemacht werden (vgl. § 326 Nr. VIII 2). Ausdrücklich gebilligt vom BGB. ist der allgemeine Rechtsgedanke, daß wegen geringfügiger Vertragsverletzungen nicht schon der ganze Vertrag umgestoßen werden dürfe, beim Kaufe in §§ 459 Abs. 1 Satz 2, 468 Satz 2, bei der Miete im § 542 Abs. 2, beim Dienstvertrag im § 616, beim Werkvertrag im § 634 Abs. 3, beim Rücktritt im § 351; vgl. ferner **RG.** JW. **05** 488 Nr. 8, **53** 161, **57** 105, **50** 140.

2. **RG.** III. WarnE. **11** 72 Nr. 67. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegt nicht darin, daß eine Partei von einer Befugnis, die ihr eine bestimmte Sach- und Rechtslage nach dem Gesetze gewährt, auch zur Förderung ihrer sonstigen geschäftlichen Interessen Gebrauch macht.

3. Arglistige Herbeiführung der Formnichtigkeit (vgl. JDR. **7** Nr. 3 b und JDR. **8** § 125 Nr. 2). a) Reichel, AcivPr. **104** 1—150 (46/47). Die Arglist eines Kontrahenten kann, wenn der Kontrakt selbst nichtig ist, diesen nicht zu Bestand bringen; eine Vertragshaftung läßt sich auf bloße Arglist nicht gründen. Nur eine actio doli kann sie erzeugen; der Tenor dieser actio aber geht, wie derjenige jeder Deliktsklage, nicht auf Erfüllung einer Zusage, sondern auf Ersatz erlittenen Schadens. Dieser Schaden steht mit der Zusage nur insofern im Zusammenhang, als er dem Verletzten erwachsen ist vermöge seines Vertrauens auf die Richtigkeit und Verbindlichkeit der Zusage (Ersatz des negativen Vertragsinteresses). b) Hoeniger DNotV. **9** 673—688. Mit dem **RG.** III. 15. 11. 07, SeuffA. **63** 349 DNotV. **9** 74 und gegen Reichel (s. oben a) gilt der Satz: Gegen denjenigen, der durch Delikt die Formungültigkeit eines Geschäfts herbeigeführt hat, muß der Inhalt dieses Geschäfts irgendwie zu Bestand gebracht werden. Gegen das **RG.** aber und mit Reichel wird angenommen werden müssen, daß allerdings durch das bloße Vorbringen der Tatsache des deliktischen Verhaltens eines der Kontrahenten das formnichtige Geschäft allein nicht zur Formgültigkeit oder auch nur zur beschränkten Wirksamkeit dem unrecht Handelnden gegenüber gebracht werden kann. Gegen Formnichtigkeit ist nur anzukämpfen, wenn ihre Herbeiführung durch die eine Partei den vollen Tatbestand eines zivilrechtlichen Delikts ausmacht. Dieses Delikt muß vollendet sein, ehe es zum Prozesse kommt und ehe sich die Partei auf die Formvorschrift beruft. Das Berufen auf die Formvorschrift ist niemals Teil des Delikts. Der Einwand der Arglist kann aber das formnichtige Geschäft niemals zu Bestand bringen, es muß vielmehr auf Grund des Delikts nach § 249 auf nachträglichen Abschluß des formgültigen Geschäfts geklagt werden. c) **RG.** II. 7. 1. 10. **72** 342, JW. **10** 146 Nr. 5. Derjenige, der einen formwidrigen Vertrag abschließt, muß sich die Geltendmachung dieser Nichtigkeit gefallen lassen. Der Vertragsgegner, der sich auf die Nichtigkeit beruft, macht lediglich von seinem Rechte Gebrauch; wenn er das tut, verstößt er nicht gegen Treu und Glauben. Hierzu d) Hoeniger, DNotV. **10** 907—909, der den Gegensatz dieser Entscheidung zu **RG.** III 15. 11. 07 (oben b) feststellt. e) Josef, ABürgR. **36** 60—70. Hat ein Beteiligter die vom anderen verlangte Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form abgelehnt und beruhigt sich der andere hierbei, so stellt sich dieses ihr Verhalten dar als eine Vereinbarung, daß die gesetzliche Form versäumt, die Erfüllung also dem Belieben des die Beobachtung der Form verweigernden Beteiligten überlassen bleiben solle. Daher kann sich dieser, wenn er demnächst auf Erfüllung belangt wird, auf den Mangel der ge-

setzlichen Form berufen, ohne sich hierdurch dem Einwande der Arglist auszusetzen. Hat der eine Teil die Formnichtigkeit durch eine unerlaubte Handlung, insbesondere durch eine arglistige Täuschung des anderen herbeigeführt, so hat jener nach § 249 den Zustand vor der Täuschung wiederherzustellen, d. h. dem anderen das Vertrauensinteresse zu ersetzen. Der andere kann aber nicht die nachträgliche Abgabe einer formgültigen Erklärung und deren Erfüllung verlangen (aM. Hoeniger). Der Schadensersatzanspruch steht dem anderen zu, auch wenn seine Unkenntnis von der Formnichtigkeit auf eigener Fahrlässigkeit beruht. § 254 ist nicht anwendbar. Zur Begründung des Schadensersatzanspruchs muß der Kläger beweisen, daß Beklagter sich der Formnichtigkeit bewußt war. Hat der Beklagte dem Kläger ausdrücklich die Formgültigkeit der abgegebenen Erklärung versichert, so mußte der Beklagte aber weiter die Möglichkeit, daß seine Ansicht unrichtig sei, in Erwägung ziehen und weiter, daß sie hiernach einen schädlichen Erfolg für den Kläger haben kann. Ein solcher Eventualdolus kann je nach der Sachlage zur Anwendung des § 826 genügen.

III. Einzelfälle. 1. Ordnungsmäßige Vertragserfüllung. OLG. **22** 180 (KG.). Die klagende Witwe hatte den Geschwistern ihres verstorbenen Mannes gestattet, ihm den üblichen Denkstein auf seinem Grabe setzen zu lassen, in der Inschrift hatten sie aber nur sich selbst als Hinterbliebene aufgeführt und die Witwe und das Kind des Verstorbenen mit Stillschweigen übergangen. Die Klage auf entsprechende Abänderung des Grabsteins, so daß die Witwe und das Kind auch Erwähnung finden oder, nach Wahl, auf Entfernung des Steines, ist begründet. Wenn Hinterbliebene auf dem Denkmal überhaupt erwähnt wurden, so müssen dabei der Sitte gemäß in erster Reihe Witwe und Kind Erwähnung finden. Die Klage ist deshalb unter dem Gesichtspunkt ordnungsmäßiger Vertragserfüllung berechtigt.

2. Keine Verpflichtung nach Treu und Glauben zur Beseitigung der der Vertragserfüllung entgegenstehenden bedeutenden Hindernisse, vgl. § 325 Nr. 3.

3. Unbegründete Ablehnung der Leistung als „verfrüht" OLG. **22** 181 (KG.). Eine Sendung von 500 Flaschen Sekt, zur Lieferung per 30. Dezember bestellt, wurde bereits am 29. Dezember geliefert und deshalb als „verfrüht" abgelehnt. Die Ablehnung war unbegründet, denn als sorgfältiger Kaufmann mußte der Lieferant, um eine Verspätung unter allen Umständen zu vermeiden, die Ware so rechtzeitig absenden, daß er auch bei Berücksichtigung der in der Weihnachtszeit häufigen Verzögerung des Frachtverkehrs auf rechtzeitiges Eintreffen rechnen konnte. Das um einen Tag verfrühte Eintreffen muß der Abnehmer nach Treu und Glauben in Kauf nehmen.

4. Verpflichtung zur Lieferung „konkurrenzfähiger Ware". **RG.** III. LeipzZ. **11** 389. Der Verkäufer, der sich vertraglich verpflichtet hat, die Preise zu so stellen, daß der Käufer jederzeit konkurrenzfähig sei, muß nicht die billigsten Preise berechnen, zu denen irgendeine Konkurrenzfirma liefert, sondern kann die Preise und Bedingungen verlangen, welche in einer von dem Verkäufer mit anderen Firmen abgeschlossenen Konvention festgesetzt sind.

5. **RG.** II. **76** 150, R. **11** Nr. 2315. Das RG. läßt dahingestellt, ob in der Geltendmachung des Rücktrittsrechts allein um deswillen ein Verstoß gegen Treu und Glauben gefunden werden kann, weil der Beweggrund, aus dem der Rücktritt erfolgt, sittlich zu mißbilligen ist. Wenn ein Vertrag infolge der steigenden Preise für den Verkäufer lästig wird, so braucht in dem Bestreben, diese lästige Verpflichtung von sich abzuschütteln, ebensowenig ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu liegen, wie ein solcher Verstoß andererseits auch in dem Festhalten des Käufers am Vertrage trotz der Kenntnis von der schädigenden Wirkung für den Verkäufer nicht immer notwendig gefunden werden kann.

6. Mitwirkungspflicht des Mieters bei Beseitigung eines Mangels. **RG.** III. JW. **11** 359 Nr. 5. Der Mieter ist nach Treu und Glauben verpflichtet, den Vermieter in denjenigen Fällen, in denen die Beseitigung eines während der Mietzeit entstandenen Mangels nicht ohne eine gewisse mit erheblichen Belästigungen oder Aufwendungen nicht verbundene Mitwirkung des Mieters ausführbar ist, in seinen in der Hauptsache ihm, dem Vermieter, obliegenden Bemühungen zur Hebung des Mangels zu unterstützen. Der Mieter verliert sein Kündigungsrecht aus § 542, wenn er durch sein Verschulden verhindert, daß die Maßnahmen des Vermieters zur Beseitigung des Mangels Erfolg haben.

7. **RG.** III. 23. 6. 11, JW. **11** 757 (Hamburg). Ob der Dienstberechtigte Vorrichtungen und Gerätschaften zu beschaffen hat, richtet sich nach § 242; vgl. § 618 Nr. 2.

8. **RG.** I. JW. **11** 975 Nr. 5. Die Gläubigerin hatte dem Schuldner A. versprochen, ihn erst nach Regulierung des Nachlasses des Schuldners B. in Anspruch zu nehmen. Das RG. verneint, daß die besonderen Umstände des Falles nach Treu und Glauben die Auslegung gebieten, daß der Zwang, sich zunächst an den Nachlaß des B. halten zu müssen, mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses aufhören sollte. Die Konstruktion des BerG., daß A. eine bürgschaftsähnliche Haftung übernommen habe und sich deshalb gemäß § 773 Nr. 3 nach Eröffnung des Konkurses auf die Einrede der Vorausklage nicht mehr berufen könne, wird nicht gebilligt.

§ 243. Literatur: Havenstein, Die Gattung, GruchotsBeitr. **55** 449—471 — Langheineken, Vertretbare und Gattungssachen — Mengesachen und Stücksachen, BayRpflZ. **11** 149—153, 176—181.

1. *Havenstein, GruchotsBeitr. **55** 449—471. Eine Gattung ist die durch einen konkreten Gemeinnamen ausgedrückte unbestimmte Anzahl von Individuen. Ein konkreter Gemeinname ist ein mitbezeichnender Name; seine Bedeutung besteht darin, daß er Attribute mitbezeichnet, die nicht von einem einzigen bestimmten Individuum ausschließlich ausgesagt werden können oder ausgesagt werden sollen. Einer Gattung gehören alle Gegenstände an, welche die von einem solchen Gemeinnamen mitbezeichneten Attribute besitzen. Die Attribute werden in drei Rubriken gebracht: Qualität, Quantität und Relation. Da die Relationen zu den Attributen gehören, kann ein Gemeinname dadurch gebildet werden, daß eine Beziehung zu irgendeinem Gegenstande durch ihn komotativ ausgedrückt wird. Alle durch diesen Gemeinnamen benannten Dinge bilden eine Gattung. Daher ist auch die sog. gemischt-generische Obligation reine Gattungsschuld, auf welche die §§ 243 und 480 BGB. ohne Schwierigkeit anzuwenden sind.

2. Langheineken, BayRpflZ. **11** 149—153, 176—181. Gattungssachen sind die der Gattung nach, d. h. durch gewisse einheitliche Merkmale bezeichneten Sachen, die entweder Mengesachen sind, d. h. mittels benannter Zahlen nach einer Maß-, Gewichts- oder Münzeinheit bestimmt werden oder als Stücksachen mittels unbenannter Zahlen, d. h. nach Stücken bestimmt werden. Im Einzelfalle können Sachen, die sonst als Mengesachen bestimmt werden, als Stücksachen oder sogar als individuell bestimmte Sachen auftreten und ebenso Sachen, die sonst als Stücksachen bestimmt werden, als individuell bestimmte Sachen. Die Definition des Begriffs „vertretbare Sachen" im § 91 ist ungenau und doppeldeutig. Der Ausdruck „vertretbare Sachen" wird sowohl im BGB. wie im HGB. und in der ZPO. bald im Sinne von Mengesachen (also entgegen § 91 mit Ausschluß der Stücksachen), bald im Sinne von Gattungssachen (also mit Einschluß der Stücksachen) verwendet. Die engere Bedeutung dürfte jenem Ausdrucke beizulegen sein in §§ 473, 607, 700, 783 BGB., in §§ 363, 419 HGB. und in §§ 592, 688, 794 ZPO. Die weitere Bedeutung scheint er anzunehmen in §§ 651, 706 BGB., in §§ 381, 406 HGB. und im § 884 ZPO.

§ 244. Lotz, Besprechung von H. Helfferich, „Das Geld" (2), BankA. **11** 53. Bendixen, Fünf Jahre Geldtheorie, BankA. **10** 145—148.

§ 246. Literatur: Eberhard, Zinsen, GruchotsBeitr. **55** 472 ff., **56** 30 ff.

1. *Eberhard. a) Zinsen können vom nationalökonomischen wie vom juristischen Standpunkt aus definiert werden. Der juristische Begriff der Zinsen setzt sich aus folgenden Elementen zusammen: 1. Die Zinsen sind unmittelbare Früchte eines Rechtes, und zwar 2. Früchte einer Forderung auf Leistung einer Summe Geldes oder anderer vertretbarer Sachen. 3. Diese Früchte bestehen ihrerseits wieder in Forderungen auf Zahlung von Geld oder Leistung anderer vertretbarer Sachen, bzw. nach der Erfüllung dieser neu entstandenen Forderungen in Geld oder anderen vertretbaren Sachen. 4. Die Zinsen werden nach Bruchteilen des auf die Hauptforderung geschuldeten Kapitals berechnet, mögen sie auch tatsächlich im Einzelfalle in einer festen Summe ausgedrückt werden. 5. Sie sind in ihrem Bestand und in ihrem Umfange von dem Ablaufe der Zeit abhängig, indem sie mit dem zeitlichen Ausstehen des auf die Hauptforderung geschuldeten Kapitals entstehen und pro rata temporis anwachsen, bzw. nach erfolgter Leistung eines bis zu einem bestimmten Zeitpunkt anwachsenden Zinsbetrags neu entstehen. 6. Sie sind zu leisten als Vergütung dafür, daß der Schuldner seinerseits seine Vermögensaktiva trotz der Belastung seines Vermögens mit der Schuld ungeschmälert nutzt oder de jure zu nutzen vermag, und daß der Gläubiger in der Zeit bis zur Erbringung der Leistung seinerseits die unmittelbare Nutzung bzw. die rechtliche Möglichkeit der unmittelbaren Nutzung des ihm vom Schuldner zu leistenden Kapitalbetrags entbehrt.

b) Unter diesen Begriff fallen auch die gesetzlichen Zinsen, soweit es sich überhaupt um Zinsen im Rechtssinne handelt, insbesondere die Verzugs- und Prozeßzinsen und die Zinsen aus §§ 256, 849 BGB. — Von diesen Zinsen im eigentlichen Sinne — den Kreditzinsen — sind andere Arten von Vermögensgegenständen zu unterscheiden, die auch wohl Zinsen genannt werden und volkswirtschaftlich auch vielleicht Zinsen oder wenigstens Einkommen sind, aber nicht dem Rechtsbegriffe der Zinsen unterfallen (vgl. z. B. Art. 106 HGB. alt). Hierher gehören insbesondere die Ersatzzinsen. Hierunter ist eine Forderung auf Leistung einer Summe Geldes oder anderer vertretbarer Sachen zu verstehen, deren Betrag nach den Grundsätzen der Zinsrechnung berechnet wird und die ein Schuldner zu leisten hat, weil er aus irgendeinem Grunde seinem Gläubiger Ersatz in der Form der Naturalrestitution, der Äquivalentleistung oder der Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung schuldet. Hierunter fallen die usurae perceptae, percipiendae und fictae (bez. letzterer vgl. z. B. §§ 668, 698, 1834 BGB). Nach erfolgter Ersatzleistung unterfallen diesem Begriffe die als Ersatz geleisteten vertretbaren Sachen. (In wesentlichen Punkten abweichend: Petrazycki, Die Lehre vom Einkommen.)

c) Zinsenforderungen als Rechte. Insbesondere Entstehung der Zinsenforderungen, ihr Erwerb (durch Separation), Wirkung der Abtretung und Verpfändung der Hauptforderung auf die Zinsenforderungen, Abtretung der Zinsenforderungen als solcher, insbesondere der künftigen, akzessorische Natur der Zinsenforderungen im Verhältnisse zur Hauptforderung (GruchotsBeitr. **56** 30 ff.).

2. **RG.** VI. JDR. **9** jetzt auch GruchotsBeitr. **55** 375, BayRpflZ. **11** 24, R. **11** Nr. 20 und 21.

§ 248. Siehe Hörle zu § 134.

§ 249. Literatur: Cohn, Schadensersatz wegen Betrugs beim Kaufe, JW. **11** 137—140. — Hagen, Arglistige Täuschung und Schadensersatz, JW. **11** 348—349. — Kohler, Vertragsanfechtung und Schadensersatzanspruch, RheinZ. **3** 210—217. — Oertmann, Vorteilsausgleichung nach bürgerlichem Rechte, SeuffBl. **11** 779—791.

I. Schaden und Schadensersatz. 1. Begriff des Schadens. a) Schadensersatzanspruch des Hypothekengläubigers aus rechtswidriger

Entfernung wesentlicher Bestandteile oder Zubehörstücke des Grundstücks. Berechnung: α. RG. VI. JDR. **9** Nr. 1 b jetzt auch GruchotsBeitr. **55** 664, BayRpflZ. **11** 23. β. RG. V. GruchotsBeitr. **55** 974 (977) Nr. 4, WarnE. **11** 304. Verlangt der ausgefallene Hypothekengläubiger Schadensersatz, weil ein Zubehörstück widerrechtlich vom Grundstück entfernt worden ist, so ist anzunehmen, daß mit dem Zubehörstück ein höherer Erlös erzielt worden wäre, als ohne dies Stück, und daß um diesen Unterschied im Erlöse der Ausfall des Gläubigers verringert worden wäre. Es wäre Sache des Beklagten gewesen, Gründe dafür anzugeben und zu beweisen, daß dieser Erfolg nicht eingetreten sein würde, wie z. B. im Falle einer Schadensausgleichung bei dem Erstehen eines Grundstücks unter dem wahren Werte (RG. JDR. **9** Nr. 1 a). **b)** RG. V R. **11** Nr. 2815. Hat ein Grundstück infolge eines Bergbaubetriebs zeitweise die Eigenschaft als Bauland verloren, so ist eine Ersatzpflicht begründet, ohne daß nachgewiesen werden müßte, daß der Eigentümer von der Möglichkeit einer Bebauung des Grundstücks in der gedachten Zeit Gebrauch gemacht haben würde.

2. Ersatz eigenen oder fremden Schadens. a) Schadensersatz durch Fortfall von Diensten der Ehefrau. RG. III. **77** 99, JW. **11** 1014. Der Mieter, dessen Ehefrau infolge einer durch einen Mangel der Mietsache verursachten Körperverletzung in seinem Erwerbsgeschäfte keine Dienste mehr leisten kann, kann den ihm durch den Ausfall dieser Dienste erwachsenen Schaden als eigenen Schaden gegen den Vermieter geltend machen. Denn er macht hiermit nicht den seiner Ehefrau erwachsenen Schaden, sondern den Schaden geltend, der unmittelbar in seiner Vermögenslage durch den Ausfall ihrer Dienste entstanden ist, die ihm vor dem schädigenden Ereignisse geleistet wurden, infolge desselben aber nicht mehr geleistet werden konnten, so daß er Aufwendungen zu machen hatte. **b)** Ersatzanspruch des Beauftragten, der für fremde Rechnung, aber im eigenen Namen kontrahiert hat. RG. III. HansGZ. **11** Beibl. 84; vgl. bereits kurz JDR. **9** Nr. 2 b β. Es ist allerdings anerkannten Rechtens, daß der Beauftragte, der für fremde Rechnung, aber im eigenen Namen einen Vertrag geschlossen hat, beim Bruche des Vertrags durch seinen Vertragsgegner von diesem Ersatz des vollen Schadens, nicht nur des ihm, sondern auch des dem Vertretenen erwachsenden Schadens beanspruchen kann (RG. **12** 112, **27** 126, **40** 174 und 189, **58** 42, **62** 334 f.). Dieser Satz erleidet aber eine Einschränkung, wenn der Vertreter den Vertretenen nicht schadlos gehalten hat und nicht schadlos zu halten braucht, die Ersatzleistung also lediglich eine Bereicherung des Vertreters bilden würde.

3. Schadensersatz. Grundzüge des § 249. RG. I. JDR. **8** Nr. **1 a α** jetzt auch HansGZ. **11** Hptbl. 1 (4 f.).

4. Naturalrestitution. a) RG. V. **76** 146, SeuffA. **66** 438, R. **11** Nr. 2307. Herstellung des früheren Zustandes im Sinne der §§ 249, 250, 251 bedeutet nicht völlige äußerliche (physische) Gleichartigkeit der Sache vor Schadenszufügung und nach Verbesserung. Vielmehr genügt es, wenn die beschädigte Sache durch die Verbesserungsarbeiten namentlich hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Brauchbarkeit und Nutzbarkeit im allgemeinen wieder so gestaltet wird, wie sie es vor Eintritt der Beschädigung gewesen ist. **b)** RG. V. **76** 146, SeuffA. **66** 438. Der Eigentümer der beschädigten Sache braucht sich nicht damit zu begnügen, daß ihm deren in mehreren Jahren zu bewirkende Wiederherstellung in Aussicht gestellt wird. **c)** RG. III. R. **11** Nr. 3624. Ist der Ersatzberechtigte durch die Schuld des Ersatzverpflichteten mit einer Schuld gegen einen Dritten belastet, so ist Ersatz dadurch zu leisten, daß der Ersatzverpflichtete den Ersatzberechtigten von dieser Schuld befreit. Ohne Belang ist, daß infolge der schlechten Vermögensverhältnisse des Ersatzberech-

tigten die Forderung des Dritten gegen diesen nur geringen Wert hat und daß der Dritte mit dem Ersatzberechtigten bereits eine Teilung des von dem Ersatzverpflichteten zur Beseitigung der Schuld aufzuwendenden Betrags vereinbart hat.

5. Ersatz in Geld. a) **RG.** V. **76** 146, SeuffA. **66** 438. Der Eigentümer der beschädigten Sache kann nach § 249 Satz 2 sofort deren Minderwert in Geld ersetzt verlangen, wenn dieser Minderwert weniger als die unverhältnismäßig hohen Kosten der Wiederherstellung der Sache (§ 251 Abs. 2) beträgt. **b) RG.** I. Gruchots Beitr. **55** 893, R. **11** Nr. 3623. Wenn durch Verschulden des Verfrachters (Spediteurs) das Frachtgut unterwegs beschädigt worden ist, so kann der Befrachter (Verkäufer) Schadensersatz vom Verfrachter verlangen, gleichviel ob der (ausländische) Abkäufer des Befrachters die Gefahr der Versendung trägt oder nicht, also ob er mit Unrecht oder mit Recht die Zahlung des Kaufpreises wegen der Beschädigung weigert (vgl. bereits **RG. 62** 333). Wegen des Kausalzusammenhanges s. unten II 2 c.

6. Abstrakte und konkrete Schadensberechnung. a) OLG. **23** 9, HansGZ. **11** Hptbl. 119, R. **11** Nr. 2117 (Hamburg). Zulässigkeit der abstrakten Schadensberechnung des Verkäufers gegenüber dem säumigen Käufer. Gleichgültig ist es, ob es dem Verkäufer gelang, die vom säumigen Käufer nicht abgenommene, bereits ausgesonderte Ware anderweitig zu verkaufen. Nur dann würde der Verkäufer den Schaden nicht abstrakt berechnen dürfen, wenn er neben dem säumigen Käufer nicht auch noch einen anderen Käufer hätte befriedigen können oder wenn er hierzu einen höheren Einstandspreis hätte anlegen müssen. Er war auch nicht verpflichtet, den Käufer bei der Weigerung, die Ware anzunehmen, darauf aufmerksam zu machen, daß er den Schaden abstrakt berechnen werde (§ 254). **b) RG.** II. LeipzZ. **11** 850 Nr. 3. Als Selbstkosten konnte Klägerin in Ansatz bringen den Betrag, der nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge allgemein üblich für die Beschaffung des von ihr zu liefernden Garns aufzuwenden war (abstrakte Berechnung) oder den Betrag, den die Klägerin infolge der bei ihr obwaltenden besonderen Umstände, insbesondere wegen der von ihr getroffenen Anstalten und Vorkehrungen aufzuwenden gehabt hätte (konkrete Berechnung, § 252).

7. Schadensersatz bei anfechtbaren Verträgen (vgl. JDR. **9** Nr. 3 dα). a) **RG.** V. 4. 1. 11, JW. **11** 213 Nr. 8, WarnE. **11** 133, R. **11** Nr. 1103 Keine Geldentschädigung, wenn bei wahrheitsgemäßem Verhalten des Betrügers der andere das Geschäft nicht abgeschlossen hätte. Ausnahme bei arglistigen Zusicherungen über Eigenschaften der Kaufsache. — Der Kläger, der eine Hypothek eingetauscht hat und dem Beklagten zum Vorwurfe macht, er hätte es arglistig unterlassen, ihm von der Einleitung der Zwangsversteigerung des Grundstücks zur Zeit der Unterhandlungen über die Abtretung der Hypothek Kenntnis zu geben, kann, wenn er beim Vertrage stehen bleibt, als Schadensersatz nie den Vermögenswert der Hypothek beanspruchen. Hätte der Beklagte die Wahrheit gesagt, so hätte der Kläger das Geschäft nicht abgeschlossen. In diesem Falle bleibt für einen Geldanspruch kein Raum, da der Schadensersatzanspruch des Klägers dann hinausläuft auf Herstellung des Zustandes, der vor dem Abschlusse des Tauschvertrags bestand, und der Kläger nicht behauptet hat, daß die Herausgabe der von ihm tauschweise an den Beklagten hingegebenen Wertpapiere ihm nicht möglich sei (§ 251). Anders nur bei arglistigen Zusicherungen über Eigenschaften der Kaufsache (**RG. 59** 155, **63** 110, **66** 335). **b)** Ebenso **RG.** I. 27. 2. 11, SeuffA. **66** 387, HoldheimsMSchr. **11** 185, BayRpflZ. **11** 244, LeipzZ. **11** 622 Nr. 4, R. **11** Nr. 2088. Bei betrügerischer Verleitung zum Abschluß eines Vertrags durch einen Dritten, z. B. bei Verleitung zum Beitritte zu einer Genossenschaft durch Vorstandsmitglieder durch die

Vorspiegelung, daß der Geschäftsanteil nur 1000 M. betrage, statt 5000 M., kann der Getäuschte nicht die Differenz als Schadensersatz verlangen. Vielmehr ist davon auszugehen, daß der Getäuschte überhaupt nicht beigetreten wäre. Da die Herstellung eines dementsprechenden Zustandes unmöglich ist (§ 251), ist hinsichtlich der Geldentschädigung zu untersuchen, wie er gestanden hätte, wenn er der Genossenschaft nicht beigetreten wäre. Die Nachteile und Vorteile, die er durch den Beitritt gehabt hat, sind gegeneinander in Ausgleichung zu bringen. c) **RG.** V. 1. 10. 10, JDR. **9** Nr. 3 e α jetzt auch GruchotsBeitr. **55** 347, LeipzZ. **11** 149 Nr. 1, WarnE. **10** Nr. 383 verneint den Gelderſatzanspruch des Käufers, der über den Selbstkostenpreis der Kaufsache getäuscht, deshalb Schadensersatz verlangt, im übrigen aber bei dem Vertrage stehen bleibt. d) Vgl. hierzu Cohn, JW. **11** 137—140. Die Entscheidung **RG.** V. 1. 10. 10 ist zwar im Ergebnisse richtig, darf aber nicht, wozu die Begründung verleiten könnte, dazu führen, dem betrogenen Käufer in allen Fällen den Ersatzanspruch auf das positive Vertragsinteresse zu versagen. Das würde auch zu den Entscheidungen **RG. 63** 110, **66** 338 in direktem Widerspruche stehen. e) Hagen, JW. **11** 348—349, billigt ebenfalls nur im Ergebnisse **RG.** V. 1. 10. 10, ebenso wie **RG.** V. 4. 1. 11 und WarnE. **09** Nr. 399 v. 1. 4. 09, wo der für die ganze Auffassung grundlegend gewesene Satz ausgesprochen ist, daß sich die Entscheidungen **RG. 59** 155, **63** 110, **66** 335 „lediglich auf wissentlich falsche Zusicherungen über Eigenschaften der Kaufsache" beziehen. Diese allgemeine Einschränkung ist aber innerlich unhaltbar und die Verwirrung, die dadurch in weitem Umfange in die Entscheidung praktisch ungemein häufiger Fälle hineingetragen wird, höchst bedauerlich. Die Grenzbestimmung des RG. ist allerdings recht bequem zu handhaben, hält aber gegenüber den Anforderungen des praktischen Lebens nicht stand. Wird z. B. ein Grundstück mit der arglistig falschen Zusicherung veräußert, daß keine Straßenregulierungskosten in Frage kämen, oder wird eine Hypothek mit der Zusicherung veräußert, daß Zinsen der vorstehenden Hypotheken nicht rückständig seien, so ist beidemal der positive Schaden zu ersetzen. f) Kohler, RheinZ. **3** 210. Ficht der Getäuschte den Vertrag nicht an, so kann er als Schadensersatzanspruch von dem Gegner verlangen, daß dieser, der arglistige Teil, sein Recht gegen den Betrogenen aus dem durch Arglist erschlichenen Vertrage nicht geltend mache, ihm alles herausgebe, was er aus dem Vertrag erlangt hat (unter Berücksichtigung der Gegenleistung), und ihm allen weiteren Schaden, der mit der arglistigen Tätigkeit in Kausal- und Schuldzusammenhang steht, in Geld vergüte. Kohler erörtert einen Fall, wo A., der ein Grundstück gekauft, sich der Zwangsvollstreckung unterworfen und einen Schadensersatzanspruch wegen arglistiger Täuschung geltend gemacht hatte, mit dem Verkäufer B. einen Vergleich schloß, durch welchen A. auf alle weiteren Beanstandungen des Vertrags verzichtete. Gegen diesen Vergleich erhob A. wiederum Schadensersatzansprüche, da der Vergleich durch neue Arglist herbeigeführt sei, worauf B. nunmehr die Rechte aus der vollstreckbaren Urkunde geltend machte. Hier kann A. im Wege des Schadensersatzanspruchs verlangen, daß B. die Rechte aus dem Vergleiche nicht geltend mache, also auch von der Verzichtsklausel keinen Gebrauch mache. Da im übrigen der Vergleich bestehen bleibt, bleibt auch die in dem Vergleich enthaltene Aufhebung des ursprünglichen Vollstreckungstitels bestehen.

8. Umfang des Schadensersatzes. Maßgebender Zeitpunkt. **RG.** III. R. **11** Nr. 2422. Bei der Berechnung des Umfanges des durch eine Verletzung eingetretenen Schadens und der zu leistenden Entschädigung ist an sich die Zeit des Unfalls maßgebend, und der Ersatzverpflichtete hat nachzuweisen, daß aus besonderen Umständen der Verletzte den bisher genossenen Verdienst ohne die Verletzung auch in Zukunft nicht gehabt hätte. Jedoch kann der zurzeit des Unfalls bestehende tatsächliche Erwerb des Verletzten nur insofern zugrunde gelegt

werden, als er der Erwerbsfähigkeit des Verletzten entspricht. Befand er sich zur Zeit der Verletzung in einer augenblicklich ungünstigen, seiner Erwerbsfähigkeit nicht entsprechender Weise, so kann dieser ungünstige Zufall dem Ersatzverpflichteten nicht zugute kommen. Maßgebend ist vielmehr der Gebrauch, den der Verletzte nach dem Unfall ohne dessen Dazwischentreten von seiner Erwerbsfähigkeit voraussichtlich gemacht haben würde.

9. Kosten des Vorprozesses. a) HansGZ. **11** Hptbl. 104, OLG. **22** 230 (Hamburg). Der Käufer, welchem sein Verkäufer Lagerware anbot, anstatt cif-Ware = Kasse gegen Dokumente und der die Ware zurückwies, weil sein eigener Abnehmer ihm gegenüber das gleiche tat, kann vom Verkäufer Ersatz der Kosten des Prozesses verlangen, welchen er (der Käufer) auf Drängen des Verkäufers und in dessen Interesse gegen den Abnehmer führte. **b)** Vgl. hierzu **RG.** VI. HansGZ. **11** Hptbl. 268 (270), wo ein außerkontraktlicher Schadensersatzanspruch hinsichtlich der dem Geschädigten erwachsenen Kosten eines Vorprozesses verneint wird.

10. Vorteilsausgleichung. a) Bei Gütergemeinschaft. **RG.** IV. JW. **11** 35 (unter Aufhebung von OLG. Hamm, JDR. **9** Nr. 4 b). Auf den Betrag, welchen der Ehemann gemäß § 845 BGB. als den ihm infolge der Arbeitsunfähigkeit seiner verunglückten Ehefrau erwachsenen Erwerbsverlust verlangt, sind die der Ehefrau von der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft gewährten Unfallrenten in Anrechnung zu bringen. Dies auch dann, wenn die Renten kraft der bestehenden Gütergemeinschaft in die gemeinschaftliche Gütermasse gelangt sind; denn insoweit ist der Ehemann nicht geschädigt. **b) RG.** II. JW. **11** 644, LeipzZ. **11** 697 Nr. 8. Der Ansicht des **RG.** V. JW. **09** 46 Nr. 5, das für die Zulassung der Vorteilsausgleichung in Betracht kommende Erfordernis, daß Schaden und Vorteil aus demselben Ereignis erwachsen sein müßten, dürfte nicht zu eng aufgefaßt und auf diese Weise nicht Zusammenhängendes auseinandergerissen werden, vielmehr seien gerade auf dem Gebiete der Vorteilsausgleichung die Natur der Sache und die Billigkeit zu berücksichtigen, tritt der II. Senat bei. **c)** Oertmann, SeuffBl. **11** 779—791. 1. Die Vorteilsausgleichung ist auch nach heutigem bürgerlichen Rechte begründet und im Prinzip in verschiedenen Vorschriften des BGB. positiv anerkannt (§§ 255, 324 Abs. 1 Satz 2, 615 Satz 2, 649 Satz 2, 642). 2. Bei der Vorteilsausgleichung handelt es sich nicht um eine Aufrechnung zweier selbständiger Ansprüche, ebensowenig unterschiedslos um einen bloßen Faktor bei der Interessenberechnung. 3. Das ausgleichungspflichtige lucrum braucht nicht die direkte Folge des vertretbaren Verhaltens des Schädigers zu sein, es genügt die mittelbare Kausalität, die Identität des zum Schadensersatze verpflichtenden Tatbestandes. Ausgleichungspflichtig ist auch der Vorteil, der unmittelbar durch ein eigenes Verhalten des Beschädigten, insbesondere durch ein von ihm zur Abwendung des Schadens vorgenommenes eigenes Geschäft hervorgerufen wurde. 4. Nicht anzurechnen sind die dem Beschädigten zufallenden Versicherungsgelder; denn er hat sie sich durch vertragsmäßige Gegenleistung erkauft. Ebensowenig braucht sich der Hypothekar, dem z. B. der Notar für die ungünstige Eintragung haftet, den Gewinn anzurechnen, den er durch die Ersteigerung des Grundstücks erlangt hat. Sein Rettungsgeschäft ist ein entgeltliches und gewagtes, das ihm auch ebensogut Verlust bringen kann.

11. Schadensersatz bei Versehen des Mäklers vgl. § 652 Nr. IV.

II. Kausalzusammenhang. 1. Adäquate Verursachung. a) Bejaht. α. **RG.** V. JW. **11** 977. Da der Beklagte verpflichtet war, bis zum 1. Oktober eine Zwangsvollstreckung wegen der Hypothek zu verhüten, ist es gleichgültig, daß die Zwangsversteigerung selbst erst nach dem 1. Oktober erfolgt ist. Denn er war verpflichtet, schon die Einleitung des Versteigerungsverfahrens zu verhindern,

ohne die die Versteigerung nicht hätte stattfinden können. Damit ist der ursächliche Zusammenhang zwischen der Vertragsverletzung des Beklagten und den dem Kläger nachteiligen Folgen der Versteigerung genügend dargelegt. β. **RG.** VI. **76** 187. Vom Standpunkte des ursächlichen Zusammenhanges umfaßt die schädigende Handlung im Sinne des § 828 Abs. 2, durch die ein Knabe bei dem Drehen an einer auf dem Hofe stehenden Dreschmaschine zu Schaden kam, auch das verbotswidrige Betreten des Hofes. Wäre der Knabe, dem Verbote gehorchend, vom Hofe weggeblieben, so wäre ihm die Maschine nicht zugänglich und er ihrer Gefährlichkeit nicht ausgesetzt gewesen. Der Schade, den er infolge des Betretens des Hofes erlitten hat, fällt also ursächlich mit dem Schaden zusammen, den er sich an der Dreschmaschine zugezogen hat. Vgl. § 254 Nr. I 2 c. OLG. **22** 97/98 f (Celle). Der Unfall des jugendlichen Verletzten war auf die Übertragung der Beschäftigung an der Maschine an den Verletzten — welche durch die Unfallverhütungsvorschriften verboten ist — ursächlich zurückzuführen. **b**) Verneint. **RG.** I. R. **11** Nr. 1102. Arglistige Verleitung zur Eingehung einer Bürgschaft verpflichtet noch nicht zum Kostenersatz des vom Gläubiger gegen den Bürgen geführten früher nicht voraussehbaren Rechtsstreits. Zur Zeit der Täuschung des Bürgen war in keiner Weise erkennbar, daß es zu jenem Rechtsstreite kommen werde.

2. Mittelbare, indirekte Verursachung genügt. **a**) Ursächlicher Zusammenhang zwischen Unfall und Nervenleiden. **RG.** VI. 1. 10. 10, JDR. **9** Nr. 5 b jetzt auch GruchotsBeitr. **55** 372. **b**) Ebenso. Berücksichtigung der Prozeßaufregungen bei Schadensprozessen, jedoch mit erheblichen Einschränkungen. **RG.** VI. 14. 11. 10 **75** 19, JW. **11** 149 Nr. 4, DJZ. **11** 337. Auch der 6. Senat tritt jetzt, wie bereits im Urteile vom 8. 10. 06, VI. 31/06 — entgegen JW. **06** 231 Nr. 15 — der Ansicht des 3. Senats (JW. **08** 405, 526) bei, daß die krankhaften Zustände, die die Aufregungen und Enttäuschungen des Prozesses um die Entschädigung, das ungeduldige Warten auf die Entscheidung, die Angst vor einer ungünstigen Entscheidung bei dem Verletzten hervorrufen, im Rechtssinne als Wirkungen des schädigenden Ereignisses erachtet werden können. Doch können folgende Erwägungen zur gänzlichen oder teilweisen Nichtberücksichtigung dieser Folgen führen: 1. Wenn der Verletzte über die gegebenen Grenzen hinaus seine Forderungen ins Maßlose steigert, so daß dem Ersatzpflichtigen nicht zugemutet werden kann, sich mit ihm zur Vermeidung des Prozesses in von vornherein unfruchtbare Verhandlungen einzulassen, so ist zu fragen, ob der Verletzte nicht ganz oder zum Teil den Prozeß und seine Aufregungen durch sein eigenes schuldhaftes Verhalten sich zugezogen hat, das gemäß § 254 Abs. 2 in Betracht zu ziehen ist. 2. Es kann aber auch, abgesehen von einer schuldhaften Handlung des Verletzten, die Frage aufgeworfen werden, ob nicht eine maßlose Übertreibung der Ersatzansprüche, insoweit sie gerade entweder überhaupt erst zu dem Prozeß und seinen Aufregungen geführt oder doch das Verhalten des Prozeßgegners wesentlich beeinflußt und den Prozeß schwieriger und langwieriger gestaltet hat, den ursächlichen Zusammenhang wieder aufhebt. Denn das vermittelnde Glied ist die Zwangslage, in die der Ersatzberechtigte sich versetzt sieht, seinen Anspruch erst im Rechtswege verfolgen zu müssen; wenn und insoweit eine solche an sich nicht vorhanden war und der Verletzte die Aufregungen des Prozesses sich selbst geschaffen hat, wird deshalb auch von jenem mittelbaren ursächlichen Zusammenhange nicht gesprochen werden können. **c**) Nichtbezahlung der auf dem Transporte beschädigten Ware verursacht durch die Vertragswidrigkeit des Verfrachters. **RG.** I. GruchotsBeitr. **55** 893, R. **11** Nr. 3623. Der Schaden, den der Befrachter (Verkäufer) unmittelbar durch das Verhalten des Käufers erleidet, indem letzterer die auf dem Transporte durch

Verschulden des Verfrachters beschädigte Ware nicht bezahlt, ist mittelbar auch auf die Vertragswidrigkeit des Verfrachters zurückzuführen. Was auf dem Willensentschlusse des Befrachters beruht, ist lediglich, daß er diesen Schaden nicht durch Rechtsverfolgung gegen seinen Abkäufer, sondern gegen den Verfrachter auszugleichen sucht. Jedenfalls in Fällen, wo der Geschädigte auf eine schwierige und unsichere Rechtsverfolgung gegen seinen Schuldner angewiesen ist und wo Grund zur Befürchtung nicht gegeben ist, daß der Schuldige wegen desselben Schadens von mehreren Seiten mehrfach in Anspruch genommen wird, geschieht diesem nicht Unrecht, wenn er auch für den mittelbaren Schaden als dessen Urheber verantwortlich gemacht wird. — Wegen des Schadensersatzes s. oben Nr. I 5 b.

3. Die Ursache braucht nicht die einzige gewesen zu sein. Gesamtkausalität. **RG.** VI. JW. **11** 399 Nr. 6. Das BGB. behandelt den Begriff der vorwiegenden Verursachung nicht allgemein, sondern nur in dem besonderen Fall des § 254. Liegt ein solcher Fall nicht vor und kommt ein Verschulden des Beschädigten nicht in Frage, so ist auch kein Raum für eine Untersuchung der Frage, welche von beiden Tatsachen den Unfall vorwiegend verursacht hat. Vielmehr muß jede der beiden Tatsachen, deren Zusammentreffen die Gesamtursache des Schadens bildet, als kausal betrachtet werden, vorausgesetzt, daß der Schaden nicht ein so entfernter war, daß er nach der Auffassung des Lebens und der allgemeinen Erfahrung vernünftigerweise als solcher nicht mehr in Betracht gezogen werden könnte.

4. Bedingung oder Ursache? **RG.** VI. SeuffA. **66** 190. Die Nichtabsperrung der Tür zum Turbinenraume war wohl eine Bedingung des Unfalls, ohne welche er mutmaßlich nicht eingetreten wäre. Sie war aber nicht seine Ursache im Rechtssinne. Denn die freie Zugänglichkeit des Raumes bot, solange der Kanal leer war, keine Gefahr.

5. Unterbrechung des Kausalzusammenhanges. **a)** Bei fehlerhafter ärztlicher Behandlung. **RG.** VI. 22. 6. 11, JW. **11** 754 Nr. 9. Der Kausalzusammenhang ist nicht unterbrochen, wenn sich infolge fehlerhafter ärztlicher Behandlung nachteilige Folgen ergeben. (Der Arzt versäumte es, die Reste des Schieferstifts aus der Wunde zu entfernen; infolgedessen heilte sie langsam, und drei Finger blieben steif.) Als ärztliche Behandlung, die der vom Schädiger schuldhaft Verletzte benötigt, kommt in ihrer kausalen Beziehung zum Verschulden des Schädigers nicht eine solche in Betracht, die abstrakt beurteilt ärztlich das Richtige trifft, sondern diejenige, die der Verletzte nach seinen persönlichen und den sonstigen Verhältnissen tatsächlich unbedenklich in Anspruch nehmen durfte. Nach allgemeiner Erfahrung kann aber von einem Arzte nicht erwartet werden, daß seine Anordnungen unbedingt sachgemäß ausfallen. Vielmehr kommen selbst in der sorgfältigsten ärztlichen Praxis Fehler vor. — Der Zusammenhang würde jedoch dann zu verneinen sein, wenn der Arzt alle ärztliche Regel und Erfahrung derart gröblichst außer acht gelassen und jede berechtigte Erwartung an ein vernünftiges und gewissenhaftes ärztliches Verfahren derart getäuscht hätte, daß der Mißerfolg der Heilung im Rechtssinn allein auf diese ungewöhnlichen Umstände zurückgeführt werden müßte. — **RG.** JDR. **9** § 254 Nr. III 3 b ist hier nicht anwendbar. — OLG. Posen hatte Unterbrechung des Kausalzusammenhanges angenommen. **b)** **RG.** III. JW. **11** 579 Nr. 17, BayRpflZ. **11** 340. Kein ursächlicher Zusammenhang im Rechtssinne zwischen der unrichtigen Auskunft des Notars und der den Kläger (Hypothekar) schädigenden Zwangsversteigerung, wenn zwar die Möglichkeit des Ausfalls der Hypothek in einer künftigen Versteigerung durch die falsche Auskunft gegeben war, diese aber die Versteigerung nicht verursacht hat, deren Ursache vielmehr die vom Schuldner unterlassene Zinszahlung gewesen ist.

6. Verletzung und krankhafte Anlage. **RG.** VI. WarnE. **11** 405, R. **11** Nr. 3423. Wenn ohne den Stoß die krankhafte Anlage der Verletzten nicht bis zum jetzigen Krankheitszustande gesteigert worden wäre, so gilt im Rechtssinne der Stoß als alleinige Ursache des jetzigen Krankheitszustandes.

7. Kausalzusammenhang bei der Enteignung. **RG.** VII. GruchotsBeitr. **54** 1192, EisenbE. **27** 278. Der Kausalzusammenhang ist vorhanden, wenn die nachteiligen Folgen für das Restgrundstück durch den Betrieb des die Enteignung bedingenden Unternehmens (Schwebebahn) erweislich entstanden sind. Unerheblich ist der Einwand, daß auch ohne Inanspruchnahme des Grundstücks des Enteigneten für ihn die gleichen Nachteile eingetreten wären (denn wenn der Stützpfeiler auf einem Nachbargrundstück angebracht worden wäre, wäre die Enteignung vermieden worden, aber für den Kläger der gleiche Nachteil entstanden). Es kommt nicht darauf an, was der Gläubiger hätte tun können, sondern darauf, was er getan hat.

§ 251. 1. Vgl. § 249.

2. **RG.** V. R. **11** Nr. 3292. Wird infolge des zum Schadensersatze verpflichtenden Umstandes der Ertrag der beschädigten Sache dauernd beeinträchtigt, so ist der Schadensersatz, wenn eine Herstellung des früheren Zustandes unmöglich ist, nicht in Zahlung einer Rente, sondern in einer Kapitalabfindung zu leisten.

3. Abs. 2. a) **RG.** V. R. **11** Nr. 3294. Ist die Herstellung des früheren Zustandes nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich, so braucht die Entschädigung nicht in einem diesen Aufwendungen entsprechenden Betrage zu geschehen. Andererseits ist auch hier die Entschädigung regelmäßig nicht in einer Rente, sondern in Kapitalabfindung zu gewähren. b) **RG.** JDR. **8** Nr. 2 jetzt auch HansGZ. **11** Hptbl. 1 (4 f.).

§ 252. 1. *Eckstein, GoltdA. Es soll nicht über die Schranken des § 252 hinaus ein Schadensersatzanspruch ausgeschlossen, sondern nur die Beweislast dem Geschädigten auferlegt werden.

2. R. **11** Nr. 1875 (Rostock). Auch bei der Feststellung eines positiven Vermögensschadens können zukünftige Umstände nach der Wahrscheinlichkeit, mit der sie zu erwarten sind, berücksichtigt werden.

§ 254. Literatur: Coermann, Sittliche oder Dienstpflicht und eigenes Verschulden, EisenbE. **27** 364—369.

I. Allgemeines. Grundsätzliches. Anwendungsgebiet. 1. Coermann, EisenbE. **27** 364—369. Handeln in ordnungsmäßiger Dienstpflichterfüllung (Bahnangestellte, Schutzleute u. a.) schließt den Einwand eigenen Verschuldens aus. Ob es sich um Pflichterfüllung oder um schuldhafte Überschreitung der Pflicht handelt, ist von Fall zu Fall zu entscheiden. Hierbei ist auf die Aufregung im Augenblicke der Gefahr Rücksicht zu nehmen. Tollkühnheit und Waghalsigkeit ist in der Regel unentschuldbar. — Ebenso besteht für jedermann eine ihn nach Maßgabe seines Könnens treffende sittliche Pflicht zur Errettung des Mitmenschen aus der Gefahr.

2. Verschulden im Sinne von § 254. a) Berücksichtigung individueller Verhältnisse. Kinder. α. **RG.** VI. 19. 6. 11, DJZ. **11** 1217. Bei der Abwägung des mitwirkenden Verschuldens ist es zulässig — anders bei § 276, vgl. dort Nr. II 1 — die individuellen Verhältnisse des Beschädigten, z. B. der kindlichen Einsicht und Erfahrung des Kindes, in die Rechnung einzubeziehen. β. *Eckstein, JW. **10** 646. Auch Kinder unter 7 Jahren sind eines Verschuldens fähig, es kann dagegen auch bei älteren Kindern noch ausgeschlossen sein. b) Zurechnungsfähigkeit (§ 827). SeuffA. **66** 442 (Dresden). Eigenes Verschulden des Geschädigten setzt dessen Zurechnungsfähigkeit (§ 827) voraus. c) Einsicht bei Jugendlichen (§ 828). Beweislast. **RG.** VI. **76** 187, JW. **11** 578 Nr. 15. Der mehr als 7 jährige Knabe, der auf dem Hofe beim

Spielen an der Dreschmaschine verletzt wurde, handelte, wenn er auch die zur Erkenntnis der Gefahr erforderliche Einsicht nicht besaß, doch objektiv widerrechtlich, wenn er trotz des Verbots den Hof betrat. Er ist daher auch für den Schaden nach § 828 Abs. 2 verantwortlich und gemäß § 254 mitschuldig, es sei denn, daß er beweist, daß er bei dem verbotswidrigen Aufenthalt auf dem Hofe nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit für die Verbotsverletzung erforderliche Einsicht besessen habe. Der Schade, den der Knabe infolge des verbotswidrigen Betretens des Hofes erlitten hat, fällt notwendigerweise ursächlich mit dem Schaden zusammen, den er sich an der Dreschmaschine zugezogen hat. Vgl. § 249 Nr. II 1 a β. **d**) Gemeinschaftlich begangenes Delikt (§ 830). **RG.** VI. WarnE. **11** 295 Nr. 261, R. **11** Nr. 2091. Der Grundsatz des § 830 Abs. 1 BGB. ist entsprechend auch für das nach § 254 von dem Verletzten zu vertretende eigene Verschulden anwendbar. Der Verletzte muß sich demnach die Handlung seiner Genossen insofern mitanrechnen lassen, als eine von allen gemeinschaftlich verübte Tat vorlag und diese den Einfluß einer Herausforderung und Reizung auf den Gegner gehabt hat.

3. Mitwirkendes Verschulden bei arglistigem Handeln. **a**) **RG.** VI. LeipzZ. **11** 697. Auch wenn der Schaden doloserweise herbeigeführt worden ist, hat eine Abwägung des Verhaltens beider Teile einzutreten. **b**) Der arglistig Handelnde kann in der Regel den Schaden nicht auf den nur fahrlässig Handelnden abwälzen. **RG.** VII. 22. 11. 10, SeuffA. **66** 179 Nr. 91, SächsRpflA. **11** 59 Nr. 10 b, JW. **11** 91, WarnE. **11** 67, R. **11** Nr. 3424. Wenn auch das BGB. einen Rechtssatz, nach dem es dem arglistig Handelnden ganz allgemein versagt wäre, sich zur Abwehr des an sich gegen ihn entstandenen Ersatzanspruchs auf ein bei Entstehung des Schadens mitwirkendes Verschulden des Geschädigten zu berufen, nicht kennt (vgl. **RG.** JW. **05** 717), so wird doch in der Regel die richtige Anwendung des § 254 dahin führen, daß in solchen Fällen der Schaden nicht auf den nur fahrlässig Handelnden abgewälzt werden kann. Das gilt ganz besonders in Fällen, in denen der Schaden dadurch entstanden ist, daß der Geschädigte durch eine bewußte Täuschung zu einem von dem Täuschenden erstrebten Tun — vorliegend zur Gewährung von Kredit — bestimmt worden ist. Nur unter ganz besonderen Umständen wird es dem Täuschenden gestattet sein, dem auf sein unerlaubtes Verhalten gestützten Ersatzanspruche gegenüber sich damit zu verteidigen, daß der Geschädigte bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die beabsichtigte Täuschung entdeckt und so den Schaden vermieden haben würde. **c**) **RG.** VI. R. **11** Nr. 2720. Der § 254 unterscheidet nicht, ob dem Verletzten bloße Fahrlässigkeit oder vorsätzlich begangenes Unrecht zur Last fällt. Allerdings wird in der Regel demjenigen wegen weit überwiegender Mitschuld jeder Ersatzanspruch abzusprechen sein, der bei Begehung einer dolosen, insbesondere bewußt auf die Schädigung eines anderen abzielenden strafbaren Handlung verletzt worden ist. Hier aber hat der Knabe nur aus kindlichem Übermute den Eisenbahnwagen ins Rollen gebracht, um sich auf ihm eine kurze Strecke fahren zu lassen. Das war jugendlicher Unfug, der an eine eigentliche dolose Handlung im strafwürdigen Sinne nicht entfernt heranreicht und als Mitschuld mit $^3/_4$ hinreichend bewertet ist.

4. **RG.** VII. SächsRpflA. **11** 59 Nr. 10 b, JW. **11** 91, WarnE. **11** 67. Nach dem Gesetze kommt es nicht nur auf das gegenseitige Verschulden, sondern ganz wesentlich mit darauf an, inwieweit das Handeln des einen und das des anderen vorwiegend den Schaden verursacht hat. Vorliegend hat die Ehefrau des Klägers durch die zu Täuschungszwecken erfolgte Vorlage der

Urkunde die gefährliche Situation geschaffen und so die erste und erheblichste Bedingung für die Entstehung des Schadens gesetzt, während dem Beklagten jedenfalls nur der Vorwurf gemacht werden kann, durch Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt der Entstehung des Schadens nicht vorgebeugt zu haben.

5. Anwendung des § 254 auf die Ausgleichungspflicht mehrerer Gesamtschuldner. a) **RG.** VI. 22. 12. 10, **75** 251 (255), JW. **11** 217, LeipzZ. **11** 297 Nr. 15. § 254 ist auf die Ausgleichungspflicht der Gesamtschuldner nach §§ 840, 426 entsprechend anzuwenden. Vgl. § 426 Nr. 4 a. **b)** Ebenso **RG.** VI. 19. 6. 11, JW. **11** 753, WarnE. **11** 439, betreffend den Ausgleichungsanspruch des aus § 1 HaftpflG. schadensersatzpflichtigen Eisenbahnunternehmers gegen den aus Delikt haftbaren Gesamtschuldner, also sowohl bei Vertragsverhältnissen, wie bei gemeinschaftlicher Haftung aus unerlaubter Handlung. Vgl. § 426 Nr. 4 **b**.

6. Weitere Anwendungsfälle. a) **RG.** II. LeipzZ. **11** 61 Nr. 19. § 254 gilt auch in den Fällen der §§ 989, 985 BGB., da auch hier eine Schadensersatzpflicht des Besitzers dem Eigentümer gegenüber bestimmt ist. **b)** **RG.** III. 28. 2. 11, **75** 386, JW. **11** 445 Nr. 8, R. **11** Nr. 1727. § 254 findet auf das Rechtsverhältnis zwischen Gastwirt und Gast Anwendung (§ 701). — Vgl. hierzu unten IV 9.

7. Keine Anwendung findet § 254 a) bei Zusammentreffen der Haftung aus HaftpflG. und Tierhalterhaftung des Beschädigten. **RG.** VI. 5. 1. 11, RheinA. **108** II 358, WarnE. **11** 135. Der Eisenbahnunternehmer, der nach § 1 HaftpflG. haftet und im Verhältnisse zum Tierhalter gemäß § 840 Abs. 3 BGB. als Dritter allein haftet, kann nicht gemäß § 254 Schadensteilung von dem Beschädigten, der zugleich Tierhalter ist, verlangen. Auch in solchem Falle tritt die Ausgleichungsvorschrift des Abs. 3 ein, nach welcher im inneren Verhältnisse mehrerer, die für einen Schaden verantwortlich sind, der Dritte diesen allein zu tragen hat. **b)** Bei Zusammentreffen von Verschuldens- und Gefährdungshaftung. EisenbE. **27** 331 R. **10** Nr. 4088 (Naumburg). Der aus Verschulden verantwortliche Kraftfahrzeugbesitzer haftet im Verhältnisse zu der aus bloßer Gefährdung haftbaren Straßenbahn auch vor dem Inkrafttreten des KraftfG. allein. Daher kein Ausgleichungsanspruch nach § 254. — Vgl. JDR. **9** Nr. I 2 a. **c)** **RG.** VI. WarnE. **3** 484, R. **11** Nr. 245, EisenbE. **27** 322. Für die Frage, ob dem Kinde wegen Tötung der Mutter durch einen Eisenbahnzug Ersatz zu leisten ist, kommt das eigene Verschulden des mit ihr zusammen verletzten Vaters nicht in Betracht. **d)** **RG.** I. **75** 109. Der Schuldner, der auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags in Anspruch genommen wird, kann nicht geltend machen, daß ihm durch das Verhalten des Geschädigten die Gelegenheit entgangen sei, seinerseits gegen einen Dritten vorzugehen. Denn § 254 spricht von dem Schaden, dessen Ersatz beansprucht wird, nicht von dem Schaden, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf Ersatz in Anspruch genommen wird.

8. Verhältnis des § 278 zu § 254. a) In Vertragsverhältnissen. **RG.** I. **75** 108 (114), R. **11** Nr. 1271. Der 2. Satz des Abs. 2 ist jedenfalls bei Ersatzansprüchen aus Vertragsverhältnissen auch auf Abs. 1 des § 254 zu beziehen. Die entsprechende Anwendung des § 278 führt hier dazu, nicht sowohl dem Schuldner, als vielmehr dem Geschädigten, also dem Gläubiger die Vertretung fremden Verschuldens aufzuerlegen, nämlich des Verschuldens derjenigen Personen, welche mit der Wahrnehmung des einschlägigen Pflichtkreises betraut sind (**RG. 62** 106). **b)** Bei außervertraglichen Verhältnissen. α. **RG.** VI. 29. 12. 10, **75** 257, JW. **11** 211 Nr. 4, SeuffA. **66** 310, LeipzZ. **11** 296 Nr. 11, R. **11** Nr. 685. Das RG. hält daran fest, daß eine Haftung nach § 278 in den

Fällen des Abs. 1 von § 254 im Gebiete der unerlaubten Handlungen nicht eintritt; dies zwar nicht deshalb, weil der Schlußsatz des Abs. 2 auf dessen Tatbestände beschränkt sei, denn er findet auch auf die Fälle des Abs. 1 Anwendung, sondern weil die Erfüllung einer Verbindlichkeit nicht in Frage kommt. Vor Begehung einer unerlaubten Handlung ist kein Schuldverhältnis, auch nicht etwas einer Verbindlichkeit Ähnliches vorhanden, was erfüllt werden kann, höchstens ließe sich fragen, ob nicht der Beschädigte wenigstens nach § 831 haften müsse. (Diese Frage bleibt unentschieden.) β. Der durch eine unerlaubte Handlung Beschädigte haftet für das Verschulden der Hilfsperson nach § 831. **RG.** VI. 6. 7. 11, **77** 211, JW. **11** 806 Nr. 8, DJZ. **11** 1275, R. **11** Nr. 2819. Die in der vorhergehenden Entscheidung aufgeworfene Frage, ob der Beschädigte nach § 831 haftet, wird bejaht. § 831 enthält nicht minder den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens als § 278; in beiden Fällen handelt es sich um die Haftung für fremdes Verhalten, das verschieden geregelt wird, je nachdem die Erfüllung einer Verbindlichkeit oder die widerrechtliche Schadenszufügung in Ausführung einer Verrichtung in Frage kommt. Gegen die Anwendung von § 831 fällt nicht entscheidend ins Gewicht, daß im § 254 nur der § 278 für entsprechend anwendbar erklärt ist, denn es läßt sich hieraus nicht folgern, daß der Gesetzgeber eine entsprechende Anwendung des § 831 auf den Beschädigten habe ausschließen wollen. γ. Anders noch OLG. Kiel 9. 4. 10, JDR. **9** Nr. I 4 c, jetzt auch OLG. **22** 181, bejaht die Haftung des Verletzten nach § 278 in den Fällen des § 254 Abs. 1 auch im Gebiete der unerlaubten Handlungen. δ. EisenbE. **27** 155 (KG. 10. 6. 09). § 278 findet auf das eigene Verschulden auch bei außervertraglichen Verhältnissen (§ 254 Abs. 1) Anwendung. ε. RheinA. **108** I 281 f. (283/284) (Cöln 17. 2. 10). Bei außervertraglichen Verhältnissen haftet der Geschädigte nach § 278 nur gemäß § 254 Abs. 2, also nur bei Abwendung oder Minderung des bereits eingetretenen Schadens, aber nicht für ein solches bei Entstehung des schädigenden Ereignisses.

9. Beweislast. a) Grundsätzlich der Schadensstifter. α. **RG.** VI. R. **11** Nr. 464. Die Beweislast für die das eigene Verschulden des Geschädigten angeblich begründenden Tatsachen trifft den Schadensstifter; dabei hat er auch eine etwaige der Bestreitung angefügte Gegendarstellung des Geschädigten zu widerlegen. **b)** **RG.** VI. R. **11** Nr. 467. Bei der Frage des mitwirkenden eigenen Verschuldens liegt die Beweispflicht nicht dem Kläger ob. Eine nicht aufzuklärende Ungewißheit muß daher für die Beurteilung aus §§ 254, 846 BGB. dem Kläger zugute kommen. **c)** Wenn jedoch die ganze Sachlage auf ein eigenes Verschulden hinweist, so hat sich der Beschädigte zu exkulpieren. **RG.** VI. WarnE. **11** 99 Nr. 90, EisenbE. **27** 333. Wenn zu dem Unfall unzweifelhaft ein eigenes Tun des Verunglückten mitgewirkt hat und dieses Tun nach der ganzen Sachlage und bei Zugrundelegung des gewöhnlichen Laufes der Dinge als schuldhafte Außerachtlassung der durch die Umstände gebotenen Vorsicht erscheint, so ist dem Betriebsunternehmer nicht der Beweis dafür aufzuerlegen, daß auch keine besonderen Umstände vorgelegen hätten, durch welche dem Verhalten des Verletzten der Charakter eigenen Verschuldens genommen werde. Es ist vielmehr Sache der Klagepartei, wenn die ganze Sachlage an sich auf solches Verschulden hinweist, darzutun, daß Umstände der bezeichneten Art vorgelegen haben.

10. Übergangsrecht. **RG.** VI. LeipzZ. **11** 545 Nr. 16. Nach Art. 170 EGBGB. sind die Voraussetzungen und (abgesehen von den Verzugszinsen) in der Regel auch die Wirkungen des Erfüllungsverzugs bei einer unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes begründeten obligatorischen Verpflichtung gemäß diesem

früheren Rechte zu beurteilen, auch dann, wenn der Verzug erst nach dem Inkrafttreten des BGB. eingetreten ist. Dies muß dann folgeweise auch für den Einfluß eines mitwirkenden eigenen Verschuldens des durch den Verzug Geschädigten auf die Schadensersatzpflicht des Schuldners gelten.

II. Allgemeines zu Abs. 2. Notwendigkeit des Zusammenhanges zwischen dem ungewöhnlich hohen Schaden und dem Unterlassen des Hinweises auf den Schaden. **RG.** V. 29. 10. 10, JW. **11** 35, BayRpflZ. **11** 67, WarnE. **11** 14, R. **11** Nr. 22. Wie nach Abs. 1, so ist auch für die Anwendung des Abs. 2 Halbsatz 1 Voraussetzung, daß das Verschulden des Beschädigten, die dort bezeichnete Unterlassung, bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat. Diese Voraussetzung würde fehlen, wenn der Hypothekenschuldner (vgl. unten Nr. IV 6) trotz der alsbald nach gegebener Möglichkeit geschehenen Mitteilung von der Gefahr des bei nicht rechtzeitiger Rückzahlung drohenden ungewöhnlich hohen Schadens den erforderlichen Betrag sich doch nicht rechtzeitig hätte beschaffen können.

III. Einzelfälle. Außervertragliche Beschädigungen. 1. Zum §1 HaftpflG. Straßenbahnunfälle (s. JDR. **9** Nr. II 1 a, **8** Nr. 9 a α, **7** Nr. 10 a α, **6** Nr. 8 a α, **5** Nr. 10 a α, **4** Nr. 10 a α, **3** Nr. 10 a, **2** Nr. 12 a). **a)** Aufsteigen während der Fahrt. SächsRpflA. **11** 562 (Dresden). Der fast 9jährige Knabe handelte zwar fahrlässig, daß er den in der Fahrt befindlichen Straßenbahnwagen bestieg; der Wagen fuhr aber gerade aus einer Weiche heraus, wobei in der Regel die Wagen langsamer zu fahren pflegen. Wenn vorliegend der Wagen rascher gefahren ist, als der Knabe vermutete, so ist dessen Schuld in Anbetracht seiner Jugend nicht für so schwer anzusehen, daß dadurch die Betriebsgefahr als Mitursache völlig ausgeschaltet werden mußte. Sein Schadensersatzanspruch wurde zu 1/3 anerkannt. **b)** Abspringen während der Fahrt. Haftung für den Wagenführer. **RG.** VI. WarnE. **11** 99 Nr. 91, EisenbE. **27** 335. Das Abspringen von einem auch nur langsam fahrenden Straßenbahnwagen ist regelmäßig ein Verschulden des Fahrgastes, der „auf seine Gefahr" handelt. Jedoch kann gemäß § 831 oder unter dem Gesichtspunkt einer Steigerung der Betriebsgefahr eine Verteilung des Schadens in Frage kommen, wenn ein vorschriftswidriges Verhalten eines Angestellten mitgewirkt hat, der Wagenführer z. B. auf Bitten des Fahrgastes langsamer gefahren ist, um ihm das Abspringen zu erleichtern. Es fragt sich in letzterer Beziehung nur, ob die Straßenbahngesellschaft diesen Umstand zu vertreten hat. Dies ist vorliegend deshalb der Fall, weil der Wagenführer, bevor der Fahrgast völlig abgestiegen war, plötzlich wieder schneller gefahren und hierdurch der Unfall entstanden ist. Durch dies vorzeitige Schnellfahren hat der Wagenführer eine weitere Ursache für den Unfall fahrlässigerweise gesetzt. Dies muß die Gesellschaft gegen sich gelten lassen. **c)** Aussteigen nicht an der Haltestelle. EisenbE. **27** 328, R. **10** Nr. 3841 (Braunschweig). Das Aussteigen aus einem außerhalb der Haltestelle haltenden elektrischen Straßenbahnwagen begründet ein eigenes Verschulden. Die Fahrgäste müssen damit rechnen, daß der Wagen weiterfährt, ehe sie ausgestiegen sind. Der Schaffner ist nicht verpflichtet, sie auf die mit dem vorzeitigen Verlassen des Wagens verbundenen Gefahren aufmerksam zu machen oder sie zurückzuhalten. **d)** Hineinlaufen in die Fahrbahn. α. **RG.** VI. HansGZ. **11** Beibl. 265. Konkurrierendes Verschulden des Verletzten bei einem Straßenbahnunfalle, wenn er sich hinter einem Wagen der Straßenbahn hervor plötzlich auf das Nebengeleise begibt und dort von einem entgegengesetzt kommenden Wagen überfahren wird. β. **RG.** VI. JW. **11** 578 Nr. 13, HansGZ. **11** Beibl. 293. Der 15 Jahre alte Kläger, der nach einer Neckerei mit seinen Begleitern, ohne sich umzusehen, in die Fahrbahn gelaufen ist und, als er sich vor dem herankommenden Motorwagen retten wollte, ausglitt und überfahren

wurde, trägt die überwiegende Schuld ($^2/_3$) an dem Unfalle. γ. **RG.** VI. JW. **11** 485. Der Verunglückte, der von einem Straßenbahnwagen umgestoßen wurde, trägt an dem Unfall allein die Schuld. Er hatte sich, anstatt auf der breiten Fußgängerstraße zu bleiben, an die Bordschwelle des für Fußgänger nicht bestimmten Reitwegs hingestellt und zwar mit dem Rücken gegen das gleich dahinterliegende Bahngeleise. Als ein scheu gewordenes Reitpferd sich vor dem Verunglückten aufbäumte, trat er, ohne sich umzusehen, erschreckt auf das Geleise zurück und wurde vom Bahnwagen erfaßt. Daß er, ohne auf den Bahnbetrieb zu achten, seine ganze Aufmerksamkeit aus Neugierde auf den Reiter und das Pferd gerichtet hatte, war an dem gefährlichen Standort eine grobe Fahrlässigkeit und für den Unfall die weit überwiegende Ursache. **e**) Verletzung eines Fußgängers am Rande des Bürgersteigs. **RG.** VI. JDR. **9** Nr. II 1 γ jetzt auch EisenbE. **27** 295. **f**) Zusammenstoß der Straßenbahn mit einem Fuhrwerk. **RG.** VI. BadRpr. **11** 184. Kein Mitverschulden des Verletzten, der hinten auf einem Leiterwagen saß und bei einem Zusammenstoß mit einer Straßenbahn zu Falle kam.

2. Zu § 1 HaftpflG. Eisenbahnunfälle (s. JDR. **9** Nr. II 1 b, **8** Nr. 7 und 9 a β, **7** Nr. 10 a β, **6** Nr. 8 a β, **5** Nr. 10 a β, **4** Nr. 10 a β, **3** Nr. 10 a β). **a**) Aufspringen während der Fahrt. Eigenes Verschulden auch dann, wenn der Reisende anderenfalls einen mehrstündigen Heimweg zu Fuße vor sich hatte. **RG.** VI. JW. **11** 62 Nr. 65, EisenbE. **27** 318, R. **10** Nr. 4185. Der Ehemann der Klägerin war dadurch verunglückt, daß er, nachdem er auf einer Station umgestiegen war, von dem sich wieder in Bewegung setzenden Zuge absprang, um den zurückgebliebenen Hund zu holen, und mit diesem wieder einzusteigen versuchte. Hier bleibt die mit dem Eisenbahnbetriebe verbundene Gefahr trotz ihrer durch das eilige Umsteigen verursachten Steigerung hinter dem Verschulden des Getöteten derart zurück, daß auch bei Anwendung des § 254 eine Teilung des Schadens nicht gerechtfertigt erscheint. b) Unvorsichtigkeit beim Absteigen. α. **RG.** VI. WarnE. **11** 324 Nr. 284, EisenbE. **27** 443. Den Absteigenden, der sich der zum Festhalten beim Aussteigen bestimmten, am Wagen angebrachten Schutzstangen (Griffstangen) zu bedienen versäumt, trifft der Vorwurf des Selbstverschuldens, wenn er nicht für den einzelnen Fall zu rechtfertigen vermag, warum er diese nächstliegende und gewöhnlichste Vorsichtsmaßregel unterlassen hat. β. FrkfRdsch. **45** 20 (Frankfurt). Unfall beim Aussteigen aus einem Eisenbahnzuge während des Haltens, aber noch vor dem beim Halten üblichen Rucke der Wagen. **c**) Verhalten während der Fahrt. **RG.** VI. JW. **11** 192 Nr. 27. Keine Fahrlässigkeit des Eisenbahnreisenden, der seinen Arm auf den inneren Fensterrand gelegt hat. **d**) Besteigen eines rangierenden Zuges. **RG.** VI. JW. **11** 1016 Nr. 13, SchlHolstAnz. **11** 324 — in Bestätigung von OLG. Kiel JDR. **9** Nr. II 1 b η. Teilung des Schadens, den ein achtjähriger Knabe durch Besteigung eines auf offener Straße rangierenden Eisenbahnzugs erlitten hat, den der Eisenbahnfiskus nicht genügend beaufsichtigt hat. **e**) Unvorsichtigkeit eines Bahnarbeiters. **RG.** VI. BayRpflZ. **11** 401, R. **11** Nr. 2511. Es kann unter Umständen gerechtfertigt sein, für die Frage des eigenen Verschuldens einen milderen Maßstab mit Rücksicht darauf anzulegen, daß seine Tätigkeit den Verletzten fortwährend mit den Gefahren des Betriebs in Berührung bringt und der stete Umgang mit der Gefahr ihn geneigt macht, weniger auf diese zu achten. Indes darf doch diesem Gesichtspunkte da nicht zu Lasten des Betriebsunternehmers Rechnung getragen werden, wo der Verunglückte nicht nur einer zum Schutze der Arbeiter erlassenen Weisung zuwiderhandelt, sondern auch die noch unmittelbar angesichts der nahenden Gefahr abgegebenen Signale und Warnungsrufe geflissentlich unbeachtet läßt. Die

Folgen eines solchen Ungehorsams hat der Verunglückte allein zu vertreten. **f)** Zusammenstoß zwischen Eisenbahn und Auto. RheinA. **108** I 292 (Cöln). Ein eigenes Verschulden des verletzten Automobilfahrers liegt nicht darin, daß er vor Antritt der Fahrt in eine ihm unbekannte Gegend von einem genauen Kartenstudium bezüglich der zu überquerenden Eisenbahnkörper abgesehen hat.

3. Unfall beim Aussteigen aus dem Dampfer. **RG.** I JW. **11** 360 Nr. 7. Alleinige Haftung des Beschädigten, welcher beim Aussteigen zu Falle gekommen ist (vgl. § 631 Nr. II 3b).

4. Automobilunfälle. **a)** Besteigen eines Omnibus nicht an der Haltestelle. R. **11** Nr. 1876 (KG.). Wer einen Kraftomnibus nicht an einer Haltestelle, sondern während der Fahrt oder doch während eines zufälligen durch Verkehrshindernisse veranlaßten Haltens besteigt und hierbei einen Unfall erleidet, hat keinen Anspruch auf Schadensersatz. **b)** Eigenes Verschulden des Insassen einer Kraftdroschke. **RG.** VI. DJZ. **11** 594, Bay. RpflZ. **11** 202. Wer in einem fremden Kraftwagen fährt, kann nur dann verantwortlich gemacht werden, wenn er ein rechtswidriges Tun des Führers positiv veranlaßt hat.

5. Radfahrer und Auto. **a)** OLG. **23** 56 (Celle). Mitwirkendes Verschulden des Radfahrers, der infolge eines ihm entgegenkommenden Automobils vom Rade fiel. Der Radfahrer ist gerade auf das Automobil, das er schon von weitem sah, losgefahren und hätte, da er sah, daß es keine Anstalten zum Ausweichen traf, ausweichen oder absteigen müssen. **b)** **RG.** IV. R. **11** Nr. 1273. Fährt ein Radfahrer auf einer stark befahrenen und begangenen Verkehrsstraße, so dicht neben einem Omnibus in gleicher Fahrtrichtung, daß er bei einer plötzlichen Seitwärtsbewegung des Omnibus in eine Kollision mit diesem geraten kann, so rechtfertigt sich die völlige Klagabweisung wegen eigenen Verschuldens.

6. Reitunfälle. **RG.** III. R. **11** Nr. 465. Der eine öffentliche Straße Benutzende darf mit ihrer völligen Verkehrssicherheit rechnen, er darf auf ihr jede erlaubte Verkehrshandlung vornehmen, insbesondere sie zum Reiten in der ganzen Ausdehnung benutzen, in der sie dem Reitverkehre freigegeben ist.

7. Gehen auf dunkler Dorfstraße. **RG.** VI. JW. **11** 578 Nr. 14, R. **11** Nr. 2424. Kein eigenes Verschulden des Wanderers, der beim Gehen auf einer dunklen ihm unbekannten Dorfstraße am Rande in unverdeckte Gruben gefallen ist.

8. Weitere körperliche Unfälle. **a)** Beim Besuche einer Gastwirtschaft. **RG.** III. R. **11** Nr. 3625. Ist dem Bürgermeister eines kleinen Ortes, der als Gast eine Gastwirtschaft besucht, der gefährliche Zustand der Eingangstreppe bekannt, so kann daraus, daß er in seiner amtlichen Eigenschaft es unterlassen hat, wegen der Gefährlichkeit von Amtes wegen einzuschreiten, ein bei seinem Unfalle mitwirkendes eigenes Verschulden nicht abgeleitet werden. **b)** Beim Abladen einer Lokomobile. **RG.** III. R. **11** Nr. 2719. Der Verunglückte ist an seinem Tode in einer jeden Ersatzanspruch ausschließenden Weise selbst schuld, wenn er beim Abladen einer Lokomobile, als sie umzukippen drohte, herzusprang und sie durch Entgegenstemmen zu halten versuchte, obwohl er sich bei einiger Überlegung sagen mußte, daß sein Beginnen aussichtslos ist. Daß das Ereignis plötzlich und unerwartet eintrat, entschuldigt ihn nicht. Denn es handelte sich für ihn nicht darum, daß er, um einer ihm drohenden Gefahr zu entrinnen, in der Eile einen falschen Weg einschlug, sondern er lief ohne jede Überlegung erst in die Gefahr hinein, obwohl er selbst in den wenigen Sekunden, in denen sich der Unfall abspielte, die Lebensgefahr hätte erkennen können. **c)** Berührung fremder Hunde. **RG.** IV. HansGZ. **11** Beibl. 269. Wenn auch im allgemeinen eine Berührung fremder Hunde mit der Hand bei Unkenntnis

ihrer Eigenschaften gefährlich ist, so konnte doch vorliegend der Verletzte mit Rücksicht auf das ruhige Verhalten des Hundes beim Betreten des Zimmers und während seines Aufenthalts darin annehmen, es mit einem durchaus gutartigen Tiere zu tun zu haben. **d)** Unvorsichtiges Umgehen mit einer Flinte. **RG.** VII. JW. **11** 36. Der Jäger hat den Unfall, durch den er ums Leben kam, selbst grobfahrlässig verschuldet. Das Aufhängen einer geladenen Flinte auf der Hausdiele stellt ein grobes Verschulden dar, dies auch dann, wenn der Jäger die Flinte für entladen gehalten hat, denn er hat sie dann nicht mit der Aufmerksamkeit, die von jedem Jäger unter allen Umständen beobachtet werden muß, daraufhin geprüft, ob sie geladen war oder nicht. Auch bei der Herunternahme der Flinte hat er grobfahrlässig gehandelt; denn er durfte die Flinte nicht mit dem Laufe gegen seinen Körper halten, wenn er sich nicht vorher mit voller Sicherheit davon überzeugt hatte, daß sie nicht geladen war. **e)** Unvorsichtiges Verhalten bei der Jagd. HansGZ. **11** Beibl. 241 (Hamburg). Mitverschulden des getroffenen Mitjagenden, wenn er der Verabredung zuwider seinen Stand verläßt, ohne die anderen Jäger vorher zu warnen, und hierdurch in die Schußrichtung eines Jagdgenossen kommt. **f)** MecklZ. **29** 195 (Rostock). Eigenes Verschulden des beim Turnen am Reck verletzten Schülers. Verschulden des Lehrers siehe § 276 Ziff. VI 2.

9. Mitwirkendes Verschulden des Beschädigten, da er den Gegner gereizt hatte. **a) RG.** VI. SächsRpflA. **11** 59. Das als mitwirkendes Verschulden des Beschädigten zu berücksichtigende Reizen des Handelnden kann auch dann vorliegen, wenn das Reizen nicht genau bei derselben Gelegenheit erfolgt ist. Es kann nur ein innerer Zusammenhang zwischen dem Reizen des einen und der Tätlichkeit des anderen erfordert werden, und der kann auch vorliegen, wenn ein längerer Zeitraum zwischen beiden Ereignissen verstrichen ist. **b) RG.** VI. WarnE. **11** 295 Nr. 261, R. **11** Nr. 2090. **c) RG.** VI JW. **11** 578 Nr. 16. Wenn auch der Beklagte infolge des Exzesses seiner Notwehr widerrechtlich gehandelt hat, so kommt doch zu seinen Gunsten § 254 in Anwendung, da ihn der Verletzte durch vorangegangene rechtswidrige Angriffe in eine Aufregung versetzt hatte, die ihn das Maß der Notwehr überschreiten ließ.

10. Eigenes Verschulden der Prozeßaufregungen. **RG.** VI. 14. 11. 10, **75** 19 JW. **11** 149 Nr. 4, EisenbE. **27** 332, DJZ. **11** 337, R. **11** Nr. 328. Eigenes schuldhaftes Verhalten des Schadensersatzberechtigten, der die mit dem Prozesse verbundenen Aufregungen selbst verschuldet hat, indem er den Prozeß durch die maßlosen Forderungen selbst herbeigeführt hat. Vgl. § 249 Nr. II 2b.

11. Eigenes Verschulden des Geschädigten bei arglistiger Herbeiführung der Formnichtigkeit durch den Gegner? S. hierüber die Abhandlungen von Hoeniger und Josef § 242 Nr. I 3.

12. Mitwirkendes Verschulden beim Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO. **RG.** IV. JW. **11** 55. Bei dem Schadensersatzanspruche des Antragsgegners, der zur Abwendung der Arrestvollziehung statt baren Geldes mit — wenn auch stillschweigender — Zustimmung des Gläubigers Wertpapiere hinterlegt und Schaden durch Kursrückgang erlitten hat, ist zu untersuchen, ob den Antragsgegner ein mitwirkendes Verschulden trifft, sei es wegen der Art der Hinterlegung selbst, sei es wegen Nichtumtausches der hinterlegten Wertpapiere (§ 235 BGB.).

13. Mitwirkendes Verschulden desjenigen, der sich eine Urkunde von einer unzuständigen Person beglaubigen läßt. **RG.** VI. WarnE. **11** 309 Nr. 270. Mitwirkendes Verschulden des Gläubigers, der sich von einem bayerischen Gemeindevorstande die Zahlungsfähigkeit

des Darlehnsschuldners und Bürgen bestätigen und die Überbürgschaft geben läßt. Es muß im höchsten Maße befremden, wenn die Klägerin (Gläubigerin) wissentlich ländliche Gemeindebeamte dadurch, daß sie ihnen von Personen, die von ihr Darlehen zu erhalten suchen, derartige Urkunden (mit Vordruck) vorlegen läßt, geradezu in die Versuchung führt, ihre Amtsbefugnisse zu überschreiten und Verpflichtungen zu übernehmen, durch welche für sie schwere finanzielle Gefahr entsteht. Ein solches Verhalten verstößt wider Treu und Glauben und ist im Sinne von § 276 schuldhaft.

14. SchlHolstAnz. **11** 133 (Kiel). Mitverschulden des Eigentümers, dessen Jagdhund während seiner Abwesenheit auf fremdem Jagdgebiet erschossen worden ist. Er hat, während er verreiste, die Hunde unbeaufsichtigt gelassen. Er mußte damit rechnen, daß sie, sobald sie unbeaufsichtigt ins Freie kamen, im Revier umherstreiften, dort ihren Herrn suchten und besonders, wenn sie in der Nähe Schüsse fallen hörten, dorthin liefen und so sich auf das fremde, ganz nahe an der Grenze gelegene Jagdgebiet begeben würden. Er hätte also vor seinem Fortgehen in bezug auf die Beaufsichtigung der Hunde die nötigen Anordnungen treffen müssen, sofern er sie nicht einsperrte oder anband.

IV. Einzelfälle bei Vertragsverhältnissen. 1. Beim Vertragsschlusse. **RG.** II. LeipzZ. **11** 464 Nr. 2. Dem Vertragsgegner ist kein Vorwurf daraus zu machen, daß er sich den telephonischen Abschluß mit dem Handlungsbevollmächtigten nicht hat schriftlich bestätigen lassen.

2. Ist Hinweis auf abstrakte Schadensberechnung erforderlich? OLG. **23** 9, HansGZ. **11** Hptbl. 119 (Hamburg). Der Verkäufer ist nicht verpflichtet, den Käufer bei der Weigerung, die Ware anzunehmen, darauf aufmerksam zu machen, daß er den Schaden abstrakt berechnen werde.

3. Nachforschungspflicht hinsichtlich des Eigentums an der Kaufsache? **RG.** II. HoldheimsMSchr. **11** 149, R. **11** Nr. 2817. Es ist nicht ersichtlich, weshalb allgemein einem Kauflustigen die Pflicht obliegen soll, Ermittelungen darüber anzustellen, ob derjenige, der sich mit ihm in Kaufverhandlungen einläßt, auch Eigentümer der zu kaufenden Sache ist. Dem steht schon entgegen, daß auch der Verkauf einer fremden Sache rechtswirksam ist. Von einer solchen Pflicht kann mangels besonderer Umstände nur bei dem Verkäufer die Rede sein.

4. Verpflichtung zum Deckungskaufe. a) **RG.** II. 20. 9. 10, GruchotsBeitr. **55** 110, LeipzZ. **10** 928 Nr. 17 (vgl. bereits kurz JDR. **9** Nr. III 5 a). Bei konkreter Berechnung des durch Nichterfüllung eines Kaufvertrags entstandenen Schadens kann der Käufer, der die Ware weiter verkauft hat, den durch den Weiterverkauf erzielten Gewinn und den ihm durch seine Nichterfüllung desselben entstandenen Verlust nur dann fordern, wenn durch die Nichtlieferung seines Verkäufers die Erfüllung der eigenen Verpflichtungen aus dem Weiterverkaufe vereitelt ist. Bei marktgängiger Ware ist mangels besonderer Umstände zu unterstellen, daß der Weiterverkäufer bei Nichtlieferung seines Verkäufers sich dieselbe anderweitig rechtzeitig zum Marktpreise beschaffen konnte. Der Käufer kann bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns und bei Berücksichtigung des fortwährenden Steigens der Preise und der daraus sich ergebenden Gefahr eines außerordentlich hohen Schadens zu dem Deckungskaufe verpflichtet sein. b) LeipzZ. **11** 312 Nr. 2, ElsLothJZ. **11** 520, R. **11** Nr. 1274 (Colmar). § 254 Abs. 2 findet auf den Käufer beim Anspruch auf den Ersatz des abstrakten Schadens dann Anwendung, wenn er trotz sich ihm bietender leichter Deckungsgelegenheit unterläßt, durch deren Benutzung den Schaden zu mindern, mag es sich um eine marktgängige oder nur um eine in anderer Weise verkäufliche Ware handeln.

5. Verkehr zwischen Bank und Kunden. Unterlassener Hinweis auf den hohen Schaden. a) **RG.** VI. 26. 6. 11, DJZ. **11** 1218. Der Kläger, der bei Verlust seines Patents eine Patentgebühr zu zahlen hatte und seine Bank rechtzeitig anwies, die Zahlung über Reichsbankgirokonto dem Patentamte zu überweisen, hätte die Bank auf den unverhältnismäßig hohen Schaden hinweisen müssen (Teilung des Schadens). Gleichgültig ist, daß die Bank dem Kläger am anderen Tage mitteilte, sie habe die Überweisung ordergemäß ausgeführt. Kläger hätte sich trotzdem bei der Reichsbank erkundigen müssen, ob die Überweisung ordnungsmäßig erledigt war. b) BankA. **11** 60, DJZ. **11** 540 (KG.). Verlangt ein Kunde von seiner Bank die sofortige Überweisung seines Guthabens an eine andere Bank und führt die Bank diesen Auftrag erst nach drei Tagen aus, so ist ihr Verschulden, wenn aus der Verzögerung ein Schaden entsteht (ein der neuen Bank erteilter Börsenauftrag wurde erst nach Überweisung des Guthabens bei ungünstigem Kursstand ausgeführt), unverhältnismäßig gering gegenüber dem des Kunden, der die Bank darauf hätte aufmerksam machen müssen, daß und warum die Ausführung des Auftrags noch am selben Tage nötig war. Die Bank konnte derartiges nicht ahnen, sie haftet daher gar nicht.

6. Hypothekengläubiger und Schuldner. Unterlassener Hinweis auf den ungewöhnlich hohen Schaden infolge nicht rechtzeitiger Zahlung der Hypothek. **RG.** V. 29. 10. 10, JW. **11** 35, BayRpflZ. **11** 67, R. **11** Nr. 23, WarnE. **11** 14. Im allgemeinen ist der Hypothekengläubiger nicht verpflichtet, den Hypothekenschuldner im voraus darauf hinzuweisen, daß er im Falle nicht rechtzeitiger Zahlung Schadensersatz zu leisten haben werde. Wenn aber ein ungewöhnlich hoher Schaden droht, den der Schuldner weder kennt noch kennen muß, ist der Gläubiger verpflichtet, ihn vor dem Fälligkeitstermine darauf aufmerksam zu machen. So war es ungewöhnlich, daß dem Gläubiger die Gelegenheit gegeben war, den bedeutenden Betrag von 40 000 M. im Falle rechtzeitiger Zahlung auf sichere Hypothek zu 7 pCt. unterzubringen und dazu noch eine Vergütung von 2000 M. zu erlangen, und es war nicht damit zu rechnen, daß dem Gläubiger infolge nicht rechtzeitiger Zahlung eine derart günstige Kapitalanlage entgehen würde. Es kommt aber noch darauf an, wann dem Gläubiger die andere Hypothek zugesagt, er also in der Lage war, den Schuldner zu benachrichtigen, und auch, wenn die Möglichkeit der Mitteilung schon längere Zeit vor dem Fälligkeitstermine (1. Oktober) gegeben gewesen wäre, käme in Frage, ob durch die rechtzeitige Mitteilung die Zahlung bis zum 4. Oktober veranlaßt worden wäre. Vgl. hierüber oben Nr. II.

7. Hypothekengläubiger und Schätzungskommission. WürttRpflZ. **11** 58 (Stuttgart). Der Hypothekengläubiger, der das Grundstück seines Darlehnsschuldners zu hoch beliehen hat, hat seinen Ausfall zum Teil selbst verschuldet, da er sich nicht blindlings auf die Richtigkeit des Ergebnisses der vom Gemeinderate bestellten Schätzungskommission verlassen durfte. Er hätte letztere anfragen müssen, ob bei der Schätzung lediglich der Wert des Anwesens als solcher in Betracht gezogen und nicht etwa auch die Eigenschaft als Wirtschaftsanwesen mitberücksichtigt worden sei.

8. Anwalt und Mandant. a) **RG.** III. 18. 1. 11, SchlHolstAnz. **11** 69, R. **11** Nr. 1104. Der Mandant, welcher einen Anwalt mit der Durchführung der Rechte gegenüber einer Patentverletzung beauftragt hatte, handelt nicht schuldhaft, wenn er ihn nicht auf die Erhebung auch der Schadensersatzklage vor Eintritt der dreijährigen Verjährung (§ 39 PatG.) aufmerksam gemacht hat. Eine Kenntnis von der laufenden Verjährungsfrist auf seiten des Mandanten ist nicht dargetan, und so durfte letzterer darauf bauen, daß nach Durchführung der Unterlassungsklage

der Entschädigungsanspruch erhoben werde. **b**) Wieweit muß der Mandant von selbst dem Anwalte rechtlich erhebliche Tatsachen mitteilen? Vgl. § 611 Nr. V 4a, c.

9. Im Hotel (vgl. IDR. **9** Nr. II 3 d). Mitverschulden des Gastes bei nächtlichem Einbruchsdiebstahle. **RG.** III. 28. 2. 11, **75** 386 JW. **11** 445 Nr. 8, R. **11** Nr. 1728. Wie die den Gastwirten obliegende Fürsorge- und Sicherungspflicht mit dem häufigeren Auftreten gewerbsmäßiger Gasthausdiebe sich gegen früher gesteigert hat, so sind auch die Anforderungen an die Aufmerksamkeit und Sorgfalt, die der Gast während seines Aufenthalts im Gasthaus in bezug auf die Sorge für die von ihm eingebrachten Sachen zu beobachten sind, entsprechend höher zu stellen. So hat der Gast den nächtlichen Diebstahl seines Geldes und Brillantringes mitverschuldet, indem er die äußere Tür seines Zimmers, zu der ihm der Schlüssel ausgehändigt war, nicht verschlossen und sich mit dem Zuriegeln der inneren Türe begnügt hatte, insbesondere aber deshalb, weil er sein Geld (4000 M.) und den Ring offen — bzw. nur mit einem Hute bedeckt — auf dem Nachttischchen hat liegen lassen. Das Verschließen im Kleiderschrank, im Schubfache der Kommode oder im Koffer hätte aller Wahrscheinlichkeit nach genügt, um die Vollendung des Diebstahls zu verhindern; denn der Versuch der Öffnung eines dieser Behältnisse hätte zweifellos ein Geräusch verursacht, wovon der Kläger oder einer seiner Nachbarn erwacht wäre. Vgl. hierzu § 701 Nr. 2 und 4.

10. Nichtannahme eines Vergleichsangebots als schuldhafte Unterlassung der Schadensminderung. **RG.** III. SächsRpflA. **11** 466. Wenn eine Zwischenperson ihrem einem Vertragsgegner gegenüber zum Schadensersatze verbunden, von ihrem andern Vertragsgegner jedoch Schadensersatz verlangen kann, so ist es regelmäßig der Zwischenperson nicht zuzumuten, einen von ihrem ersatzberechtigten Vertragsgegner angebotenen Vergleichsvorschlag behufs Minderung des Schadens anzunehmen. Denn es kann ihr, ehe feststeht, ob und in welchem Umfang ein Schaden erwachsen ist, nicht angesonnen werden, den Vergleich auf die Gefahr hin abzuschließen, daß der ihr Schadensersatzpflichtige den Vergleich nicht als ihn bindend anerkenne und daß der Schaden späterhin nicht feststellbar sei. Vielmehr erfüllt in solchen Fällen die Zwischenperson ihre in § 254 Abs. 2 begründete Verpflichtung zu möglichster Schadensminderung damit, daß sie den Vergleichsvorschlag zur Kenntnis des anderen bringt und diesen so in die Lage versetzt, den Vorschlag zu prüfen und sich über dessen Annahme zu entscheiden.

V. Prozessuales. 1. **RG.** VI. 8. 12. 10, JW. **11** 192 Nr. 27. Entscheidung durch das Revisionsgericht bei unmöglicher Aufklärung des Sachverhalts durch die Parteien hinsichtlich des Mitverschuldens (vgl. § 565 ZPO. Nr. II).

2. Im übrigen vgl. ZPO. zu § 304 Nr. II 6.

§ 258. OLG. Rostock IDR. **9** jetzt auch SeuffA. **66** 62.

§§ 259, 260. 1. Keine Rechnungslegungs- und Auskunftspflicht bei Abschluß vertraglich verbotener Geschäfte. a) OLG. Hamburg IDR. **9** § 259 Nr. 2 c jetzt auch OLG. **22** 328, HansGZ. **11** Hptbl. 35 (vgl. unten § 687 Nr. 2). **b**) Ebenso OLG. **23** 1 a α (KG.). Keine Auskunftspflicht über Einhaltung einer Vertragspflicht. c) Ebenso SächsOLG. **32** 541 (Dresden).

2. OLG. **22** 184 (KG.). Bei Anfechtungsklagen nach dem AnfG. besteht kein Anspruch auf Auskunfterteilung. Das AnfG. gewährt einen solchen Anspruch nicht, und § 260 BGB. findet nicht Anwendung, die Rückgewähr geht nicht auf die Herausgabe an den Berechtigten, dessen Recht beruht vielmehr auf seinem Befriedigungsrecht und kann darüber nicht hinausgehen.

3. **RG.** VI. R. **11** Nr. 3426. Der Verwalter eines Hausgrundstücks kann nicht vor Rechnungslegung über seine Verwaltung und die gehabten Einnahmen mit einem Ersatzanspruche wegen Verwendungen gegen einen wider ihn bestehenden Anspruch aufrechnen.

§ 260. OLG. **23** 1 β (KG.). Keine Klage auf Ergänzung des Verzeichnisses. Es kann lediglich unter den Voraussetzungen des § 260 der Offenbarungseid erzwungen werden. Anderenfalls hätte der Berechtigte zwei Möglichkeiten, die Klage auf Ergänzung und die auf Leistung des Eides. Die Ergänzungsklage würde häufig nicht zum Ziele führen und der Berechtigte schließlich doch wieder zum Offenbarungseide seine Zuflucht nehmen. Deshalb ist die Versagung der Ergänzungsklage sachgemäß.

§ 262. Literatur: Falkmann, Die Pfändbarkeit der Wahlforderungen, R. **11** 1—4.

1. *Hörle, Abzahlungsgeschäfte, GruchotsBeitr. **55** 212 ff., 216 ff. Bei Abzahlungsgeschäften liegt weder auf seiten des Käufers eine Wahlschuld, noch auf der einen oder anderen Seite eine Alternativermächtigung vor.

2. Falkmann, R. **11** 1—4, verneint mit der herrschenden Lehre die Pfändbarkeit, wenn eine der beiden Leistungen der Vollstreckung entzogen ist. Die Wahlobligation ist eine einheitliche, unteilbare Obligation. Ist eine unteilbare Obligation bezüglich eines Teiles unpfändbar, so ist sie ganz unpfändbar. Ein Wahlrecht des Pfandgläubigers ohne Alternative (Eckstein, JDR. **9** Nr. 2 b) ist ein Widerspruch in sich selbst; der Unterschied, den Citron (JDR. **9** Nr. 2 a) macht, entbehrt des inneren Grundes. — Pfändbarkeit der facultas alternativa.

§ 266. 1. OLG. **22** 184 d, R. **11** Nr. 2093 (Hamburg). Die Lieferung des möglichen Teiles allein, d. h. ohne Schadensersatz für den unmöglichen Teil (§ 280), braucht der Gläubiger nicht anzunehmen: Das wäre eine nach § 266 unzulässige Teilleistung. Dadurch aber, daß dem Kläger Schadensersatz und Leistung zuteil wird, ist er nicht beschwert, er kann nicht die Lieferung des möglichen Teiles als Teilleistung ablehnen.

2. Bei Rückstand mehrerer Mietraten. OLG. **22** 290 (KG.). Gegenüber dem Mieter, der die 1. Quartalsrate nicht bezahlt hat, weil ihm höhere Gegenansprüche zuständen, und die 2. und 3. Rate rechtzeitig angeboten hat, kann sich der Vermieter auf § 266 nicht berufen; denn er hat sich schon im voraus zur Annahme jeder einzelnen Mietrate, also von Teilleistungen, verpflichtet. Die einzelne Rate hat dadurch den Charakter einer völlig selbständigen Forderung erhalten. Es erscheint nicht zulässig, mehrere rückständige Mietraten zusammenzurechnen und dieser Schuld gegenüber eine Quartalsrate, welche zur Zahlung angeboten wird, als Teilleistung zu bezeichnen, die der Vermieter nicht anzunehmen braucht.

§ 268. *Eckstein, ACivPr. **107** 408. Das Recht aus § 268 steht auch dem zu, dem der Gegenstand mittels Schenkungsversprechens zugewendet wird. Näheres s. zu § 518.

§ 269. Literatur: Emge, Der Vollzugsort beim gegenseitigen Vertrage.

I. Erfüllungsort beim gegenseitigen Vertrage. *Emge. 1. Vollzugsort ist der Ort, an dem sich der letzte, für die Leistung typische, bestimmt geschuldete Teil der Verpflichtung vollzieht. Er ist zu unterscheiden von den Orten, an denen sich die vorausgehenden positiven und negativen Verpflichtungen vollziehen, deren Einzelabwickelung dem Schuldner meist insoweit überlassen ist, als er auswählen muß, was zum geschuldeten Enderfolg nötig ist. 2. Der Vollzugsort ist für jede Leistung selbständig zu ermitteln (§ 269 regelt nur den Schuldort). Er liegt bei der Einzelverpflichtung, die das Schuldverhältnis charakterisiert, meist beim Gläubiger, wenn nicht Abrede oder unbeweglicher Gegenstand entgegenstehen.

3. Der Vollzugsort erleidet beim gegenseitigen Vertrag ohne Vorleistungspflicht dadurch eine Änderung, daß die Zugumzugleistung Einheit der Vollzugsorte verlangt. 4. Der Vollzugsort ist beim gegenseitigen Vertrag ohne Vorleistungspflicht in folgender Weise zu ermitteln: a) Gegenseitige Verträge, die eine Geldschuld enthalten. α. Zuerst ist festzustellen, wo der Vollzugsort bei der Nichtgeldschuld läge, wenn sie isoliert wäre, einem gegenseitigen Vertrage nicht angehörte (nach Methode 2). β. Dann ist zu prüfen, ob dieser Vollzugsort der isolierten Nichtgeldschuld den im § 270 für die Geldschuld bestimmten verdrängen soll. γ. Ist dies aus Gesetz oder Vertragsabrede zu entnehmen, so liegt ein von vornherein bestimmter Vollzugsort für beide Leistungen vor, nämlich da, wo ihn die Nichtgeldschuld ergibt. δ. Läßt sich dies nicht entnehmen, so sind, da beide Leistungen, isoliert betrachtet, meist beim Gläubiger den Vollzugsort haben, zwei Vollzugsorte alternativ gegeben, nämlich der der Geld- und der der Nichtgeldschuld. Dann wählt der am meisten interessierte durch Vorleistung den Vollzugsort, der dann auch für die Gegenleistung maßgebend wird. ε. Läßt die Nichtgeldschuld überhaupt keinen Vollzugsort erkennen, so liegt ein von vornherein bestimmter Vollzugsort für beide Leistungen vor, nämlich der des § 270, der Geldschuld. b) Gegenseitige Verträge, die keine Geldschuld enthalten. Es ist dann gemäß δ meist der Vollzugsort durch Wahl aus den zwei alternativ gegebenen zu schaffen. Doch bedingt hier die Farblosigkeit einer Gegenleistung unter Umständen analoge Behandlung mit der Geldschuld, so daß dann die Grundsätze a α—ε zur Anwendung kommen.

II. Erfüllungsort für Willenserklärungen. Breit, GruchotsBeitr. **55** 30. Ist eine Willenserklärung zu leisten (vgl. oben zu §§ 241 ff. Nr. II 3), so ist hierfür der Erfüllungsort am Wohnsitze des Erklärungsempfängers, und zwar auch dann, wenn letzterer nicht Vertragspartei ist.

III. Vereinbarung des Erfüllungsorts. 1. **RG.** II. JW. **11** 361 Nr. 8, HoldheimsMSchr. **11** 146, LeipzZ. **11** 704 Nr. 2. Erfüllungsort war Verona, da nach dem Vertrage die von dem in Deutschland wohnenden Beklagten geschuldeten Zahlungen durch eine Bank in Verona zu leisten waren. Diese sollte als Beauftragte der Beklagten handeln und nicht etwa als Beauftragte der Klägerin den Kaufpreis in Empfang nehmen. Damit war eine von der gesetzlichen Regel des § 270 Abs. 1 abweichende Zahlungsweise vereinbart, die sich nicht nur als ein Ersatz der den Beklagten an sich obliegenden kostenfreien Übermittelung des Geldes darstellt, sondern die Bedeutung hatte, daß das Geschäft, soweit die Beklagten Kaufpreis zu zahlen hatten, in Verona abzuwickeln, der Vertrag also in Ansehung der Hauptverbindlichkeit der Beklagten dort zu erfüllen war.

2. Stillschweigende Vereinbarung. Fakturenklausel. OLG. **23** 4 (Braunschweig). Bedeutungslosigkeit des Fakturenvermerkes „Erfüllungsort B.", obwohl derartige Fakturen dem Käufer auch bei früheren Sendungen geschickt worden sind. Es läßt sich nicht behaupten, daß der Käufer hieraus hätte ersehen müssen, wie der Verkäufer das betreffende Geschäft, mindestens aber die nachfolgenden Geschäfte, nur unter der gedachten Bedingung hätte abschließen wollen.

IV. Einzelfälle. 1. Erfüllungsort für Wandelungs-, Minderungs-, Schadensersatzklage. a) Wandelung nach erfülltem Kaufvertrage. SchlHolstAnz. **11** 139 (Kiel). Erfüllungsort für die aus der Wandelung sich ergebenden Verpflichtungen der Parteien, Zurückzahlung des Kaufpreises und Rücknahme der Kaufsache, ist der Ort, wo sich die Kaufsache auf Grund des Vertrags befindet. Dort hat der Käufer die Sache zurückzugewähren und der Verkäufer den Kaufpreis zurückzuerstatten. Der vereinbarte Erfüllungsort kann sich nur auf die Erfüllung des Vertrags, nicht auf die Ansprüche aus der Wandelung beziehen. **b)** OLG. **23** 2 (Hamburg). Erfüllungsort für die

Wandelungsklage des Käufers an dessen Wohnsitz. **c)** PosMSchr. **11** 102 (Posen). Bei der Minderungs- und Schadensersatzklage ist die streitige Verpflichtung die Vertragserfüllungspflicht. Zuständig ist also das Gericht des Ortes, wo der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses — des Vertrags — seinen Wohnsitz hatte. **d)** SeuffBl. **11** 743 (Nürnberg). Gesetzlicher Erfüllungsort für den Minderungsanspruch ist nicht der Wohnsitz des Verkäufers, sondern der Ort, wo der Verkäufer die Hauptverbindlichkeit zu erfüllen, die Abwickelung des Geschäfts in allen wesentlichen Beziehungen vor sich zu gehen hat. Zu dieser Abwickelung gehört auch die Minderung des Kaufpreises.

2. OLG. **23** 4, R. **11** Nr. 1877 (Jena). Bei bedingten und betagten Schuldverhältnissen ist Erfüllungsort der Wohnsitz des Schuldners zur Zeit der Vornahme des bedingten oder betagten Rechtsgeschäfts, nicht zur Zeit, in der die Betagtheit oder Bedingtheit wegfällt.

3. OLG. **22** 187, R. **11** Nr. 2094 (Kiel). Erfüllungsort für die Pflicht des in A. wohnenden Käufers zur Abnahme der in K. gekauften Spezieswaare ist A., als Wohnsitz des Schuldners. Etwas anderes gilt nicht deshalb, weil „frei Waggon K." gekauft ist und weil der Käufer die nach A. gesandte Ware nach K. zurückgesandt hat, wo sie seitdem lagert.

4. Erfüllungsort beim Werkvertrage. **a)** OLG. **22** 311 v (Celle). Der Ort, wo der zu liefernde Bau errichtet wird, ist in der Regel einheitlicher Erfüllungsort für sämtliche Verpflichtungen. **b)** OLG. **22** 186, R. **11** Nr. 2095 (Rostock). Erfüllungsort für die Verpflichtung des Bestellers, den Bau auf seinem Grundstück in Rostock anschlagsmäßig ausführen zu lassen und das Verbot der Ausführung dem in Rostock wohnenden Kläger gegenüber zurückzunehmen und ihm den Bauplatz anzuweisen, ist Rostock.

5. Erfüllungsort für ärztliches Honorar in Badeorten. BadRpr. **11** 150 (Karlsruhe). Ortsfremde, nur vorübergehend zur Kur in Baden-Baden sich aufhaltende Personen haben nach der Verkehrssitte dem Arzte das Honorar in Baden-Baden zu zahlen.

§ 271. Abs. 2. *Gerhard, Die Abnahmepflicht des Käufers 80. **a)** Die Vorschrift des § 271 Abs. 2 ist in dem Falle, daß für die Abnahme eine Zeit besonders bestimmt ist, nicht anwendbar. Das Recht des Käufers, die Abnahme vor der verabredeten Zeit zu bewirken, würde eine Verpflichtung des Verkäufers voraussetzen, die Sache dem Käufer vor dem für die Abnahme bestimmten Zeitpunkte zu übergeben (abzuliefern). Eine solche Verpflichtung ist in der Verabredung einer bestimmten Abnahmezeit nicht enthalten. **b)** Ebensowenig ist der Verkäufer, wenn eine Zeit für die Abnahme bestimmt ist, berechtigt, die Sache vor diesem Zeitpunkte zu übergeben (abzuliefern), da der Käufer vor der verabredeten Zeit nicht abzunehmen braucht.

§ 273. I. Allgemeines. 1. Zurückbehaltung von Unterlassungen? **RG.** IV. R. **11** Nr. 3427. Unterlassungen können nicht zurückbehalten werden. Es würde dies dem Wesen der übernommenen Verpflichtung widersprechen und deshalb mit dem bestehenden Schuldverhältnis unvereinbar sein. Denn wer eine Handlung vornimmt, zu deren Unterlassung er sich verpflichtet hat, hält mit der Erfüllung nicht nur vorläufig zurück, wie es ihm unter den Voraussetzungen des § 273 („sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt") gestattet sein würde, sondern er geht darüber hinaus: Die einmal geschehene Handlung kann nicht mehr ungeschehen gemacht, die Unterlassungspflicht daher überhaupt nicht mehr erfüllt werden. Dies gilt regelmäßig auch dann, wenn ein fortdauerndes Unterlassen bei sich wiederholenden Gelegenheiten zu entgegengesetztem Verhalten bedungen ist.

2. Geltendmachung. a) Durch Aufrechungserklärung? **RG.** III. GruchotsBeitr. **55** 896, JW. **11** 215, LeipzZ. **11** 215 Nr. 12, SeuffBl. **11** 431, R. **11** Nr. 688. In der Aufrechnungserklärung liegt nicht von selbst die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts. Aufrechnung und Zurückbehaltung sind nach Art, Richtung, Voraussetzungen und Wirkungen durchaus verschiedene Rechtsbehelfe. Die Aufrechnung ist nicht, wie die Zurückbehaltung einer Einrede, sondern ein Rechtsgeschäft. Die Zurückbehaltung ist nicht bloß eine unentwickelte Aufrechnung, sondern ein anderer Rechtsbehelf. b) Ausübung durch die Partei erforderlich. **RG.** V. JW. **11** 536, WarnE. **11** 355, R. **11** Nr. 2099. Eine Feststellung von Amts wegen, daß ein Zurückbehaltungsrecht einer Partei zustehe, reicht nicht aus, sondern es muß von ihr auch ausgeübt worden sein. Mag dies auch stillschweigend geschehen können, so muß doch immer ein Verhalten der sich darauf berufenden Partei vorliegen, das keinen Zweifel bestehen läßt an ihrer Absicht, die geschuldete Leistung zu verweigern, bis die ihr gebührende Leistung bewirkt wird.

3. SächsRpflA. **11** 36, R. **11** Nr. 689 (Dresden). Das Zurückbehaltungsrecht erlischt durch die Abtretung der Forderung, auf welche es sich stützt, es sei denn, das der Erwerber der Forderung zugleich durch Schuldübernahme oder dergl. Schuldner derjenigen Forderung wird, gegen welche es sich richtet.

II. Innerliche Zusammengehörigkeit im allgemeinen. a) **RG.** II. WarnE. **11** 116, R. **11** Nr. 687. Eine Leistung kann auch wegen eines Anspruchs zurückbehalten werden, der nicht auf demselben Vertrage beruht, wenn es sich bei beiden Ansprüchen um Erfüllung aus einem dauernden Geschäftsverkehre gehandelt hat. b) HansGZ. **11** Hptbl. 5 (Hamburg). Keineswegs sind immer und ohne weiteres schon dann, wenn zwei Kaufleute nacheinander mehrere Geschäfte über die Lieferung gleicher Ware machen, die mehreren Vertragsverhältnisse als ein innerlich zusammengehöriges Lebensverhältnis anzusehen, und nicht ist immer und ohne weiteres bezüglich der mehreren Rechtsgeschäfte eine natürliche, gewollte oder als gewollt vorauszusetzende Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses für vorliegend zu erachten. c) **RG.** VII. SächsRpflA. **11** 214, JW. **11** 486, DJZ. **11** 874. Kein Zurückbehaltungsrecht, weil nicht dasselbe rechtliche Verhältnis vorliegt. Die Ansicht, daß beide Geschäfte auf demselben „Lebensverhältnisse" beruhen, ist nicht genügend begründet.

III. Ein Zurückbehaltungsrecht wurde bejaht in folgenden Fällen. a) **RG.** II. R. **11** Nr. 2821. Läßt sich ein Gläubiger für seine Forderung einen vollstreckbaren Titel ausstellen und gleichzeitig vom Schuldner zahlungshalber Wechselakzepte übergeben, so kann der Schuldner, wenn der Gläubiger die Akzepte an Dritte in Umlauf gesetzt hat, der Forderung der Zahlung auf Grund des vollstreckbaren Titels und der eingeleiteten Zwangsvollstreckung gegenüber mit Erfolg das Zurückbehaltungsrecht bis zur Herausgabe der Wechsel geltend machen. b) **RG.** V. R. **11** Nr. 1512. Wenn der eine Teil die im Vertrage bestimmte Leistung und der andere Teil Ersatz solcher Schäden beansprucht, die ihm durch den Verzug des Gegners mit der Erfüllung desselben Vertrags entstanden sind, so ist ein rechtlicher Zusammenhang gegeben. c) HansGZ. **11** Hptbl. 272 (Hamburg). Der § 273 gestattet, abweichend vom Handelsrechte, die Zurückbehaltung von Papieren, die als Legitimationspapiere keinen selbständigen Vermögenswert haben.

IV. Ein Zurückbehaltungsrecht wurde verneint in folgenden Fällen. a) **RG.** IV. R. **11** Nr. 293. Wenn eine Sicherheit zwecks Vollstreckung eines Urteils hinterlegt worden ist, sodann aber das Urteil aufgehoben wird, so kann der Gegner wegen seiner in diesem Prozesse verfolgten Ansprüche kein Zurückbehaltungsrecht an der hinterlegten Sicherheit ausüben. b) **RG.** III.

JW. **11** 808 Nr. 12. Kein Zurückbehaltungsrecht des Gläubigers hinsichtlich der Quittungserteilung (vgl. § 368 Nr. IV). c) SeuffA. **66** 147, OLG. **22** 13 (Rostock). Gegen die Forderung der GmbH. auf Zahlung der baren Stammeinlagen besteht kein Zurückbehaltungsrecht. Aus § 19 Abs. 2 GmbHG., der die Aufrechnung verbietet und ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Verpflichtung zur Gewährung von Sacheinlagen ausschließt, ist zu folgern, daß die Geldeinlage schlechthin bar zu zahlen ist.

V. Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Lohnforderungen. Vgl. hierzu GewuKfmG. **16** 419—422 und Neumann, Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnungsverbot, GewuKfmG. **16** 425—429.

VI. Abs. 2. 1. Herausgabe eines Gegenstandes. **RG.** V. BayRpflZ. **11** 483, WarnE. **11** 436. Der Berichtigungsanspruch, mit dem die Herausgabe des Eigentumsrechts bezweckt wird, ist kein Anspruch auf Vornahme einer Handlung, sondern ein Anspruch auf Herausgabe eines Gegenstandes.

2. Verwendungen. **RG.** V. BayRpflZ. **11** 483, WarnE. **11** 436. Verwendungen auf das Grundstück, auf dessen Grundbuchblatt das Eigentum für den Beklagten gebucht ist, sind zugleich als Verwendungen auf das Eigentumsrecht, das er herausgeben soll, anzusehen.

VI. Internationales Privatrecht. **RG.** II. LeipzZ. **11** 302 Nr. 40, WarnE. **11** 116, R. **11** Nr. 687. Ist das deutsche Recht auf das gesamte Vertragsverhältnis der Parteien überhaupt anzuwenden, so gilt dies auch hinsichtlich der Zurückbehaltungseinrede und des § 273. Denn diese Bestimmung bildet einen Bestandteil des gerade für die fortgesetzten vertraglichen Beziehungen der Parteien zueinander in Betracht kommenden deutschen Rechtes und ist daher auch ihre Anwendung im gegebenen Falle als dem festgestellten Vertragswillen der Parteien entsprechend zu erachten.

§ 275. Literatur: Hölder, Zur Lehre von der Haftung für Verzug, Unmöglichkeit und Unvermögen, R. **11** 673—681. — Hölder, BuschsZ. **41** 217—231 (Besprechung von Krückmann, Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, IheringsJ. **57** 1 ff.). — Krückmann, Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, IheringsJ. **59** 20—368; zweiter Beitrag (§ 9 Abgrenzung des Unmöglichkeitsbegriffs und seiner Anwendung 93—148, § 10 Die Einrede aus entgegenstehendem Interesse 233—311). — Rabel, Über Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis. Ein Vortrag (gehalten in der Kammergerichtsvereinigung in Berlin am 7. Februar 1911), RheinZ. **3** 467—490 (vgl. auch desselben Beitrag in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des Österr. Allg. BGB. **2** 823—846).

I. Begriff und Arten der Unmöglichkeit. 1. Unmöglichkeit und Unvermögen. *Rabel, RheinZ. **3** 480—483. a) Die in der Person des Verpflichteten liegenden anfänglichen Hindernisse begründen Unvermögen zur Leistung. Die in der Natur der Leistung gelegenen bewirken aber nicht immer Unmöglichkeit. Insbesondere müssen die Hindernisse besonders gestellt werden, die sich der Mitwirkung des Gläubigers in seiner Person, in seiner Sache oder in seinem Rechte entgegenstellen; sie haben ein Unvermögen des Gläubigers zur Folge, das nach Analogie des § 324 bzw. bei Vermächtnissen analog §§ 2169 f. zu behandeln ist. — b) Wird die Mitwirkung des Gläubigers zur Leistung zufällig nachträglich unmöglich — z. B. er wird krank, unfähig zur Entgegennahme, stirbt, seine Fabrik brennt ab —, so darf nicht Gläubigerverzug angenommen werden. Denn das Gesetzbuch regelt diejenige Veränderung der Umstände, durch welche Leistungsunmöglichkeit entsteht, ex professo in §§ 275, 280, 323—325. Doch hat der Gläubiger in gegenseitigen Verträgen für Aufwendungen des Schuldners als für teilweise Vertragserfüllung das Entgelt zu leisten, so auch für die Bereithaltung des Schuldners zur Erfüllung.

2. Unerschwinglichkeit der Leistung. a) *Rabel, RheinZ. **3** 483—485. § 275 ist bei „Unerschwinglichkeit der Leistung" nicht ohne

weiteres unmittelbar, sondern nur unter Umständen und analog anwendbar. Für andere Fälle sind Analogien aus §§ 251, 633 Abs. 2, 2170 Abs. 2 Satz 1 mit Vorsicht heranzuziehen. Beispiele für zumutbare Leistungen aus der österr. Praxis Rabel, Festschrift **2** 845. **b**) Krückmann, JheringsJ. **59** 128 ff. Unmöglichkeit ist nicht Unerschwinglichkeit. Gegen die folgenschwere Vermengung beider kann nicht genug Einspruch erhoben werden, und es ist der Grundfehler an den Ausführungen Brechts, JheringsJ. **53** 213 ff., daß er diesem Irrtume sich noch immer tributpflichtig macht. Die Kraftanstrengungslehre ist weder mit der Haftung, dem Rechtsanspruche noch mit dem Erfüllungsbegriffe verträglich. Sie ist unvereinbar mit dem Versäumnisurteile, denn jeder Leistungsprozeß beruht auf dem Grundsatze, daß der Schuldner auf den Erfolg hafte, nicht aber auf die Anstrengung zum Erfolge.

3. Anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit. Die Einrede aus entgegenstehendem Interesse. **a**) Krückmann, JheringsJ. **59** 233 ff. Während die herrschende Meinung das ursprüngliche Unvermögen für unbeachtlich erklärt, dagegen das nachfolgende Unvermögen in scharfer Disharmonie zu dieser Annahme mit befreiender Wirkung begabt, zieht Krückmann mit seiner Einrede aus entgegenstehendem Interesse die Mittelmeinung, indem er unterschiedslos gegen ursprüngliches wie gegen nachfolgendes Unvermögen die Einrede aus entgegenstehendem Interesse gewährt. Die widerspruchsvolle Behandlung der einzelnen Unmöglichkeitsfälle nach der herrschenden Lehre zeigen z. B. **RG. 69** 355, **67** 233, **62** 226. Um zu richtigen Ergebnissen zu kommen, bleibt nicht anderes übrig, als § 275 Abs. 2 einfach totzuschweigen und sich nur an § 285 zu halten. Aus der Einrede aus entgegenstehendem Interesse ist aber noch nicht zu folgern, daß der Schuldner überhaupt haftfrei sein müsse. Er kann haftbar werden, wenn er dem Gläubiger schuldhafterweise nicht oder nicht rechtzeitig Anzeige macht, daß die Leistung unerschwinglich ist oder geworden ist. Die Einrede aus entgegenstehendem Interesse befreit keineswegs von der Haftung für schuldhafte Verletzung der Anzeigepflicht. Die früher aufgestellte summarische Formel: Der Schuldner verscherzt durch Fahrlässigkeit seine Einrede aus entgegenstehendem Interesse, genügt nicht, sie wird durch folgende Grundsätze ausgebaut: Der unvorsichtig das Unerschwingliche versprechende Schuldner hat gegenüber der Klage auf Erfüllung die Einrede aus entgegenstehendem gewichtigen Interesse, er hat sie aber nicht gegenüber der Forderung auf das Anzeigeinteresse. In Analogie zu §§ 463, 538, 2183, 439 Abs. 1, 460 Abs. 1 Satz 1, 539 Abs. 1 Satz 1, 694 aE., 814, 815 und in Fortführung der vom **RG. 54** 38 angewandten Grundsätze ist der Schuldner, der arglistig eine unmögliche oder eine unerschwingliche Leistung versprochen hat, auf Erfüllung zu verurteilen und ist gegen ihn § 283 BGB. zur Anwendung zu bringen. Haftung auf das Erfüllungsinteresse (279, 280). Der Zeitpunkt, nach welchem die Unmöglichkeit beurteilt werden soll, ist die Erfüllungszeit (304). **b**) Ebenso Hölder, R. **11** 677 f. Es ist ungerecht, daß der Schuldner bei anfänglicher Unmöglichkeit nur auf negatives Vertragsinteresse haftet (§§ 306, 307). Hat er eine Leistung übernommen, deren Unmöglichkeit er kannte oder kennen müßte, so müßte er ebenso wie bei nachträglicher Unmöglichkeit haften. Wird dies erkannt, so fällt jeder Grund weg, um anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit zu unterscheiden.

4. Zeitweilige Unmöglichkeit. *Rabel, RheinZ. **3** 489 f. Nach bewährter Praxis ist nach dem Sinne des Vertrags, den Parteiabsichten und der Konjunkturbeständigkeit zu prüfen, ob die eingetretene Unmöglichkeit nicht als dauernd anzusehen ist. Ist dies nicht angängig, so ist die Leistung im Sinne des Gesetzes möglich; entweder ist der Schuldner im Verzug oder die Parteien müssen warten. Für ein Rücktrittsrecht des Gläubigers wegen Ungewißheit (Krückmann, Düringer-Hachenburg) ist in der gesetzlichen Regelung kein Raum.

II. Unmöglichkeit oder Zweckerreichung? Krückmann, JheringsJ. **59** 116 ff. Unrichtig ist die Ansicht Kleins, ABürgR. **21** 214, daß in dem Falle der Zweckerreichung kumulativ Unmöglichkeit der Leistung neben Unmöglichkeit der Erfüllung vorläge. Es ist aber auch nicht nötig, es genügt, daß überhaupt Fälle vorkommen, in denen der Gesichtspunkt der Zweckerreichung zutrifft, ohne daß an sich die Leistung als unmöglich bezeichnet werden müßte. Aus der Tatsache, daß die Zweckerreichung zuweilen auch ohne Unmöglichkeit der Leistung vorkommt, ergibt sich ohne weiteres, daß die Zweckerreichung schon für sich selbständige Bedeutung hat, die unter allen Umständen bereit sein muß, ob nun gleichzeitig mit ihr Unmöglichkeit der Leistung gegeben ist oder nicht. Dies zeigt sich besonders dann, wenn als Leistung die Zahlung einer bestimmten Geldsumme gedacht wird, die doch unendlich oft geleistet werden kann. — Es ist widersinnig, denselben Vorgang als schuldtilgenden Erfüllungsvorgang und zugleich als einen die Unmöglichkeit der Leistung verursachenden Vorgang zu denken. Klein und Lesser (Inhalt der Leistungspflicht 125) übersehen, daß sie für Zweckerreichung und Unmöglichkeit zwei verschiedene Beurteilungszeitpunkte zugrunde legen.

III. Das Verhältnis der Unmöglichkeit zur Anfechtung wegen Irrtums. Krückmann, JheringsJ. **59** 96 ff. Es ist ausgeschlossen, auf einen Tatbestand der Unmöglichkeit die Regeln der Anfechtung anzuwenden. Das verhindern logische Erwägungen, denn eine wegen Unmöglichkeit unwirksame Verpflichtung kann nicht durch Anfechtung noch einmal unwirksam gemacht werden. Andererseits bedeutet die Bestimmung, daß ein Leistungshindernis ohne Einfluß auf die Verpflichtung sein soll, daß auch die Anfechtung wegen Irrtums ausgeschlossen ist. Praktisch hat die Anfechtung teils deshalb keinen Sinn, weil mit ihr der Gläubiger sich selber seines Forderungsrechts beraubt, teils deshalb, weil eine etwaige Ersatzpflicht die Interessen des Gläubigers besser wahrt als die Anfechtung. Höchstens kann sich fragen, ob für den Schuldner eine Anfechtung wünschenswert ist. Aber auch hierfür liegt kein Bedürfnis vor, da die unverhältnismäßige Erschwerung schon ohnehin genügende Berücksichtigung findet, bei der herrschenden Meinung unter der Etikette der Unmöglichkeit oder des Unvermögens, nach Krückmanns Ansicht durch die Einrede aus wichtigem Grunde. — Es folgt eine Polemik gegen Enneccerus, Lehrbuch § 253 Anm. 14.

IV. Aus der Praxis. 1. Klage auf unmögliche Leistung. Darf der Schuldner auf die ursprüngliche Leistung verurteilt werden, wenn er behauptet und unter Beweis stellt, daß die Leistung inzwischen unmöglich geworden sei, dies jedoch nicht anerkannt wird und es bereits feststeht, daß die Unmöglichkeit, wenn solche vorliegen sollte, von dem Schuldner zu vertreten sein würde? a) **RG.** I. 5. 7. 11, JW. **11** 807, LeipzZ. **11** 842 Nr. 10, WarnE. **11** 458 Nr. 412, R. **11** Nr. 2825, bejaht wiederum, wie bereits **RG.** I. **54** 28 und **RG.** III. GruchotsBeitr. **53** 920, obige Frage. b) Vgl. hierzu Krückmann, JheringsJ. **59** 94, der den Standpunkt des RG. vorbehaltlos billigt. c) Etwas abweichend *Rabel, RheinZ. **3** 472—474. Trotz nachträglicher Unmöglichkeit ist Klage und Urteil auf die ursprüngliche Leistung zulässig, sofern nicht der Schuldner wegen Zufalls Befreiung von der Vertragspflicht behauptet und beweist. Inkonsequent **RG. 54** 20 und GruchotsBeitr. **53** 920. Der Gläubiger kann aber nach Wahl Geldersatz verlangen.

2. Der Schuldner hat Geldmangel als Grund der Unmöglichkeit der Erfüllung zu vertreten. **RG.** III. LeipzZ. **11** 141 Nr. 15, R. **11** Nr. 468. Es ist unerheblich, ob der Keim zu der späteren angeblichen Unmöglichkeit der dem Beklagten obliegenden Leistung schon zur Zeit des Vertragsschlusses in der prekären Unsicherheit seiner Lage vorhanden war. Keine der Par-

teien hat eine bereits anfängliche Unmöglichkeit der Leistung geltend gemacht. Vielmehr hat der Beklagte nur nachträgliche Unmöglichkeit vorgeschützt und er selbst hat sie auf die Unzulänglichkeit seiner pekuniären Mittel zurückgeführt. Daraus folgt ohne weiteres, daß er die wirkliche oder vorgebliche Unmöglichkeit zu vertreten hat. Für die zur Vertragserfüllung nötigen Geldmittel hat jeder Vertragsschuldner einzustehen; sonst würde jeder Schuldner durch Zahlungsunfähigkeit frei.

3. Unmöglichkeit der Erfüllung infolge einer polizeilichen Anordnung. **RG.** III. JW. **11** 94 Nr. 15, WarnE. **11** 12, R. **11** Nr. 294 u. 469. Wenn einem Vertragsteile die Erfüllung seiner Verpflichtung infolge polizeilicher Anordnungen unmöglich wird, oder wenn er seiner Verpflichtung nur unter Verletzung polizeilicher Vorschriften nachkommen könnte, so hat er diesen Umstand nicht zu vertreten. Die Möglichkeit bleibt zwar auch hier, daß die Beklagte bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt die Einwirkung des Umstandes hätte abwenden, also durch Erschöpfung des Instanzenzugs hätte feststellen lassen können, daß die polizeiliche Anordnung zu Unrecht ergangen war. Doch wäre es Sache der Kläger gewesen, durch Gegenbeweis darzutun, daß der Beklagten dies gelungen wäre.

4. Unmöglichkeit infolge Pfändung der herauszugebenden Sache. HansGZ. **11** Beibl. 89 (Hamburg). Keine Unmöglichkeit der Herausgabe einer Sache, wenn ein Dritter ebenfalls die Herausgabe beansprucht und dieser Anspruch seitens eines anderen gepfändet ist. Wenn aber die Sache selbst gepfändet ist, indem der Gerichtsvollzieher die Sache durch Anlegung von Siegel in seinen Besitz genommen hat, so hindert die in der Pfändung liegende Beschlagnahme rechtlich die Herausgabe. Denn die Beklagte kann, ohne Gefahr zu laufen, gegen § 137 StGB. zu verstoßen, den gegenwärtigen Stand der Pfändung nicht ändern.

5. Streik als Unmöglichkeitsgrund? OLG. **23** 33 (Hamm). Keine Unmöglichkeit hinsichtlich der Lieferung von Streichhölzern, deren belgische Herkunft verabredet war, weil die eine Fabrik, mit welcher der Lieferant in Verbindung stand, streikte und die übrigen Streichholzfabriken bis an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit mit Eilaufträgen überhäuft waren.

6. Lieferung eines aliud. OLG. **22** 202, R. **11** Nr. 2113 (Braunschweig). Bei Verträgen, nach denen in bestimmten Zeitabschnitten bestimmte Mengen frischer Nahrungsmittel zur sofortigen Verwertung geliefert werden sollen, bedeutet die regelmäßige Innehaltung der Lieferzeiten nach dem Willen der Parteien im Zweifel eine wesentliche Vertragspflicht. Der Gegner des Lieferanten schließt solche Verträge mit periodischen Lieferungsfristen, um sicher zu sein, in jedem Zeitabschnitt eine ganz bestimmte Menge frischer Nahrungsmittel zur Verfügung zu haben. Eine Nachlieferung der Ware zu einer späteren Zeit würde deshalb nicht mehr dieselbe Ware, sondern ein aliud sein. Hinsichtlich des nicht Gelieferten liegt also Unmöglichkeit vor.

7. KGBl. **11** 111 (KG.). Objektive Unmöglichkeit der Benutzung der Mietsache liegt vor, wenn infolge Änderung der Gesetzgebung (z. B. Verbot des Betriebs von Filialen durch das Stellenvermittlergesetz) der vertragsmäßige Gebrauchszweck beseitigt wird. Gemäß §§ 323, 536 und bei entsprechender Anwendung des § 537 erlischt der Anspruch des Vermieters auf den Mietzins.

§ 276. Literatur: Krückmann, Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, zweiter Beitrag, JheringsJ. **59** 311—368 (§ 11 Die positiven Vertragsverletzungen. Die Ersatzpflicht 311—355; § 12 Die positiven Vertragsverletzungen. Das Rücktrittsrecht 355—366; § 13 Das System der Vertragshaftung 366—368). — Zitelmann, Nichterfüllung und Schlechterfüllung. Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger. Berlin 1911, Weidmann. 265—281.

I. Vorsatz. Dolus eventualis. 1. a) **RG.** I. HoldheimsMSchr. **11** 124, WarnE. **11** 171 Nr. 159. Das bloße Handeln auf die Gefahr eines Erfolges, hier der Patentverletzung, schließt noch nicht von selbst die Billigung und das Wollen des Erfolges in sich. Vielmehr muß festzustellen sein, daß der Täter auch bei bestimmter Kenntnis, sein Tun werde als Patentverletzung zu beurteilen sein, hätte handeln wollen. b) **RG.** JDR. **9** Nr. 2 d β jetzt auch JW. **11** 30 (31).

2. Grenze zwischen Vorsatz (Arglist) und Fahrlässigkeit. **RG.** VI. 27. 5. 11, **76** 313 (319 f.). Bei der Äußerung von Urteilen auf Grund nicht mitgeteilter Tatsachen ist zwischen einem leichtfertig gewonnenen und ausgesprochenen Urteile und einem mit Bewußtsein ohne Überzeugung abgegebenen Urteile wohl zu unterscheiden; nur das letztere ist Arglist im Sinne des § 826. Würde in allen Fällen, in denen jemand bei reiflicher Überlegung, bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu der Überzeugung von der Unrichtigkeit der von ihm gegebenen Auskunft hätte gelangen müssen, auch zu folgern sein, daß die Auskunft auch wirklich seiner Überzeugung nicht entsprochen habe, so würde eine fahrlässige falsche Auskunft kaum mehr denkbar sein.

II. Fahrlässigkeit. 1. Maßstab bei Erwachsenen. **RG.** VI. DJZ. **11** 1217. Die Frage, ob ein Verschulden vorliegt, ist nach dem objektiven allgemeinen Normalmaße der von einem ordentlichen Menschen anzuwendenden Sorgfalt zu beurteilen. Allerdings ist hierbei eine Berücksichtigung der Verschiedenheit gewisser Gruppen von Menschen, nicht aber die Berücksichtigung der Individualität statthaft. Dagegen vgl. zu § 254 Nr. I 2 a.

2. Maßstab bei Kindern. **RG.** VI. GruchotsBeitr. **55** 991, JW. **11** 446 Nr. 10, WarnE. **11** 306, R. **11** Nr. 3057. Die typische Verschiedenheit ganzer Gruppen von Menschen nach Alter, Bildung, Lebensstellung usw. führt notwendig zu einer Verschiedenheit des gemeinsamen Maßstabs, der an bestimmte Menschen unter gewissen Verhältnissen bezüglich der Sorgfalt im Verkehr anzulegen ist. Bei Turn-, Schwimm- oder sonstigen Leibesübungen jugendlicher Personen im Knabenalter wird nicht schlechthin derselbe Maßstab angelegt werden dürfen wie bei gleichartigen Übungen erwachsener Männer; von jenen kann nicht dasselbe Maß an Umsicht, Besonnenheit und Überlegung erwartet werden.

3. Verhältnis der zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderlichen Einsicht Jugendlicher zur Fahrlässigkeit. **RG.** VI. GruchotsBeitr. **55** 991. Die Frage des Verschuldens ist rechtlich nicht identisch mit der Frage der Verantwortlichkeit nach § 828, obwohl freilich bei Fahrlässigkeitsdelikten regelmäßig die zur Erkenntnis der Gefährlichkeit der Handlung erforderliche Einsicht sich mit dem Verständnisse für die Pflicht zur Vergeltung auf Seite des jugendlichen Täters decken wird. Der jugendliche 14jährige Täter, der erklärt hatte, daß er das Vorhandensein der Einsicht nach § 828 nicht bestreite, also eingeräumt hatte, daß bei ihm individuell keine Umstände vorlägen, welche die bei seiner Altersstufe zu unterstellende Einsicht zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit hätten ausschließen können, war dadurch nicht gehindert, sich im übrigen für die Frage des Verschuldens auf eine Rücksichtnahme, die im allgemeinen der Jugendlichkeit gebühre, zu berufen.

4. Rechtsirrtum als Fahrlässigkeit. **RG.** V. GruchotsBeitr. **55** 974 (978), WarnE. **11** 304 (Breslau). Wenn auch nicht jede Rechtsunkenntnis eine Fahrlässigkeit in sich schließt, so sind doch für die Frage der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt im Einzelfalle strengere Anforderungen zu stellen, wenn es sich um einen Rechtsirrtum handelt, als hinsichtlich eines Tatsachenirrtums. Bejaht wurde die Fahrlässigkeit hinsichtlich des Lieferanten eines Zubehörstücks, der dieses widerrechtlich vom Grundstück entfernen ließ, ohne Rechtsrat einzuholen.

5. Nach strafrechtlichen Grundsätzen ist zu prüfen, ob dem gemäß § 136 GewUVG. in Anspruch Genommenen eine Fahrlässigkeit zur Last fällt. **RG.** VI. Gruchots Beitr. **55** 1122, JW. **11** 335 Nr. 41, BayRpflZ. **11** 164, WarnE. **11** 227. Wirdd urch die Nichtbefolgung von Unfallverhütungsvorschriften ein Betriebsunfall herbeigeführt, so trifft in der Regel den Unternehmer oder Leiter des Betriebs der Vorwurf der Fahrlässigkeit (§§ 230 Abs. 2, 222 Abs. 2 StGB.).

6. Sorgfaltspflicht des Automobilisten (§ 7 KraftFG.). EisenbE. **27** 421, WürttRpflZ. **11** 132 (Stuttgart). Die besondere, dem Automobilisten obliegende Diligenzpflicht geht weiter als die gewöhnliche im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Allein darum darf von ihm doch nicht der Nachweis verlangt werden, daß er das Menschenmögliche zur Abwendung des Unfalls getan habe, sondern es genügt, wenn er diejenige Sorgfalt beobachtet hat, zu welcher die Umstände des Falles Anlaß gegeben hatten (gebotene Sorgfalt). Vgl. im übrigen unten Nr. VI 5.

III. Schuldhafte Verletzung. **RG.** III. R. **11** Nr. 3431. Die Verletzung einer Verpflichtung ist nicht nur dann eine schuldhafte, wenn sie die Beschädigung eines anderen auch bei völlig schuldlosem Verhalten dieses anderen herbeizuführen geeignet ist; denn die Beantwortung der Frage, ob ein Handeln oder Unterlassen schuldvoll ist, ist nur davon abhängig, ob der Handelnde oder der zu der Unterlassung Verpflichtete bei der Handlung und Unterlassung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder nicht, nicht aber davon, ob der durch die Handlung oder Unterlassung Verletzte seinerseits diese Sorgfalt beobachtet hat. Das Verschulden des Beklagten wegen Nichtbeseitigung des im Hofe im Wege liegenden Holzklobens wird nicht durch die Annahme beseitigt, daß die Verletzte über das Hindernis nicht gefallen wäre, wenn sie ein Licht mitgenommen hätte oder doch über die unbeleuchtete Stelle vorsichtig tastend vorwärts geschritten wäre, und ebensowenig dadurch, daß die Klägerin damit rechnen mußte, sie könne auf dem Wege ein Hindernis finden.

IV. Die positiven Vertragsverletzungen. System der Vertragshaftung. a) Krückmann, JheringsJ. **59** 311 ff. Die Haftung wegen Verschuldens kann nach folgendem Schema eingeteilt werden: Verzug, schuldhafte Schlechtleistung, schuldhafte Herbeiführung der Unmöglichkeit, schuldhafte Verletzung der Anzeigepflicht. 1. Schuldhafte Schlechtleistung. Die spezifisch positive Vertragsverletzung wird durch Staubs Formel „schuldhafte Lieferung einer mangelhaften Sache" nicht richtig ausgedrückt. Die schuldhafte Schlechtleistung setzt ein Verhalten des Schuldners voraus, bezieht sich nur auf den Schaden, der unmittelbar durch die Sache verursacht wird und kommt nur in Betracht, wenn sie eine selbständige Bedeutung hat. Beim Spezieskaufe besteht die schuldhafte Schlechtleistung nicht in der Leistung der mangelhaften, sondern in der mangelhaften Leistung der mangelfreien und mangelhaften Ware. Typischer Fall: Der Verkäufer verpackt die Ware schlecht, so daß sie durch sein Verschulden unterwegs beschädigt wird. 2. Ein Problem der Anzeigepflicht und ihrer Verletzung ist die Haftung für Verschulden beim Vertragsschlusse (Leonhard). Verletzung der Anzeigepflicht ist keine schuldhafte Schlechtleistung und diese ist wieder etwas anderes als unverschuldete Schlechtleistung, wofür unter Umständen Gewährschaft geleistet werden muß. Beides ist verkannt, das erste in der Kausalität von von Blume, das zweite in der Verjährung von RG., Tietze und Leonhard. Zwischen dem Schaden aus Nichterfüllung und dem Schaden, den der Schuldner durch vertragswidrige Handlung dem Gläubiger an seinem Vermögen zufügt, besteht kein Unterschied. Die Rechtsprechung des **RG.** VII. **62** 119, **69** 42 zu § 638 ist nicht zu rechtfertigen. Zu billigen ist die Rechtsprechung **RG.** II.

52 18, daß die Verbindung einer Wandelungsklage mit einer Ersatzklage wegen positiver Vertragsverletzung zulässig sei. 3. Bei Unterlassungsverbindlichkeiten wird der Gesichtspunkt der Unmöglichkeit infolge Zeitablaufs durch den der positiven Vertragsverletzung ausgeschlossen. Der Schaden, um den es sich handelt, wird durch das Zuwiderhandeln herbeigeführt, nicht durch Nichterfüllung. 4. Haftungsgrundlage für verschuldete Schlechtleistung und für Verletzung der Anzeigepflicht ist § 276, der durch die Praxis und die ihr im Ergebnisse beipflichtende Theorie umgedeutet worden ist und einen anderen Inhalt erhalten hat, nämlich den das RG. in ihn hineingelegt hat. 5. Das Rücktrittsrecht wie das Kündigungsrecht ist unabhängig vom Verschulden und der wahre Grund ist die Ungewißheit darüber, wie die künftige Leistung ausfallen wird, ob sie überhaupt erbracht werden wird. Die Fristsetzung ist immer zu erlassen. 6. Krückmann faßt das System der Vertragshaftung folgendermaßen zusammen: a) Der Schuldner haftet für den Bestand seiner Willenserklärung. b) Der Schuldner haftet auf die Leistung. Er haftet auf Schadensersatz, wenn er in Verzug gerät, oder wenn er Mangelhaftigkeit oder Unmöglichkeit der Leistung verschuldet oder die Leistung schuldhaft während der ganzen Erfüllungszeit nicht erbringt. c) Unverschuldete Mangelhaftigkeit und unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung befreien den Gläubiger entsprechend von der Gegenleistung. d) Beachtliche Ungewißheit darüber, ob die Leistung rechtzeitig wird erbracht werden, oder ob sie von wesentlichen Mängeln frei sein wird, gibt dem Gläubiger ein Kündigungsrecht. Bloßer Leistungsverzug begründet an sich noch keine unbeachtliche Ungewißheit. Die Regeln über den Verzug bleiben unberührt. e) Der Schuldner hat dem Gläubiger unverzüglich Anzeige zu machen, wenn anzunehmen ist, daß die Leistung nicht rechtzeitig, nicht fehlerlos oder ganz oder teilweise überhaupt nicht werde erbracht werden. Unterläßt er schuldhaft die Anzeige, hat er den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. f) Unerschwingliche Leistungen kann der Schuldner verweigern, solange sie ohne sein Verschulden unerschwinglich sind. Dies gilt von der Gegenleistung des Gläubigers dann, wenn ihm nicht zugemutet werden kann, die Leistung des Schuldners anzunehmen. g) Wer schuldhaft eine unmögliche oder eine unerschwingliche Leistung verspricht, haftet auf den Schaden, den der in seinem Vertrauen getäuschte Gläubiger infolge dieser Täuschung erleidet. Der Erfüllungsanspruch und der Anspruch auf Ersatz wegen Nichterfüllung ist ausgeschlossen. h) Als unmöglich oder unerschwinglich gilt die Leistung, die zur Zeit der Erfüllung unmöglich oder unerschwinglich ist. Vorherige Unmöglichkeit oder Unerschwinglichkeit ist nur nach § d zu beachten. 7. Die diesen Bestimmungen zugrunde gelegte theoretische Einteilung ist: 1) Zuspätleistung, a) unverschuldet (§ 285), b) verschuldet (§§ 284 ff. Verzug). 2) Nichtleistung infolge Unmöglichkeit, a) unverschuldet (§§ 275 Abs. 1, 306, 323 Abs. 1), b) verschuldet (§ 276). 3) Nichtleistung auf Grund eines Verweigerungsrechts wegen Unerschwinglichkeit (§ 285). 4) Schlechtleistung, a) unverschuldet (Gewährleistung), b) verschuldet (§ 276). 5) Verschuldete Nichtleistung während der ganzen Erfüllungszeit, insbesondere bei Unterlassungspflicht (§ 276). 6) Verletzung einer Anzeigepflicht, a) beim Vertragsschlusse (§ 276 und Spezialbestimmungen wie §§ 463, 523 Abs. 1, 524 Abs. 1, 600), b) nach Begründung des Rechtsverhältnisses (§ 276). 7. Ungewißheit, vom Schuldner verschuldete und unverschuldete, über die künftige Leistung und Kündigung (§ 326 und Analogie zu §§ 280 Abs. 2, 325 Abs. 1, sowie Fortentwickelung des § 285).

b) Zitelmann, Nichterfüllung und Schlechterfüllung. 1. Aus dem Begriffe der positiven Vertragsverletzung sind auszuscheiden a) die Fälle, wo die Hauptpflicht aus dem Vertrag auf Unterlassen geht und dieser Pflicht zuwidergehandelt ist, denn hier sind die Begriffe der Unmöglichkeit und des Verzugs anzuwenden. Die positive Vertragsverletzung in diesem Sinne ist etwas Be-

sonderes nicht durch die Art der Verletzung, die auch hier in der Nichterfüllung besteht, sondern lediglich durch die Art der Verpflichtung, die verletzt ist; b) die Fälle, bei denen einer häufig, aber nicht stets auf Unterlassung gehenden, meist kraft Gesetzes entstehenden Nebenpflicht zuwidergehandelt wird, die entweder nur vorbereitender Art (z. B. Obhutpflicht) ist oder zwar selbständig, aber weniger wesentlich ist als die Hauptpflicht (z. B. Anzeigepflicht); auch hier reicht die Lehre von Unmöglichkeit oder Verzug aus. 2. Positive Vertragsverletzung ist dagegen die Andersleistung, die Schlechterfüllung. Entweder ist die unmittelbare Erfüllungshandlung selbst fehlerhaft (z. B. die Staubschen Fälle), oder infolge der Art ihrer Vornahme entsteht ein Schaden für den Gläubiger (z. B. bei der dem Schuldner obliegenden Überführung einer Sache in das Haus des Gläubigers wird die Haustür beschädigt). Vom BGB. ist dieses Verhalten nicht berücksichtigt. Mittels Analogie — nicht gemäß § 276 — schreiten wir von den Fällen der Nichterfüllung (Unmöglichkeit und Verzug) zu denen der Schlechterfüllung und übertragen die rechtliche Behandlung der Nichterfüllung auch auf die Schlechterfüllung. Diese Fälle zusammen bilden dann den höheren Begriff „Verletzung der Vertragspflicht". 3. Doch nicht alle Regeln über Nichterfüllung sind auch für die Schlechterfüllung ungeändert anwendbar. § 281 ist nicht anwendbar. Die Beweislast müßte — entgegen **RG. 66** 289 — der Schuldner haben.

V. Die positive Vertragsverletzung in der Praxis. — Vgl. auch unten § 326 Nr. III. 1. Beim Verkauf einer zahnärztlichen Praxis. **RG.** II. JW. **11** 276 Nr. 3. Beim Verkauf einer zahnärztlichen Praxis, welcher nach Lage des Falles nicht gegen die guten Sitten verstößt und daher gültig ist, kann es stillschweigende Vertragspflicht des Verkäufers sein, in der Zeit vom Abschlusse des streitigen Vertrags bis zur Übergabe des Geschäfts an den Käufer Handlungen zu unterlassen, wodurch die verkaufte Praxis auch für den Käufer an Wert verlieren könnte. Schadensersatzpflicht bei Verschulden.

2. **RG.** II. LeipzZ. **11** 59 Nr. 10. Der Beklagte konnte nach vollzogener Wandelung den empfangenen Samen nicht mehr zurückgeben, weil er vermischt woden war. Wenn der Beklagte daher einen anderen, nämlich den mit fremdem vermischten Samen zurückgab und dadurch die Klägerin zum Rücktransport eines Samens veranlaßte, den sie zurückzunehmen nicht verpflichtet war, so verstieß er damit gegen seine Vertragspflicht auf Rückgabe des unveränderten Samens und muß der Klägerin den dadurch verursachten Schaden ersetzen (§ 276 BGB.), gleichviel, ob er von der Vermischung Kenntnis hatte oder nicht, und ob die Vermischung durch seine Angestellten ohne sein Wissen vorgenommen war. Kommt der Schuldner seiner Vertragspflicht nicht nach, so wird bis zu dem ihm obliegenden Gegenbeweise vermutet, daß die Verletzung auf seinem Verschulden beruht.

VI. Einzelfälle. 1. Sorgfaltspflicht und Haftung bei vertragsähnlichen Vertrauensverhältnissen. a) **RG.** VI. JW. **10** 243. Als ein vertragsähnliches Verhältnis erscheint auch die dauernde regelmäßige Geschäftsverbindung, die an sich zwar nur ein zufälliges Nebeneinander von Geschäften darstellt, die aber doch durch die häufige geschäftliche Berührung und die Erkenntnis der für beide Teile daraus erwachsenden Vorteile ein Vertrauensverhältnis erzeugt, in welchem die Wahrung von Treu und Glauben in höherem Maße als im Verkehre zwischen einander fremd gegenüberstehenden Personen zur notwendigen Übung wird. Aus einer dauernden regelmäßigen Geschäftsverbindung dieser Art wird in der Rechtsprechung die Haftung des Kaufmanns für eine fahrlässig erteilte falsche Auskunft mit Recht hergeleitet. Nach diesen Grundsätzen würde eine Haftung des Kaufmanns aus der Verletzung der Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns (§ 347 HGB.) auch für einen Mißbrauch der Firmenunterschrift, den der Kaufmann durch ein unvorsichtiges Geschäftsverfahren herbeigeführt und be-

günstigt hat, einem Dritten gegenüber, mit dem er in regelmäßigem dauernden Geschäftsverkehre verbunden ist, sich wohl herleiten lassen. b) RG. VI. SächsRpflA. **11** 173. Ein solches vertragsähnliches Verhältnis steht jedoch dem vertraglichen nicht in jeder Beziehung gleich. Ist längere Zeit hindurch zwischen den Beteiligten ein einzelnes Geschäft nicht geschlossen worden, so kann von einer Fortdauer der Geschäftsverbindung nicht mehr die Rede sein, und mit dieser entfallen auch die Sorgfaltspflichten der Glieder der Verbindung gegeneinander.

2. Sorgfaltspflicht des Lehrers. a) **RG.** VI. WarnE. **11** 517, DIZ. **11** 1559. Keine Verletzung der Sorgfaltspflicht, wenn der Lehrer, der einen Teil der Schüler auf dem Eisplatz im Kunstlaufen unterrichtete, nicht persönlich verhindert hat, daß die anderen Schüler Greif spielten. b) MecklZ. **29** 195 (Rostock). Fahrlässigkeit des Turnlehrers, der es unterlassen hat, bevor er die Übungen am Reck beginnen ließ, die Gebrauchstüchtigkeit des Gerätes, das eben erst zu diesen Übungen verändert war, festzustellen. Eigenes Verschulden des verletzten Schülers nach § 254.

3. Haftung des Bankiers s. § 676 Nr. V.

4. Haftung des Rechtsanwalts und Notars s. § 611 Nr. V u. VI.

5. Sorgfaltspflicht des Automobilisten und Chauffeurs. — Vgl. auch oben Nr. II 6. — a) **RG.** VI. JW. **11** 41 Nr. 27, WarnE. **11** 35. Der im Innern eines geschlossenen Kraftwagens sitzende Besitzer darf sich grundsätzlich auf seinen bewährten Führer verlassen und braucht ihn nicht ständig zu überwachen. Unter Umständen hat er aber die Pflicht, dafür Sorge zu tragen, daß der Führer zur Verhütung von Unfällen eine entsprechend gemäßigte Geschwindigkeit einhalte. Dies ist der Fall, wenn der einzuschlagende Weg oder der dort herrschende oder zu erwartende Verkehr nicht gestattet, daß ohne Gefahr für fremdes Leben und Eigentum mit hoher Geschwindigkeit gefahren werde, und wenn der Besitzer den Weg und die Verkehrsverhältnisse kennt. b) KGBl. **11** 99 (KG). Der Beklagte, der neben dem Chauffeur saß und wahrnahm, daß der Chauffeur durch seine Art zu fahren (unvorschriftsmäßiges Überholen auf der rechten Seite) die Passanten vor ihnen in Gefahr brachte, haftet aus eigener Fahrlässigkeit für den vom Chauffeur angerichteten Schaden. Dem Beklagten war das Auto, das ihm nicht gehörte, für die Zwecke der Fabrik zur Verfügung gestellt und er vertrat die Stelle des Dienstherrn des Chauffeurs. In dieser Stellung hatte er die Verpflichtung, wenn er das fahrlässige Verhalten des Chauffeurs wahrnahm, sein Ansehen als Verfügungsberechtigter geltend zu machen und einzugreifen. c) **RG.** III. JW. **11** 979 Nr. 11, R. **11** Nr. 3627. Der Chauffeur eines Autos kann sich nicht damit entschuldigen, daß er auf den Zuruf eines Unbekannten in der Annahme, daß dem Auto eine unmittelbare Gefahr drohe, sofort mit allen Bremsen bremste (wodurch der Unfall zum Teil passierte). Von dem Chauffeur, der einen Kraftwagen selbständig leitet, kann man verlangen, daß er selbst die Sachlage prüft und danach seine Maßregeln trifft. Er darf sich nicht durch den Zuruf eines beliebigen Dritten aus der Fassung bringen lassen, und es genügt infolgedessen auch die bloße Feststellung eines solchen Zurufs nicht, um das Verhalten des Chauffeurs zu rechtfertigen.

6. Haftung des Hauswirts a) für Unfälle eines Passanten. **RG.** VI. JW. **11** 446 Nr. 9. Keine Haftung der Eigentümerin einer Straße für Unfälle eines Passanten, der die Überbrückung eines nicht zur Straße gehörigen Grabens betritt, um dem Straßenschmutz auszuweichen. Straßenpassanten, die die Straße verlassen und ihren eigenen Weg neben der Straße suchen, handeln unbefugt und eigenmächtig. Aus ihrem Eigentum an dem Graben folgt für die Beklagte nicht die Verpflichtung, auf diesem keinerlei Vorkehrungen zu dulden, die elbst einem mißbräuchlichen Betreten ihres Eigentums gefährlich werden konnten;

b) für Einsturz des Gebäudes nach § 836. **RG.** III. **76** 260, JW. **11** 580 Nr. 18. Die nach § 836 erforderliche Sorgfalt wird sich für den Besitzer, der nicht selbst Sachverständiger ist, regelmäßig in der Auswahl tüchtiger Sachverständiger (z. B. eines Kreisbaumeisters) zur Herstellung des Werkes erschöpfen.

7. Haftung der Gemeinde für Sicherheit der Straßen. **RG.** VI. R. **11** Nr. 3430. Ist eine in der senkrechten Bordkante des Bürgersteigs angebrachte Kanalöffnung an und für sich für den Fußgängerverkehr ungefährlich, so braucht sie nicht mit Rücksicht darauf, daß jemand auf dem Fahrdamm ausgleiten und dabei mit dem Fuße in die Öffnung geraten kann, mit Gitterstäben versehen zu werden.

8. Haftung des Gastwirts für Beleuchtung der Gasthaustreppe. **RG.** III. JW. **11** 708 Nr. 4. Für den Unfall, den der Kläger — in einem kleinen ländlichen Orte — abends zwischen 10 und 11 Uhr durch einen Sturz auf der vom Wirtschaftsgebäude des Gastwirts zur Straße hinabführenden Freitreppe erlitten hat, haftet der Gastwirt nicht. Der Pflicht, die Treppe anläßlich der stattfindenden Hochzeitsfeier zu beleuchten, ist er nachgekommen. Es genügte, daß die Treppe, die eine besondere Beleuchtung außerhalb des Hauses nicht hatte, bei Offenstehen eines Haustürflügels von zwei im Hausflure brennenden Lampen in gerader Richtung einen ausreichenden Lichtschein erhielt. Wenn der Verletzte die Treppe seitwärts hinunterging, wo der Lichtschein nicht hinfiel, so handelte er auf eigene Gefahr.

9. Haftung des Jägers. a) **RG.** VI. JW. **11** 319 Nr. 6. Wenn ein Jäger einen Schuß abgibt, obgleich er mit der Möglichkeit rechnen muß, daß sich innerhalb der Tragweite seines Gewehrs in der Schußrichtung Menschen befinden, so handelt er fahrlässig. Dagegen kann nicht zugegeben werden, daß der Jäger allein deswegen, weil er gefüllte Kartoffelsäcke sah, auf die Anwesenheit von Menschen in ihrer Nähe hätte schließen müssen, obgleich er niemanden bemerkte. Im Gegenteile durfte er daraus, daß er in dem übersichtlichen Gelände zwar die Säcke, nicht aber Menschen erblickte, folgern, daß keine Personen, die wegen ihrer Größe deutlicher als Säcke erkennbar sein mußten, sich bei den Säcken befinden konnten. Daß der Jäger sich nicht in genügender Weise umgesehen habe, hat das BerG. nicht festgestellt. b) HansGZ. **11** Beibl. 241 (Hamburg). Der mit andern zusammen jagende Jäger handelte fahrlässig, da er schoß, ohne sich vorher überzeugt zu haben, daß das von ihm gesichtete lebende Wesen ein Wild und nicht ein Mensch sei. — Mitschuld des getroffenen Jagdgefährten vgl. oben § 254 Nr. III 8 e.

10. Sorgfaltspflicht der Badeverwaltung bei hohem Seegange. **RG.** JW. **11** 42 Nr. 28, DJZ. **11** 283, R. **11** Nr. 295. Nach den obwaltenden Umständen, insbesondere bei dem überaus heftigen Seegange („Sucht"), war die Gemeinde als Inhaberin der Badeverwaltung verpflichtet, zum äußersten Schutzmittel, zur Schließung des Bades zu schreiten.

11. **RG.** VI. R. **11** Nr. 1709. Wenn ein Landwirt ohne Rücksichtnahme auf ein in der Nähe spielendes Kind eine im besonderen Maße bewegliche Mähmaschine derart an einem Abhange des Feldes aufstellt, daß sie durch die geringste äußere Einwirkung in Bewegung gesetzt werden kann, so handelt er fahrlässig, denn er mußte damit rechnen, daß der vierjährige Knabe in seinem kindlichen Drange nach Abwechselung und Spiel sich an der Mähmaschine zu schaffen machen würde.

12. **RG.** VI. WarnE. **11** 309 Nr. 270. Haftung eines Gemeindevorstandes, der bei der Beglaubigung von Bürgschaftsunterschriften nachlässig vorgeht und die Unterschriften ohne weitere Prüfung als echt beglaubigt.

13. **RG.** III **75** 328, JW. **11** 289 Nr. 30. Kein Verschulden des Schiffskantinen-Offiziers bei der Auszahlung von Kantinengeld an den Zahlmeister.

14. Verschulden bei Pfändung fremder Sachen. **RG.** VI. JW. **11** 978 Nr. 10, WarnE. **11** 468. Es läßt sich keine allgemeine Regel darüber aufstellen, in welcher Weise der intervenierende Dritte dem Gläubiger die Überzeugung von der Richtigkeit seiner Ansprüche zu verschaffen hat, und wann die Weigerung des Gläubigers, den Widerspruch des Dritten gegen die Zwangsvollstreckung als berechtigt anzuerkennen, in ein Verschulden übergeht. Vielmehr läßt sich immer nur nach der konkreten Sachlage beurteilen, wann der Gläubiger bei ernstlicher Erwägung der Verhältnisse dem Intervenienten gegenüber zurücktreten muß und ob der Gläubiger fahrlässig oder gar vorsätzlich im Sinne des § 276 handelt, wenn er den Kampf mit dem Intervenienten aufnimmt oder fortführt.

VII. Abs. 2. ElsLothJZ. **11** 113 (Colmar). Vertragsmäßige Begrenzung der einer Auskunftei gegenüber ihren Abonnenten obliegenden Haftung für Erteilung einer schadenbringenden falschen Auskunft (vgl. § 676 Nr. IV).

§ 278. Literatur: Eckstein, Krümperpferd und Krümperfuhrwerk, AMilitR. **09** 281. — Josef, Die Haftung des Versicherungsnehmers für Handlungen Dritter, ZVersWes. **11** 201—225.

I. Allgemeines. 1. OLG. **22** 190 (Hamburg). § 278 versteht unter Verbindlichkeiten nicht nur die durch eine Leistungsklage erzwingbaren Pflichten, sondern auch solche Verpflichtungen, denen nur ein mittelbar geschützter Anspruch entspricht, wie die im § 642 BGB. (Handlung des Bestellers) und § 41 BinnenSchG. (Ablieferung der Güter aufs Schiff durch den Absender) genannten. Der Besteller und der Absender haften also bei Erfüllung der genannten Verbindlichkeiten gemäß § 278.

2. Über das Verhältnis des § 278 zu § 254 vgl. oben § 254 Nr. I 8.

II. Einzelfälle. 1. **RG.** II. R. **11** Nr. 470. Bei Kohlenlieferung „frei Keller" sind die Kohlenarbeiter bezüglich eines durch unsorgfältige Verwahrung der Kellerluke entstehenden Unfalls eines Dritten dem bestellenden mithaftpflichtigen Hausbesitzer gegenüber als Erfüllungsgehilfen der Kohlenfirma anzusehen.

2. SeuffA. **66** 257 (Jena). Keine Haftung in folgendem Falle: Die verklagte Firma war dem Kläger aus Warenlieferung eine Summe schuldig geworden. Sie schickte dem Kläger unaufgefordert zwei ausgestellte und mit ihrem Annahmevermerke versehene Wechsel zu und bat, die Wechsel entgegenzunehmen, dafür aber die geschuldete Summe nicht einzuklagen. Der Kläger durchstrich die Wechsel und schrieb der Beklagten einen ablehnenden Brief. Der Buchhalter des Klägers bemächtigte sich des Briefes und der Wechsel, radierte auf den Wechseln die Durchstreichung aus und legte die Wechsel der Beklagten vor. Die Beklagte löste sie ein. Als sie der Kläger dann auf Zahlung der Schuldsumme verklagte, behauptete sie infolge der Wechseleinlösung, nicht mehr zur Zahlung verpflichtet zu sein. Das LG. hält den Kläger aus § 278 für haftbar, das OLG. nicht, denn der Geschäftsherr kann nicht für alle Folgen, die sich aus dem vertraglichen Verstoß entwickeln, haftbar gemacht werden. Eine Grenzziehung ist unentbehrlich. Das OLG. glaubt die Grenze da ansetzen zu müssen, wo der Angestellte den Rahmen der vertraglichen Handlungen überschreitet. Das ist im vorliegenden Falle mit der Fälschung und mißbräuchlichen Benutzung der Wechsel durch den Buchhalter gegeben. Denn diese Handlung hat mit dem Inhalte der vertraglichen Beziehungen, die zwischen den Parteien liefen, überhaupt nichts mehr zu tun. Diese Handlung tritt vielmehr als ein selbständiges neues Ereignis zu dem Vertragszustande hinzu und unterbricht den Kausalzusammenhang, der von dem ersten vertraglichen Verstoße bis zur wirklichen Entstehung des Schadens läuft.

3. Haftung bei Dienstverschaffungsverträgen vgl. § 611 Nr. I 3.

4. Beim Werkvertrage. **RG.** VII. WarnE. **11** 181. Hat ein Unternehmer es übernommen, eine Anlage zu einer elektrischen Beleuchtung an einem Hause anzubringen, dessen Zustand besondere Vorsicht erforderte, und hat sein An-

gestellter durch unvorsichtiges Umgehen mit der Lötlampe einen Brand verursacht, so hat der Unternehmer den Schaden als in der Vertragserfüllung zugefügt zu vertreten.

5. Krümperfuhrwerk. *Eckstein, Arch. f. Militärrecht **09** 281 gegen Baron von Stempel, DJZ. **07** 1023. Halter des Krümperfuhrwerkes ist eine Gesellschaft, bestehend einerseits aus dem Reichsmilitärfiskus, andererseits aus dem nichtrechtsfähigen Vereine der Offiziere. Entsprechend Haftung im Zweifel je zur Hälfte.

6. **RG.** III. JW. **11** 360 Nr. 6, LeipzZ. **11** 380 Nr. 16. Haftung des Gastwirts nach § 278 für den Kellner, der im Gastzimmer eine geladene Büchse liegen ließ, mit welcher ein eintretender Gast auf einen anderen schoß (vgl. § 305 Nr. III a).

7. **RG.** IV. **76** 185, JW. **11** 580 Nr. 19. Nach § 278 haftet der Vormund für Hilfspersonen nur, soweit es sich um die Erfüllung der rein vormundschaftlichen Verbindlichkeiten und Geschäfte (§ 1836) handelt, die er überhaupt nicht oder nur auf seine Gefahr Dritten übertragen darf (§§ 1793, 1800, 1802 ff.). Im übrigen ist der Vormund nicht verpflichtet, für den Mündel und an seiner Statt persönlich diejenigen wirtschaftlichen Verrichtungen vorzunehmen, an deren Leistung der Mündel verhindert ist; insoweit genügt der Vormund seiner Pflicht, wenn er — z. B. den mit Fortführung des kaufmännischen Betriebs des Mündels zu beauftragenden Dritten — gewissenhaft auswählt und überwacht.

8. Beim Frachtvertrage. **RG.** VI. WarnE. **11** 292 Nr. 260, LeipzZ. **11** 545 Nr. 17. Dem Frachtgutempfänger gegenüber besteht, obwohl er in ein Vertragsverhältnis zum Frachtführer nicht tritt, kraft Gesetzes (HGB. § 435, EisenbVerkO. § 66) ein Schuldverhältnis des Frachtführers und die Eisenbahn hat deshalb ein Verschulden der Erfüllungsgehilfen nach § 278 zu vertreten; zu diesen Pflichten gehört auch die Gewährung eines verkehrssicheren Zuganges zu dem Güterschuppen. Dagegen kann § 278 nicht auf Personen ausgedehnt werden, die nicht selbst die Gläubiger des vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnisses sind, sondern zu diesen wiederum erst in vertraglichen oder anderen rechtlichen Beziehungen stehen; die Haftung aus § 278 greift nur dem Gläubiger gegenüber Platz, nicht aber z. B. demjenigen gegenüber, der die für den Gläubiger angekommenen Güter auf dem Bahnhof abholt.

9. Beim Versicherungsvertrage. Josef, ZVersWes. **11** 201 bis 225. a) Der Versicherungsnehmer haftet gemäß § 278 für seine gesetzlichen Vertreter, z. B. für Vater (Vormund), als juristische Person für Vertreter, ferner für Konkurs-, Zwangs-, Nachlaßverwalter, Nachlaßpfleger und Testamentsvollstrecker und zwar als Folge ihrer Verwaltungspflicht. — b) Die Haftung für Erfüllungsgehilfen erstreckt sich nicht nur auf Repräsentanten, sondern auch auf untergeordnete Hilfspersonen, z. B. Boten (aM. v. Gierke). Keine Haftung jedoch für diejenigen, denen der Versicherungsnehmer Verrichtungen betreffs der versicherten Habe überträgt (Hausgenossen, Gewerbegehilfen), es sei denn, daß es sich um Handlungen handelt, von deren Vornahme der Versicherer die Gefahrübernahme abhängig gemacht hat. Haftung für selbständige Verwalter hinsichtlich der erforderlichen Anzeigen. — c) Die Frage, ob die nach § 61 VersVertrG. bei Herbeiführung des Brandes durch den Versicherungsnehmer eintretende Leistungsfreiheit des Versicherers auch bei Herbeiführung des Brandes durch andere Personen eintritt, wird verneint hinsichtlich der zu b genannten Personen (denn gegen ihre Leichtfertigkeit will man sich gerade auch versichern), bejaht hinsichtlich des Vormundes (Vaters), Konkurs-, Zwangs-, Nachlaßverwalters, Nachlaßpflegers und Testamentsvollstreckers, Vorstandes der juristischen Person. — Haftung für das Verschulden des Rechtsanwalts, der die Geltendmachung des Anspruchs binnen der vorgeschriebenen Frist versäumt.

10. **RG.** V. JDR. **9** Nr. 2 b β jetzt auch **RG. 74** 163. Ein Knappschaftsverein, der nach seinen Satzungen ein erkranktes Mitglied in einem Krankenhause untergebracht hat, haftet für dort bei der ärztlichen Behandlung oder Pflege vorgekommene Versehen nicht.

11. RheinA. **108** I 221 (Cöln). Ein genossenschaftlicher Revisionsverband im Sinne des § 54 GenG. haftet nicht für Schaden, der den Mitgliedern durch unsachgemäße Vornahme der Revisionen durch die Verbandsrevisoren erwächst.

12. **RG.** III. R. **11** Nr. 1513. Wird der Pächter einer Radrennbahn, der mit der Wiederherstellung der von jungen Burschen beschädigten Umzäunung beschäftigt ist, hierbei von dem Burschen geneckt und wirft er dabei mit einem Hammer nach demselben, so daß ein Zuschauer verletzt wird, so haftet der Rennbahnbesitzer nicht nach § 278. Wenn auch eine Anzahl Burschen durch die Lücke in die Rennbahn eingestiegen war, so wurde dadurch der Kläger in seinem vertraglichen Rechte, die Rennbahn und deren Darbietungen gefahrlos und ungestört zu besichtigen, nicht beeinträchtigt. Die Handlungsweise des Pächters verfolgte nicht den Zweck, die dem Kläger vertraglich zu gewährleistende Ordnung auf der Rennbahn aufrecht zu erhalten.

13. R. **11** Nr. 971 (Cöln). Wenn ein Kriegerverein die Mitglieder eines benachbarten Kriegervereins zu einer mit einem Preisschießen verbundenen Vereinsfestlichkeit eingeladen hat, so haftet er diesen im Falle eines Unfalls jedenfalls dann nicht vertraglich dafür, daß auf dem Schießplatze die erforderlichen Vorsichtsmaßregeln getroffen sind und von seinen Angestellten auch beobachtet werden, wenn er für das Betreten des Schießplatzes ein Eintrittsgeld nicht erhoben hat.

§ 279. 1. Leistungsverzug wegen Geldmangels. Vgl. § 285 Nr. 2.

2. **a)** HansGZ. **11** Hptbl. 57 (Hamburg). Beim Eintreten höherer Gewalt (Stillstand des Betriebs infolge von Witterungseinflüssen) ist der Verkäufer einer spezialisierten Gattung (Rohholzgeist aus einer bestimmten Fabrik) von seiner Lieferungsverpflichtung befreit, wenn der Kontrakt mit der Bestimmung geschlossen ist: shipment subject to strikes, accidents and occurrences beyond the control of the seller. Vgl. **RG. 57** 116. **b)** Bestätigt durch **RG.** II. HansGZ. **11** Hptbl. 253.

§ 281. OLG. **22** 192 (Rostock). Der Beklagte, der eine Grundschuld zurückzugeben hatte, erhielt von dem Ersteher des Grundstücks 500 M. infolge einer Vereinbarung, diesen nicht zu überbieten. Jener Betrag stellt sich als ein dem Beklagten für den (infolge Zwangsversteigerung eingetretenen) Untergang der Grundschuld geleisteter Ersatz dar.

§ 282. 1. Wie weit geht die Beweislast des Schuldners, der einen Gegenstand nicht herausgeben kann? Beweislast des Beamten gegenüber dem Anspruche des Fiskus auf Ersatz amtlich übergebener, abhanden gekommener Sachen. **RG.** III. 9. 11. 10, **74** 342, JW. **11** 36, R. **11** Nr. 24. Durch § 282 wird nur die grundsätzliche Entlastungspflicht des Schuldners, der die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung behauptet, begründet, nicht ein zwingender Beweis seiner Nichtschuld gefordert. Der Beamte, von dem die Behörde Schadensersatz für einen in seine dienstliche Obhut gelangten und während seiner Dienstzeit abhanden gekommenen Brief verlangt, hat regelmäßig seiner Beweispflicht genügt, wenn er die Möglichkeit nachgewiesen hat, daß der Brief auf die eine oder andere Weise abhanden gekommen sein könne, ohne daß er die ihm obliegende Sorgfalt außer acht gelassen habe. Der Nachweis, daß die Sache tatsächlich auf diese Weise abhanden gekommen ist, wird in den meisten Fällen nicht zu führen und auch nicht zu fordern sein. Sache der Behörde ist es, gegenbeweislich darzutun, daß die von

dem Beamten behaupteten und erwiesenen Möglichkeiten eines von ihm nicht verschuldeten Verlustes tatsächlich nicht in Betracht kommen.

2. **RG.** III. JW. **11** 400. Wenn nach dem formularmäßigen Mietsvertrage der Mieter, der wegen rückständigen Mietzinses die Wohnung hat räumen müssen, für den Ausfall der Miete haftet, so hat der Vermieter für eine anderweite Verwertung der Mietssache zu sorgen, und es liegt danach gemäß § 282 ihm ob, nachzuweisen, daß die Unmöglichkeit der anderweiten Verwertung nicht die Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes ist.

3. **RG.** II. LeipzZ. **11** 216 Nr. 14. Die Beweisregel des § 282 gilt im Falle des § 351 [→ § 355 ist Druckfehler ← Red.] nicht nur bei Unmöglichkeit der Herausgabe, sondern auch bei wesentlicher Verschlechterung der Sache.

§ 283. Über Schadensersatzanspruch in der Berufungsinstanz, nachdem Beklagter der Verurteilung zur Rechnungslegung nicht Genüge geleistet hat, vgl. ZPO. § 254.

§ 284. Literatur: Hölder, Zur Lehre von der Haftung für Verzug, Unmöglichkeit und Unvermögen, R. **11** 673—681. — Zitelmann, Selbstmahnung des Schuldners. Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger 282—292. Berlin 1911, Weidmann.

1. Mahnung trotz Vertragsanfechtung? **RG.** I. **75** 333, JW. **11** 441 Nr. 2, LeipzZ. **11** 456 Nr. 9. Mit Anfechtung des Vertrags ist eine rechtswirksame Mahnung nicht vereinbar. Wer gemäß § 123 anficht und von dem Schuldner Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangt, der kann nicht gleichzeitig durch eine rechtswirksame Mahnung von ihm Vertragserfüllung begehren. Unzulässig ist auch der Gesichtspunkt, daß der Gläubiger nur bedingungsweise, nur für den Fall, wenn seine Vertragsanfechtung keinen Erfolg haben sollte, gemahnt habe. Der Rechtsverkehr erfordert klare und unzweideutige Erklärungen. Auf widerspruchsvolle Erklärungen braucht sich der Schuldner nicht einzurichten. Vgl. unten § 339 Nr. I 1.

2. Erstattung der Portokosten für Mahnschreiben? S. § 286 Nr. I 2.

3. Selbstmahnung durch Ankündigung der Leistung. Zitelmann, Selbstmahnung des Schuldners. Die Ankündigung der Leistung durch den Schuldner (Selbstmahnung) steht der Mahnung gleich. Ein Unterfall der Selbstmahnung ist die Vornahme eines Erfüllungsversuchs. Wegen Gläubigerverzug vgl. § 295.

4. Verzug ohne Mahnung nach Abs. 2. **RG.** II. R. **11** Nr. 2826. Ist in einem Vertrage bestimmt, daß die gekauften Waren innerhalb eines bestimmten Jahres in ungefähr gleichmäßigen Monatsraten auf Abruf zu liefern sind, so gerät der Käufer, der innerhalb des Jahres nicht abruft, wenn nicht schon bezüglich der Monatsraten mit Ablauf der einzelnen Monate, so doch jedenfalls bezüglich der Gesamtlieferung mit Ablauf des Jahres ohne Mahnung in Verzug, so daß in einem solchen Falle auch eine etwaige für den Fall des Nichtabrufs vereinbarte Vertragsstrafe ohne weiteres verfällt.

5. Verzug bei „Netto Kasse". OLG. **22** 195 (Braunschweig). Wenn „Netto Kasse" vereinbart ist, so setzt sich der Käufer in Erfüllungsverzug, wenn er Lieferung der Ware ohne Barzahlung verlangt. Der Verkäufer kann infolgedessen nach § 326 zurücktreten.

6. **RG.** V. R. **11** Nr. 25. Ist die Fälligkeit eines gestundeten Restkaufpreises für den Fall nicht rechtzeitiger Zinszahlung bedungen, so tritt, falls der Käufer einen vom Verkäufer bestrittenen Minderungsanspruch hat, die Fälligkeit der Forderung, auch soweit sie nach Abzug des Minderungsanspruchs besteht, infolge Nichtzahlung der Zinsen nicht ein.

§ 285. I. Allgemeines. 1. Setzt Verzug Verschulden voraus? Hölder, R. **11** 675 ff. Unrichtig ist die herrschende Lehre, daß Schuldnerverzug stets Verschulden voraussetze. Der Schuldner hat nach § 279 bei Gattungs-, insbesondere Geldschulden auch schuldloses Unvermögen zu vertreten.

2. Leistungsverzug wegen Geldmangels. Der Schuldner kann sich nicht darauf berufen, daß er ohne sein Verschulden mittellos geworden sei. **RG.** V. 8. 2. 11, **75** 335 Nr. 80, SeuffA. **65** 392, JW. **11** 361 Nr. 9, LeipzZ. **11** 381 Nr. 17, R. **11** Nr. 1275. Obwohl grundsätzlich der Verzug ein Verschulden voraussetzt, so sind doch Fälle denkbar, in denen der Schuldner auch unverschuldete Umstände zu vertreten hat. So läßt § 279 eine erweiterte Anwendung zu für solche Fälle, in denen der Grund für die Unmöglichkeit der Leistung oder der rechtzeitigen Leistung darin besteht, daß dem Schuldner die zur Beschaffung der Leistung erforderlichen Geldmittel sei es dauernd, sei es zu dem entscheidenden Zeitpunkte, fehlen. In einem solchen Falle soll der Schuldner ebensowenig wie in dem, in welchem er unmittelbar Geld zu leisten hat, sich darauf berufen können, daß er ohne sein Verschulden unvermögend geworden sei, das Geld zu beschaffen.

3. Unverschuldete Unkenntnis der Verbindlichkeit. Hölder, R. **11** 678 f. Falsch ist die herrschende Lehre, daß unverschuldete Unkenntnis den Verzug ausschließe. Die Unkenntnis von seiner Verbindlichkeit ist kein Umstand, infolgedessen der Schuldner nicht leisten kann.

II. Umstände, die der Schuldner nicht zu vertreten hat. **a)** Vertragswidriges Verhalten des Gläubigers. **RG.** II. JDR. **9** Nr. 1 a α jetzt auch SeuffA. **66** 89. **b) RG.** VII. SächsRpflA. **11** 214, JW. **11** 486, DJZ. **11** 874. Der Schuldner kommt so lange nicht in Verzug, als ihm objektiv ein Zurückbehaltungsrecht zusteht oder er ohne Verschulden annehmen darf, daß ihm ein Zurückbehaltungsrecht zustehe. Es ist nicht erforderlich, daß er sich schon zu der Zeit, wenn seine Leistung fällig wird, auf das Zurückbehaltungsrecht beruft.

III. Umstände, die der Schuldner zu vertreten hat. **RG.** V. R. **11** Nr. 26. Der Hypothekenschuldner kommt mit der Rückzahlung verschuldet in Verzug, wenn er sich mit der unbestimmten Zusage einer Darlehnsbewilligung zum Fälligkeitstermine begnügt, die nachher nicht eingehalten wird. Danach, sowie in Anbetracht der bedeutenden Höhe der zu zahlenden Geldsumme hat der Beklagte die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen, indem er sich mit der unbestimmten Zusage der Sparkasse begnügt und nicht rechtzeitig Maßnahmen getroffen hat, welche die Beschaffung der Geldsumme behufs Abführung an die Klägerin bis zum 1. Oktober 1901 mit Sicherheit gewährleisteten.

§ 286. Literatur: v. Bardeleben, Die Erstattbarkeit der Portokosten für Mahnbriefe, DRZ. **11** 568—569. — Hölder, vgl. § 284. — Hoppe, Kann der Gläubiger vom Schuldner die Erstattung von Portokosten für Mahnschreiben verlangen? DJZ. **11** 585. — Reinsch, Kann der Gläubiger vom Schuldner die Erstattung der Portokosten für Mahnschreiben beanspruchen? DJZ. **11** 334.

I. Verzugsschaden. 1. Auch vor Verzug entstandene Kosten. Hölder, R. **11** 673—681. Unrichtig ist die Auffassung von Reichel (vgl. JDR. **9** § 304), daß beim Schuldnerverzug nur der Schaden zu ersetzen sei, der nach dem Verzug erwachse. Auch die vorher nutzlos aufgewendeten Kosten (z. B. Wiegekosten) sind als Verzugsschaden zu ersetzen.

2. Kann der Gläubiger vom Schuldner die Erstattung der Portokosten für Mahnschreiben beanspruchen? **a)** Reinsch. Die Frage ist zu verneinen. Da der Schuldner erst durch die Mahnung in Verzug kommt, können die Kosten nicht zu dem durch den Verzug entstehenden Schaden gehören.

Anders nur, wenn Postnachnahme vereinbart ist, ausdrücklich oder stillschweigend durch fortgesetzte Übung in längerer Geschäftsverbindung. Wichtig wegen § 691 Abs. 2 ZPO. — b) Dagegen Hoppe. Die Kosten sind zu ersetzen, zwar nicht gemäß § 286, aber nach § 91 ZPO. c) v. Bardeleben. Das erste Mahnschreiben des Gläubigers ist allerdings keine Folge des Verzugs und die Kosten hierfür nicht Verzugsschaden. Wohl aber sind es die weiteren Schreiben. Zu prüfen ist nur, ob die Zahl der Briefe und die aufgewandten Kosten den Umständen entsprechen. **d)** PosMSchr. **11** 168 (LG. Gnesen). Die Kosten der Mahnung eines bereits in Verzug befindlichen Schuldners hat dieser nicht zu erstatten.

3. **RG.** II. HoldheimsMSchr. **11** 168. Der durch Abnahmeverzug des Käufers entstandene, von ihm zu ersetzende Schaden des Verkäufers kann darin bestehen, daß die für den Käufer aufgestapelte und gelagerte Ware durch das Lagern eine Verschlechterung ihrer Beschaffenheit erlitten hat.

4. R. **11** Nr. 1514 (Hamburg). Die Kosten der notariellen Feststellung einer Zahlungsweigerung kann der Gläubiger aus dem Gesichtspunkte des Verzugs nicht ersetzt verlangen, da eine solche Feststellung nicht üblich ist.

5. OLG. **22** 191 i (Hamburg). Da die vom beklagten Schuldner abzutretende Hypothek infolge des Verzugs gelöscht worden war, hat er den Schaden zu ersetzen, der dem Kläger durch die Nichterfüllung deshalb entstanden ist, weil die Leistung infolge seines Verzugs unmöglich geworden ist.

II. Enthält Stundung der Leistung einen Verzicht auf inzwischen erwachsene Ansprüche aus dem Verzuge? OLG. **22** 193 (Hamburg). Die Auslegungsfrage, ob die Stundung der Leistung auch den Verzicht auf die inzwischen aus dem Verzuge des Schuldners erwachsenen Rechte enthält, wird vorliegend bejaht. Das Verhalten des Gläubigers läßt nicht erkennen, daß er irgendwann einmal zu energischen Mitteln gegriffen habe, um seine dem Schuldner geliehenen Aktien endlich zurückzuerhalten, sondern zeigt, wie er sich zu den verschiedensten Malen von ihm hat vertrösten lassen und sich bei seinen Versprechungen immer wieder beruhigt hat. Dazu kommt, daß die Parteien in freundschaftlichem Verhältnisse zueinander standen.

Zweiter Titel. Verzug des Gläubigers.

Literatur: Hölder, Zur Lehre von der Haftung für Verzug, Unmöglichkeit und Unvermögen, R. **11** 673—681. — Zitelmann, Selbstmahnung des Schuldners. Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger 282—292. Berlin 1911.

§ 293. SeuffA. **66** 57, R. **11** Nr. 695 (Braunschweig). Abnahmeverzug ist bei Leistung Zug um Zug zugleich Leistungs(Zahlungs)verzug.

§ 295. Zitelmann, Selbstmahnung des Schuldners. Zur Herbeiführung des Annahmeverzugs bedarf es einer Aufforderung des Schuldners an den Gläubiger, er möge die Handlung vornehmen, die zur Bewirkung der Leistung des Schuldners erforderlich sei, nicht mehr, wenn der Gläubiger vorher erklärt hat, er werde die Handlung dann und dann vornehmen. Ebenso genügt die Mitteilung des Gläubigers, er habe die Handlung vorgenommen. Wegen Schuldnerverzug vgl. § 284 Nr. 3.

§ 302. OLG. **22** 193 (Hamburg). Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen eines Pferdes, welches der Verkäufer wegen Lahmheit zurückzunehmen hatte.

§ 304. Hölder, R. **11** 673. Unrichtig ist die Auffassung Reichels (JDR. **9**), daß beim Schuldnerverzuge nur der Schaden zu ersetzen sei, der nach dem Verzug erwachse, der Schuldner hat die vorher nutzlos aufgewendeten Wiegekosten auch als Verzugsschaden zu ersetzen.

Zweiter Abschnitt. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

Erster Titel. Begründung. Inhalt des Vertrags.

Vorbemerkung: I. Zu § 305. Die gemischten Verträge. Der vorjährige Bericht über Hoenigers Gemischte Verträge (JDR. **9** Nr. 2 a und passim) ist um einige wichtige Punkte ergänzt worden. Was die prinzipielle Behandlung der gemischten Verträge anlangt, so tritt Hoeniger unter Verwerfung des herrschenden Absorptionsprinzips im Anschluß an Rümelin für das sog. Kombinationsprinzip ein, das er in den Grundzügen andeutet. Hiergegen Schreiber (§ 305 Nr. II 1 a und b). — Hervorgehoben seien ferner die Darlegungen über die Begriffe Haupt- und Nebenleistung (Nr. II 2) und über die Verbindungen von Entgeltlichkeit, Synallagma und Sozietät, hiergegen wiederum Schreiber (Nr. II 5 a und b); wegen der Entgeltlichkeitsbegriffe selber vgl. §§ 320 ff.

II. Zu § 313: 1. Der Versuch, den Formzwang durch Bevollmächtigung des Vertragsgegners (§ 181) oder von ihm abhängiger Personen zu umgehen, wird durch **RG.** II 28. 4. 11 zurückgewiesen, vgl. auch **RG** V. 26. 6. 11 (§ 313 Nr. I 7 b und c).

2. In **RG** II. 17. 10. 11 (Nr. I 11 a, vgl. hierzu b) werden die verschiedenen Bedeutungen erörtert, welche die Verpflichtung, ein fremdes Grundstück zu verschaffen, haben kann, und wann die Formpflicht besteht.

3. Gilt die Formvorschrift auch für die Verpflichtung zum Erwerb ohne gleichzeitige Verpflichtung des anderen zur Veräußerung? Vom **RG.** V wiederum verneint, von Bett gegen Fuchs bejaht (Nr. I 12 a—c).

4. Die Heilung hat keine rückwirkende Kraft (Nr. III 2). Wichtig wegen der Verjährung der Gewährleistungsansprüche.

§ 305. Literatur: Breit, Die Willenserklärung als Äußerung und Leistungsgegenstand, GruchotsBeitr. **55** 1—31 (über Vorverträge 24 ff.). — v. Dassel, Verpflichtung von Elektrizitätsgesellschaften (Überlandzentralen) zum Vertragsschlusse, R. **11** 436. — Hoeniger, Untersuchungen zum Probleme der gemischten Verträge. Erster Band: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. Mannheim und Leipzig 1910 (bereits JDR. **9**). — Schreiber, Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht, JheringsJ. **60** 106—228.

I. Vorvertrag. Breit, GruchotsBeitr. **55** 1—31 (24 ff.). Es gibt drei Arten von Vorverträgen: 1. Offerierungsverträge (der eine Teil verpflichtet sich dem anderen Gelegenheit zum Abschluß eines bestimmten Vertrags zu geben, ohne daß der andere Teil zur Annahme jener Offerte verpflichtet wäre). 2. Akzeptierungsverträge (jemand ist verpflichtet, alle etwaigen Offerten des Gegners anzunehmen, ohne daß dieser zu den Offerten verpflichtet wäre). 3. Kontrahierungsverträge (hier ist sowohl die eine Partei zur Offerte als auch die andere zur Annahme verpflichtet), z. B. die Bierlieferungsverträge. Vertrag 1 und 2 sind einseitige Verträge, Vertrag 3 gegenseitiger Vertrag. Es ist nicht maßgebend, ob der sich ergebende Hauptvertrag ein zwei- oder einseitiger Vertrag ist, von Bedeutung ist allein, zu welcher Gruppe der Vorvertrag gehört.

II. Die gemischten Verträge. 1. Die prinzipielle Behandlung der gemischten Verträge. Absorption, Kombination, Analogie. a) Hoeniger, Die gemischten Verträge 338 ff. Im römischen Rechte hat das Prinzip der eintypischen Subsumption geherrscht, doch war das ganze Problem dort im Gegensatze zu heute mehr prozeßtechnisch-formaler Natur, es handelte sich nur um die spezifisch römische Frage, welche Prozeßformel bei den Mischformen zu erteilen ist. In der modernen Literatur hat besonders Lotmar die jahrhundertlange herrschende Ansicht von der möglichst eintypischen Subsumption der der gesetzlichen Spezialregelung unterstellten Verträge und von der Absorption der Rechtsfolgen vertreten. Demgegenüber

will Hoeniger im Anschluß an Rümelins auf den Dienst- und Werkvertrag beschränkten Versuch das Prinzip der Kombination der Rechtsfolgen durchführen. Dieses Kombinationsprinzip — das er vorläufig nur andeutet — besteht darin, daß den gemischten Verträgen als Kombinationen der einzelnen Tatbestandsstücke diejenigen Rechtsfolgen kombiniert zukommen sollen, die den einzelnen Tatbestandselementen zugehören. Die diesem Prinzipe zugrunde liegende Annahme von Zusammengehörigkeiten zwischen Tatbestand und Rechtsfolgen, die aus dem unmittelbaren Wortlaut des Gesetzes nicht zu entnehmen sind, ist ein rechtswissenschaftliches Axiom, ohne das eine über die Worterklärung des Gesetzes hinausgehende juristische Erörterung nicht denkbar ist. Als Aufgabe ergibt sich demnach folgender Plan: Es werden zunächst die gesetzlichen Tatbestände des speziellen Schuldrechts in ihre Elemente zerlegt, diese Tatbestandselemente im einzelnen auf ihre Funktionen und Relationen untersucht und dieselben sodann geordnet werden müssen. Daran anschließend wird zu untersuchen sein, nach welchen Gesetzen sich diese einzelnen Tatbestandsstücke zu neuen und dem Gesetz unbekannten Formen kombinieren können und wann eine solche Tatbestandskombination einen „einheitlichen" Vertrag darstellt. Diese Untersuchung führt so in die allgemeine Lehre vom zivilistischen Tatbestande.

b) Schreiber, Gemischte Verträge, JheringsJ. **60** 106—228 lehnt mit Hoeniger die Absorptionstheorie ab. Sie kann schonn deshalb nicht richtig sein, weil die gesetzlichen Typen der systematischen Durcharbeitung in doppelter Richtung entbehren: Die tatsächlich geregelten Tatbestände entsprechen nicht den gesetzlichen Definitionen, und es sind Typen nebeneinander gestellt, die in Wahrheit einander übergeordnet sind; auch die Unterordnung des Handelsrechts unter das allgemeine bürgerliche Recht ist nicht genau eingehalten worden. Das Absorptionsprinzip ist ferner teilweise praktisch nicht durchführbar, führt in anderen Fällen zu unbilligen Ergebnissen und verleitet bei der Beurteilung konkreter Tatbestände stets zu eine Vernachlässigung wirtschaftlicher Abweichungen zugunsten der juristischen Schablone. Aber auch Hoenigers Kombinationstheorie ist falsch. Zu bezweifeln ist, ob die von ihm behaupteten abstrakten Zusammenhänge zwischen Tatbestand und Rechtsfolge überhaupt aufstellbar sind. In jedem Falle kennt das Gesetz solche abstrakten Zusammenhänge nicht, so daß Hoenigers Theorie höchstens wertvolles Material de lege ferenda bringen kann, aber niemals für eine Anwendung des geltenden Rechtes verwertbar ist (203/4). Schreiber selbst stellt eine Ansicht auf, die sich grundsätzlich und in allen Punkten von der Absorptionstheorie unterscheidet, aber mit der Kombinationstheorie eine weitgehende Verwandtschaft hat und von *Schreiber in seinem Selbstberichte folgendermaßen charakterisiert wird: „Der besondere Teil der Schuldverhältnisse im BGB. leidet unter so schweren, systematischen Fehlern, daß eine konstruktive Jurisprudenz auf ihm nicht aufgebaut werden kann. Vielmehr ist es nötig, die unmittelbare Anwendung dieses Teiles des BGB. ausschließlich auf die Tatbestände zu beschränken, die im Gesetze geregelt sind. Jede Abweichung im Tatbestande zwingt dazu, sich unter direkter Anwendung des allgemeinen Schuldrechts auf Analogien aus den einzelnen Schuldverhältnissen zu beschränken." Diese analoge Anwendung erfordert nicht die von Hoeniger 210 beschriebene Feststellung eines oberen Tatbestandes, sondern beschränkt sich auf die Überlegung, ob in dem konkreten Falle eine gleiche Interessenlage vorhanden ist oder ob gewisse Zwecke des Gesetzes sich auch auf den konkret vorliegenden Fall erstrecken (213).

2. Die Begriffe Haupt- und Nebenleistung in der Lehre von den gemischten Verträgen. Hoeniger, Die gemischten Verträge (vgl. JDR. **9** Nr. 2 a) 89 ff. 1. Als Nebenleistungen werden gewöhnlich unterschiedslos ganz verschiedene Begriffe bezeichnet: a) solche Leistungen, die als gleich-

wertig, koordiniert versprochen werden, z. B. die Fälle von §§ 507, 473 (z. B. wenn ein reicher Kunstliebhaber einem Künstler ein Bild für mehrere tausend Mark abkauft und ihm weiter als Entgelt auf die Dauer von zehn Jahren seine Villa in Rom zur alleinigen Benutzung zu überlassen hat); b) solche Leistungen, die einer anderen, der Hauptleistung, gegenüber, als nebensächliche Leistungen versprochen werden; in diesem Sinne werden Zinsen, Kosten und ähnliches in § 1115 BGB., § 4 ZPO. gebraucht; c) solche Leistungen, die sich als Rechtsfolgen des von den Parteien vereinbarten Vertrags ergeben. So nennt man Nebenleistung oder Nebenverpflichtung die Verwahrungspflicht, die sich mit jedem Vertrag auf Sachüberlassung als selbstverständliche Rechtsfolge verknüpft. Diese Nebenleistungen sind stets dem Inhalte nicht konforme Rechtsfolgen eines anders gearteten Vertrags. In bezug auf sie entsteht die Frage, wieweit auf sie die Rechtsnormen Anwendung finden, die das Gesetz dem entsprechenden Leistungsversprechen zuordnet. Es können auch mehrere typische Leistungspflichten als Rechtsfolgen eines einzigen, anders gearteten Leistungsversprechens erwachsen, so z. B. in dem Falle des Fuhrhalters, der zur Verwahrung und Fütterung der Pferde und zum Ausbessern des Wagens verpflichtet ist. In einem solchen Falle liegt die Verwechselung mit einem gemischten Vertrage nahe. Doch liegt ein solcher nicht vor, weil der Tatbestand nur das Versprechen einer Leistung aufweist. Gemischte Verträge der Grundform mit Typenvermengung durch Verbindung mehrerer Leistungen auf einer Seite sind aber nur solche, bei welchen eine Partei mehrere Leistungen verspricht, deren Tatbestand also schon die Zusage mehrerer typischer Leistungen aufweist. 2. Für gemischte Verträge dieser Art, z. B. den Pensionsvertrag, lehrt die herrschende Meinung: die bedungene Leistung der Bedienung sei nur „Nebenleistung", der ganze Vertrag sei daher ausschließlich als Miete aufzufassen; außerdem bedungene Beköstigung dagegen sei auch „Hauptleistung" und der ganze Vertrag entweder als „gemischte Miete" (so Josef, GruchotsBeitr. **49** 764) oder „als Kombinationsvertrag" (so Enneccerus, § 323 Nr. III 2, § 349 Nr. I c) aufzufassen. Diese Unterscheidung ist prinziplos und unbrauchbar. Ebenso verkehrt ist Lotmars Absorptionsprinzip, daß, wenn Sachleistung neben Arbeit versprochen ist, ausschließlich einer dieser beiden Leistungen für die Rechtsfolgen des ganzen Vertrags bestimmende Wirkung zukommen kann, so daß der ganze Vertrag ausschließlich nur entweder Sachleistungs- oder Arbeitsvertrag, aber niemals eine Kombination beider sein kann. Vielmehr ist zu sagen (115): „Es gibt keine im Tatbestande zugesagte Nebenleistungen in dem Sinne, daß die ihr zugehörigen Rechtsfolgen für die Beurteilung des ganzen Vertrags überhaupt nicht in Betracht kämen. Jede „Nebenleistung" dieser Art muß wenigstens eine Rechtsfolge erzeugen und zwar ihre hauptsächliche, nämlich, daß sie geleistet werden muß." 3. Dem Momente der Nebensächlichkeit, das gemäß den Ausführungen zu 2 ein allgemeines Prinzip nicht abzugeben vermag, kommt auch für die Beurteilung von Einzelfragen keine Bedeutung zu. Eine Leistung ist dann nebensächlich, wenn der ihr entsprechende Teil des Entgelts verhältnismäßig gering ist. Trotz dieser Nebensächlichkeit finden aber z. B. bei Getreidelieferung in Säcken auf die Überlassung der Säcke fast alle Mietregeln Anwendung; dem Momente der Nebensächlichkeit dieser Gebrauchsüberlassung kommt also keineswegs die Bedeutung zu, daß die ihr zugehörigen Rechtsfolgen ganz oder auch nur zu einem erheblichen Teil absorbiert werden (142). Ebenso kann auch ein Endigungsgrund, der allein für die sehr nebensächliche Leistung angeordnet ist, den ganzen Vertrag zu beendigen geeignet erscheinen.

3. Gemischter Vertrag bei Abwandlungen des Erfüllungsvollzugs. Hoeniger, Die gemischten Verträge 121 ff. Von der Leistung sind die Abwandelungen des Erfüllungsvollzugs zu unterscheiden, das sind

Handlungen, die sich in den Erfüllungsvollzug der Leistung selbst einschieben und ihn erweitern. Sie sind keine selbständigen Leistungen. So ist z. B. die Versendung einer gekauften Sache Erweiterung des Kaufvertrags, nicht besondere Leistung neben der Sachleistung (124). In allen solchen Fällen erscheint das nicht typische Tatbestandsstück der Versendung der zu leistenden Sache aus der Kategorie des Kaufes mit anderen typischen Leistungen kombiniert, so daß sich ein gemischter Vertrag der ersten Grundform ohne Typenvermengung ergibt. Dagegen liegt niemals ein gemischter Vertrag mit Typenvermengung durch Verbindung mehrerer Leistungen auf einer Seite vor.

4. Das Zusammentreffen mehrerer Vorbereitungshandlungen. Hoeniger, Die gemischten Verträge 118. Durch das Zusammentreffen mehrerer Vorbereitungshandlungen verschiedener Art bei einem einzigen Leistungsversprechen entsteht kein gemischter Vertrag. Auf die Vorbereitungshandlungen, wie z. B. beim Vertrage mit der Leihbibliothek das Aussuchen oder Herbeischaffen des Buches, hat der Gläubiger keinen klagbaren Anspruch und überhaupt kein Recht.

5. Verbindungen von Entgeltlichkeit, Unentgeltlichkeit, Synallagma und Sozietät. — Über diese Begriffe vgl. §§ 320 ff. Nr. I. a) Hoeniger, Die gemischten Verträge 168 ff. 1. Die Verbindung von Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit kann unzählige Abstufungen aufweisen. Beides sind Extreme, zwischen denen unzählige Zwischenstufen liegen; alle diese Zwischenstufen erscheinen als Kombinationen der extremen Tatbestandsstücke. Diese zahlreichen Zwischenstufen läßt die herrschende Ansicht ganz unberücksichtigt, z. B. sie behandelt den Fall, bei dem ein Pferd nur zu einem Zehntel unter dem Preise in Zuwendungsabsicht hergegeben, also zu neun Zehnteln verkauft wird, ganz gleich mit dem zur Schenkung sich neigenden Fall, daß das Pferd zu neun Zehnteln unentgeltlich hingegeben und also nur zu einem Zehntel verkauft wird. 2. Während zwischen Synallagma und Unentgeltlichkeit immer ein Gegensatz besteht, ist eine Verbindung von Unentgeltlichkeit und Gesellschaft derart möglich, daß ein und derselbe Vertrag sowohl Gesellschaft wie zugleich voll unentgeltliches Geschäft ist. Gesellschaft und Unentgeltlichkeit stehen in keiner Weise im ausschließenden Gegensatze zueinander. Es gibt ebensowohl voll entgeltliche wie voll unentgeltliche und demgemäß auch teilweise entgeltliche Sozietät. 3. Auch Kombinationen von Synallagma und Sozietät sind möglich. 4. Alle drei Kombinationsformen sind dadurch gekennzeichnet, daß die drei typisch wesentlichen, vom Leistungsinhalt unabhängigen Tatbestandsstücke sich ohne weiteres durch bloßes Nebeneinandertreten der Tatbestände und ohne daß es eines besonderen verknüpfenden Tatbestandes bedürfte, verbinden, und insbesondere daß aus den verschiedenen Tatbestandsstücken nicht jeweils nur eine einzige Kombination gebildet werden kann, sondern daß sich deren viele, geradezu zahllose dadurch ergeben, daß diese Kombinationen im Maße und Verhältnisse der Vermischung sich abstufen und variieren und so die ganze kontinuierliche Reihe der echten Brüche durchlaufen können. b) Schreiber, Gemischte Verträge, IheringsJ. **60** 184 ff., verteidigt demgegenüber die herrschende Auffassung, daß Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit begriffliche Gegensätze sind, ohne eine Brücke, die von einem zum anderen führt. Die Idee der kontinuierlichen Reihe zwischen den beiden Extrembegriffen ist verfehlt. Die Vorstellung von der Abstufbarkeit der culpa-Haftung, welche Hoeniger zum Vergleiche heranzieht, ist durchaus gerechtfertigt. Denn von leichter zu grober Fahrlässigkeit gelangt man allerdings ununterbrochen durch Steigerung der Unachtsamkeit. Dagegen fehlt ein solcher Grundtatbestand, der durch seine eigene Steigerung von der Unentgeltlichkeit zur Entgeltlichkeit führt, durchaus. „Ich kann nicht eine

Sache „sehr" unentgeltlich oder nur „ein wenig" unentgeltlich geben, dagegen kann ich wohl „sehr" oder nur „ein wenig" fahrlässig sein" (184/6).

6. Die gemischten Verträge in der Praxis. a) **RG.** I. Württ. RpflZ. **11** 201 (204 ff.) behandelt einen gemischten Vertrag, der im Innenverhältnisse zum Teil ein der stillen Gesellschaft ähnliches Gebilde, zum Teil ein Dienstvertrag ist, während der Angestellte nach außen das Geschäft selbständig zu betreiben hatte und den Gläubigern gegenüber für die Verbindlichkeiten allein haftete. **b)** Verbindung von Beleihungsgeschäft und Grundstücksverkauf vgl. § 313 Nr. I 3a. **c)** OLG. **22** 201, R. **11** Nr. 2111 (KG.). Einen unter keine benannte Vertragskategorie des BGB. fallenden gegenseitigen Vertrag enthält folgender Tatbestand: Der Kläger hat in größeren Gasthöfen Behälter für Seife als Automaten aufgestellt und die auf deren Vorderseite angebrachten 18 Felder für Geschäftsanzeigen an Firmen gegen Vergütung überlassen. Die Beklagte hat mit dem Kläger vereinbart, daß sie ihre Seifen für die Automaten in Packungen von 100 Stück für je 6 Pf. in solcher Ausgestaltung an die Gastwirte liefere, daß diese die Stücke zu 10 Pf. hergeben und den Mehrbetrag von 4 Pf. als Vergütung für die Aufstellung der Automaten behalte. Da sie nur zu höheren Preisen liefern will, verlangt der Kläger mit Recht gemäß § 326 Schadensersatz wegen Nichterfüllung. **d)** Kündigung bei gemischten Verträgen. BadRpr. **11** 218 (Karlsruhe). Es gibt kein Prinzip, daß gegenseitige gemischte Verträge, welche dauernde oder wiederkehrende Leistungen betreffen, kündbar seien. Den zahlreichen Einzelbestimmungen über Kündigung liegt kein allgemeines Prinzip zugrunde.

III. Auf welche vertragsähnlichen Verhältnisse ist das Vertragsrecht anzuwenden? **a)** Eröffnung eines Verkehrs im Hause. Gastwirtschaft. **RG.** III. JW. **11** 360 Nr. 6, LeipzZ. **11** 380 Nr. 16. Schon durch den Eintritt des Gastes in die Gasträume entsteht ein Vertragsverhältnis zwischen Gast und Wirt über die Benutzung der Räume mit Haftung des Wirtes für die Sicherheit des Verkehrs in den Räumen. Der Wirt ist danach auch verpflichtet, dafür zu sorgen, daß in den Räumen kein die Gäste gefährdender Unfug verübt wird. Dementsprechend haftet der Gastwirt vertraglich für den Kellner, der im Gastzimmer eine geladene Büchse liegen ließ, mit welcher ein eintretender Gast auf einen anderen schoß. **b)** Pferde- und Wageneinstellung. α. OLG. **22** 331 (München). Die Verhältnisse, unter welchen fremde Pferde in den Stallungen eines Gastwirts untergebracht werden, sind von Fall zu Fall verschieden. In der Regel wird mit der Übernahme der Verwahrung zugleich die durch einen Bediensteten des Gastwirts auszuübende Verpflichtung übernommen, für das Tier zu sorgen, es zu füttern, zu tränken, aus- und anzuschirren u. dgl., wofür der Bedienstete ein Trinkgeld erhält, das wiederum einen Teil seines Lohnes bildet. Dann hat der Gastwirt nicht nur gemäß § 690, sondern nach §§ 276, 278 zu haften. Vorliegend ist aber ein Verschulden zu verneinen (das eingestellte Pferd wurde durch ein frischbeschlagenes, neben das erste gestellte, von ihm nur durch einen Schrankbaum getrennte Pferd des Wirtes verletzt). β. SächsRpflA. **11** 253 (Dresden). Haftung des Gastwirts für die Einstellung von Pferden. Ein Vertragsverhältnis liegt vor, da die Pferde mit Einverständnis des Hausknechts im Gasthofsstall eingestellt wurden und der Hausknecht vom Wirt ermächtigt war, Pferde zum Einstellen anzunehmen. Doch findet weder § 701 Anwendung, da der Kläger selbst im Gasthaus keine Unterkunft nachgesucht hat, noch ist ein Verwahrungsvertrag zustande gekommen, da bei der geringen Vergütung von 50 Pfennigen nicht anzunehmen ist, daß der Wirt durch die Annahme der Pferde ein so hohes Risiko hat auf sich nehmen wollen, wie es die Eingehung eines Verwahrungsvertrages mit sich bringt. Der Vertrag ist Platzmiete.

γ. SchlHolstA. **11** 57 (Kiel). Kein Verschulden des Wirts und des Hausknechts bei der Einstellung eines Pferdes. **c)** Benutzung von öffentlichen Schlachthäusern. **RG.** IV. JW. **11** 958 Nr. 36, R. **11** Nr. 3422. Kein Vertragsverhältnis zwischen den einzelnen Schlachthausbenutzern und der Stadtgemeinde. Ein privatrechtlicher Vertrag liegt nicht vor. Es fehlt an dem rechtsgeschäftlichen Willen. Die Stadtgemeinde macht durch das Bereithalten des Schlachthauses kein Vertragsangebot. Sie erfüllt damit lediglich eine öffentlich-rechtliche Pflicht. Zur Erfüllung dieser Verpflichtung stellt sie die Benutzung der Räume und Einrichtungen des Schlachthauses jedem frei. Für die Benutzung der im öffentlichen Interesse unterhaltenen Veranstaltung erhebt sie nach Maßgabe des § 4 PrKommAbgG. Gebühren, die ihrem Wesen nach öffentliche Abgaben sind, zur Unterhaltung des Schlachthauses und zur Verzinsung seiner Anlagekosten dienen, aber nicht als Gegenleistung im Rahmen einer vertraglichen Abmachung; ebenso bereits **RG.** VI. JDR. **9** Nr. 3 d α. Von dieser Entscheidung und ihrer Begründung abzugehen, liegt kein Anlaß vor. **d)** Vertragsähnliche Vertrauensverhältnisse (Geschäftsverbindung, Wechselverkehr) vgl. § 276 Nr. VI 1.

IV. Kontrahierungszwang. **a)** v. Dassel, Verpflichtung von Elektrizitätsgesellschaften (Überlandzentralen) zum Vertragsschlusse, R. **11** 436. Die Gesellschaft kann den Abschluß eines neuen Vertrags verweigern, wenn ein Abnehmer mit seinen Zahlungsverpflichtungen aus einem alten, abgelaufenen Vertrag im Rückstand ist und wenn er selbst oder ein in seinem Namen handelnder Vertreter oder einer, der als allgemeiner oder besonderer Rechtsnachfolger in die Verbindlichkeiten des ursprünglichen Abnehmers eingetreten ist, den Abschluß des neuen Vertrags verlangt. Dies gilt jedoch nicht, wenn an Stelle des mit seinen Zahlungen rückständigen Abnehmers dessen Konkursverwalter auf der einen Seite den Abschluß eines neuen Vertrags verlangt, auf der anderen Seite aber die Erfüllung des alten Vertrags weigert. Denn der Konkursverwalter handelt nicht nur im eigenen Namen und aus eigenem Rechte, sondern auch im Interesse der Gläubiger, nicht des Gemeinschuldners. **b)** Kontrahierungszwang gegen den Pflichtanwalt vgl. § 611 Nr. IV 2 b.

§ 306. 1. Über Unmöglichkeit, Begriff und Arten vgl. § 275.

2. Fiktion der vertragsmäßigen Garantie für die Möglichkeit der Leistung. *Rabel, RheinZ. **3** 479 f. (s. zu § 275). Da der Paragraph ein verwerfliches Dogma festlegt, ist der Notausweg, eine vertragsmäßige Garantie für die Möglichkeit der Leistung zu fingieren (z. B. OLG. Hamburg, JDR. **9** § 279) theoretisch bedenklich, aber praktisch kaum vermeidbar. — Vgl. auch § 308.

3. SeuffBl. **11** 551 (München). Nichtigkeit eines Lizenzvertrags, weil aus Gründen, die in der Erfindung liegen, die Möglichkeit, die Erfindung auszunutzen und patentmäßige Apparate zu liefern, von Anfang an ausgeschlossen war.

4. Keine Unmöglichkeit. R. **11** Nr. 3166 (BayObLG.). Ein Quellenbenutzungsvertrag ist nicht schon deshalb hinfällig, weil sich herausstellt, daß das berechtigte Grundstück höher als die Quelle liegt; denn das Wasser kann mittels einer Triebkraft auch auf oder über ein höher gelegenes Grundstück geleitet werden.

§ 308. *Rabel, RheinZ. **3** 487—489 (s. zu § 275 I.). Der Grundgedanke des Paragraphen ist verfehlt. Aber das Gesetz bindet uns darin, daß der Vertrag nichtig ist, wenn bei seinem Abschlusse Hindernisse objektiv bestanden, die für die obligationsmäßige Anstrengung des Schuldners unüberwindlich erscheinen mußten, auch wenn sie nachträglich behoben werden. Umgekehrt muß leider nachträgliche Unmöglichkeit angenommen werden, wenn die Leistung ursprünglich als möglich und später als

unmöglich zu erachten ist. Das Ergebnis ist zu mildern, indem wir solche Umstände, die der Schuldner kannte oder kennen mußte, als von ihm zu vertreten ansehen.

§ 310. OLG. **23** 16 (Marienwerder). Die Abtretung aller zukünftiger Forderungen aus einer ärztlichen Berufstätigkeit ist nichtig, da die abgetretenen Forderungen einen Bruchteil des gesamten zukünftigen Vermögens des sonst mittellosen Arztes darstellten. Vgl. § 398 Nr. IIIb.

§ 311. 1. *Ebbecke, R. **11** 637 u. 645. Diese Vorschrift gehört zu den im Interesse der Partei gegebenen Formvorschriften (vgl. Bem. zu § 125). Abänderungen, welche die Verpflichtung des Veräußerers mindern, können deshalb formfrei getroffen werden. — Der Grundsatz der Heilung des Formmangels durch nachträgliche Erfüllung greift nur deshalb nicht Platz, weil als Erfüllung nur eine Handlung gelten könnte, durch welche die Gesamtheit des Vermögens als solche übertragen wird.

2. *Fraeb, DJZ. **11** 1498. Bei einer Verpflichtung, eine angefallene Erbschaft ganz oder teilweise durch Vertrag zu veräußern, kommt § 311 in Anwendung, weil sich die Verpflichtung meist auf das gegenwärtige Vermögen oder einen Bruchteil desselben bezieht.

3. *Fuchs, Vermögen (s. Vorbem. zu §§ 90 ff.). Mit Abschluß des Vertrags wird das im Vermögen enthaltene Recht an der Werteinheit dinglich ergriffen, während hinsichtlich der übrigen Gegenstände des Vermögens nur eine obligatorische Pflicht zur Übertragung oder Belastung entsteht. — Aus dem Übergange oder der Belastung des Wertrechts entspringt die Schuldhaftung des Erwerbers mit Abschluß des Vertrags (§§ 419, 1086 BGB.), daneben aber auch alle anderen beim Erbschaftskauf erwähnten Wirkungen, so die Gefahrtragung, das Nutzungsrecht, die Zinspflicht (sog. modifizierter Singularakt 99 ff.).

4. Verhältnis zu § 419 s. § 419 Nr. 5.

5. **RG.** II. **76** 1, R. **11** Nr. 27. Ein Vertrag, durch welchen eine Gesellschaft ihre sämtlichen einzeln aufgeführten Vermögensgegenstände einschließlich der Forderungen übereignet, unterliegt der Formvorschrift des § 311. Ein bei mangelnder Form nichtiger Vertrag dieser Art kann aber gemäß § 140 aufrechterhalten werden, wenn die Übertragung der einzelnen Vermögensgegenstände durch einzelne wirksame Rechtsgeschäfte erfolgt ist und die Geltung dieser Rechtsgeschäfte bei Kenntnis der Nichtigkeit des die Übertragung des Vermögens als ganzes bezweckenden Vertrages von den Vertragschließenden gewollt sein würde. In diesem Falle ist der Anspruch des Gläubigers aus § 419 Abs. 1 gegen den Übernehmer begründet. Denn die Voraussetzungen der §§ 419 und 311 sind nicht identisch.

§ 312. Literatur: Scheibner, Ist zur Wirksamkeit eines nach § 312 Abs. 2 BGB. abgeschlossenen Vertrags erforderlich, daß die Vertragschließenden in der Tat gesetzliche Erben werden? ZBlFG. **12** 338 ff.

Scheibner. Die Worte „unter zukünftigen gesetzlichen Erben" bedeuten nur, daß die Vertragschließenden derart verwandt sein müssen, daß sie, falls es zur gesetzlichen Erbfolge käme, erbberechtigt wären. Ob sie es in der Tat werden, ist gleichgültig. Erhält der Veräußerer das, worüber er verfügt hat, so ist der Vertrag wirksam. Noch widersinniger ist es, für die andere nach dem Vertrag erwerbende Vertragspartei zu verlangen, daß sie gesetzlicher Erbe werden müsse. Sie kann gesetzlicher, testamentarischer, ja braucht überhaupt nicht Erbe zu werden. Ein Testament hebt nur dann die Wirksamkeit des Vertrags auf, wenn es das Objekt des Vertrags ändert, wenn derjenige, der seinen erbrechtlichen Rechten entsagt hat, nicht dasjenige erhält, worüber er vertraglich verfügt hat.

§ 313. Literatur: Bett, Findet die Formvorschrift des § 15 Abs. 4 GmbHG. auf Verträge Anwendung, durch die ein Kontrahent sich zum Erwerbe von Geschäftsanteilen verpflichtet? Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des § 313 BGB., JW. **11** 626—631. — Bett, Formfragen bei Grundstücksveräußerungen. Leipzig, Deichert. — Fuchs, Findet die Formvorschrift des § 15 Abs. 4 GmbHG. auf Verträge Anwendung, durch die ein Kontrahent sich zum Erwerbe von Geschäftsanteilen des anderen verpflichtet? JW. **11** 201—204. — Kaufmann, Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen. (Fischers Abhandlungen **22** Heft 2. München 1912. Beck.)

I. Satz 1. Formzwang oder nicht? 1. Vollständigkeit der Urkunde, insbesondere hinsichtlich des Kaufgegenstandes. — Nebenabreden s. Nr. 3 u. 4 (s. FDR. **9** Nr. I 1 a, **8** Nr. II 1 a, **7** Nr. II 1 a, **6** Nr. I 1, **5** Nr. II 2, **4** Nr. II 2, **3** Nr. I 4). SeuffA. **66** 259 (Stuttgart). Ungenügende Bestimmtheit des Kaufgegenstandes bei einem zu bildenden Trennstücke. Als Kaufgegenstand waren in der Urkunde lediglich bezeichnet: „zirka 3 a auf das Nachmeß".

2. Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde insbesondere hinsichtlich des Kaufpreises (Parteiwille und Urkundeninhalt). a) **RG.** V. LeipzZ. **11** 142 Nr. 19, WarnE. **11** 19, R. **11** Nr. 296. Keine Formnichtigkeit, wenn in einem Tauschvertrage die „Tauschpreise" oder Werte der Grundstücke gleichmäßig zu niedrig eingestellt sind, ohne daß hierdurch der Maßstab für die beiderseitigen Rechte und Pflichten verändert worden ist. Jene Wertsangaben sind nicht Vertragsbestandteil. b) **RG.** V. WarnE. **11** 19. Keine Formnichtigkeit, weil auf die 10 000 M., über die im Vertrage quittiert sind, nur 1000 M. bar bezahlt sind und im übrigen ein Wechsel über 9000 M. gegeben ist. Eine Quittung ist regelmäßig nur ein außergerichtliches Zugeständnis und als solches ein bloßes Beweismittel, das durch Gegenbeweis entkräftet werden kann. Mit der Feststellung jener Tatsache ist dieser Gegenbeweis geführt, nicht aber der Beweis erbracht, daß die Vertragsurkunde insoweit der wirklichen Vereinbarung der Vertragschließenden nicht entspricht und daß die Quittung nichtig ist. c) WürttRpflZ. **11** 101 (103) (Stuttgart). Die Beurkundung, der Kaufpreis sei durch Verrechnung getilgt, genügt jedenfalls nur dann, wenn die Schuld des Käufers vollwirksam und endgültig im Wege vertragsmäßiger Aufrechnung oder durch vollzogene Hingabe an Erfüllungsstatt getilgt ist. Hingabe eines akzeptierten Wechsels genügt nur, wenn der Wechsel an Zahlungsstatt gegeben ist. d) DNotV. **11** 666. „Nichtigkeit von Grundstücks-Kaufverträgen wegen Aufnahme unrichtiger Angaben" bekämpft **RG.** 23. (29) 10. 08, FDR. **7** Nr. II 1 b α (siehe auch DNotV. **9** 286).

3. Unselbständige und daher formpflichtige Bestandteile des Veräußerungsvertrags. Nebenabreden dieser Art. a) OLG. **23** 34 x α (KG.). Der Form unterliegt folgender gemischter Vertrag, der eine Verbindung von Darlehen und Grundstücksverkauf enthält: Der Beklagte lieh dem Kläger 130 000 M., der Kläger erwarb Baustellen des Beklagten zum Preise von 35 000 M. und bestellte dagegen auf seinen Grundstücken eine Hypothek in Höhe von 165 000 M. (unter Ablösung der früheren Hypotheken von 130 000 M.). Das Beleihungsgeschäft sollte nach der Sachlage keinen selbständigen Charakter haben und nicht unabhängig von dem Baustellenkaufe geschlossen werden. b) OLG. **23** 5 (Braunschweig). Die Abrede, daß der Erwerber das Grundstück nach 2 Jahren an einen Dritten weiterübertrage, ist, da sie mit dem notariellen Vertrag inhaltlich in engstem Zusammenhange steht (der Kaufpreis ist gerade mit Rücksicht auf sie besonders niedrig bemessen worden), eine unselbständige Nebenabrede. c) OLG. **22** 205, R. **11** Nr. 2105 (Braunschweig). Die Nebenabrede, daß der Verkäufer eines Grundstücks und des darin betriebenen Musikunternehmens mit dem Käufer nicht in Wettbewerb treten solle, bedarf der Form des § 313.

4. Selbständige und daher formfreie Abreden, insbes. sog. Nebenabreden dieser Art. a) Formfreiheit des gleichzeitig mit einem Kaufvertrage geschlossenen Mietvertrags. **RG.** V. R. **11** Nr. 28, WarnE. **11** 68. Die Vereinbarung der Parteien über die Vermietung der von den Verkäufern bisher bewohnten Teile des veräußerten Grundstücks an diese ist nicht formpflichtig, da Miet- und Kaufvertrag in keinem inneren Zusammenhange stehen, die mietweise Überlassung keinen Teil der Gegenleistung für die Übertragung des Eigentums bilden sollte, und auch weder die Eigentumsübertragungspflicht noch die sonstigen Verpflichtungen des Verkäufers betrifft oder berührt. b) **RG.** II. R. **11** Nr. 472. Wenn dem Erwerber das Grundstück unentgeltlich übertragen wird, die Entschädigung aber für diese unentgeltliche Abtretung dem Übertragenden von einem Dritten geleistet wird, so ist die Form des § 313 nur für die unentgeltliche Übertragung erforderlich. Durch die Formvorschrift des § 313 waren die Beteiligten nicht gehindert, das wirtschaftliche Verhältnis in der Weise wie geschehen in zwei verschiedenen selbständigen Verträgen mit verschiedenen Personen als Vertragschließenden und verschiedenem Inhalte zum Ausdrucke zu bringen. Ein rechtlicher Zusammenhang zwischen diesen beiden Verträgen besteht nicht.

5. Verhältnis des § 313 zu § 139. a) **RG.** V. R. **11** Nr. 3060. Ist in einem Kaufvertrage vereinbarungsgemäß zugleich die Abtretung einer Hypothek zur teilweisen Deckung des Kaufpreises erklärt, so behält diese Übertragung auch dann, wenn der Kaufvertrag wegen Formmangels nichtig ist, ihre Rechtsbeständigkeit, sofern sie selbst in den Formen vorgenommen ist, die das Gesetz für die Übertragung von Hypotheken vorschreibt. Das Erfüllungsgeschäft der Hypothekübertragung ist nicht ein Teil des obligatorischen Kaufgeschäfts, sondern ein anderes selbständiges Rechtsgeschäft. b) OLG. **23** 34 x β (KG.). Da der Teil des Vertrags, durch den sich der Grundstückseigentümer formlos verpflichtet, dem vom Makler zu benennenden Käufer das Eigentum zu übertragen, nichtig ist, ist auch die Verpflichtung des Maklers, 3000 M., als Gegenleistung für die Bindung des Eigentümers an den Vertrag bis zu einem bestimmten Zeitpunkte zu zahlen, nichtig.

6. Abänderung, Aufhebung, Ergänzung des Vertrags. Vergleich (s. JDR. **9** Nr. I 1 c, **8** Nr. II 1 c, **7** Nr. II 1 c, d, **6** Nr. II 1 d, g, **5** Nr. II 1, m, n, **4** Nr. II 1 i, k, **3** Nr. 6 a, **2** Nr. I 2 c, **1** Nr. I 20). a) **RG.** V. ZBlFG. **12** 20, NaumburgAK. **11** 51 Nr. 2, BayNotZ. **11** 287, WarnE. **11** 248, R. **11** Nr. 1710. Die Abänderung des Kaufvertrags nach der Auflassung kann formlos geschehen. Denn das bedeutet nicht mehr die Abänderung eines Vertrags, auf Grund dessen der eine Teil „sich zur Veräußerung verpflichtet" (solche Verpflichtung ist nicht mehr vorhanden), vielmehr nur eine Änderung der der bereits bewirkten Veräußerung entsprechenden Gegenleistung des Erwerbers. Dagegen unterliegt die Änderung des Vertrags vor der Auflassung dem Formzwange. b) *Bett, Formfragen. Die Änderung des Grundstücksveräußerungsvertrags ist nur formbedürftig, wenn sie die Verpflichtung zur Grundstücksübertragung betrifft; die Änderung des Kaufpreises ist formlos gültig (so Enneccerus, Lb. I 2, 104, P. Klein, ÖstZBl. **24** 705 ff., 799 ff., 888 ff. gegen die gemeine Meinung, vor allem gegen RG.). c) **RG.** V. JW. **11** 322 Nr. 13. Ein Nachtragsabkommen, durch welches der Verkäufer bestätigt, daß für sämtliche Parzellen des gekauften Terrains Bauerlaubnis erteilt wird (sog. Garantievertrag), bedarf der Form des § 313, denn es enthält wenn nicht eine Abänderung, so doch eine Ergänzung des Kaufvertrags. Es ist durch diesen nicht nur äußerlich veranlaßt, sondern steht mit ihm, indem es die Leistungspflicht des Verkäufers erweitert, in innerem Zusammenhange. d) Änderung der Frist zur Entgegennahme der Auflassung. **RG.** VI. **76** 33, JW. **11** 180, LeipzZ. **11** 381 Nr. 18, ElsLothNotZ.

11 130, R. 11 Nr. 693. Während die bloße Aufforderung zur Erfüllung des gültig geschlossenen Grundstücksveräußerungsvertrags keiner Form bedarf, ist die vertragliche Aufhebung der zur Entgegennahme der Auflassung gesetzten Frist und ihre Verlängerung, sei es auf einen bestimmten Zeitpunkt, sei es auf unbestimmte Dauer, dem Formzwang unterworfen. Die Festsetzung der Zeit, zu welcher der Vertrag erfüllt werden soll, berührt eng die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums und ist ein wesentlicher Bestandteil des Veräußerungsvertrags. Die neue Abmachung würde also eine Änderung der Verpflichtung zur Übereignung erzeugen, somit eine Änderung des Veräußerungsvertrags gebildet haben. e) **RG.** III. BayRpflZ. **11** 307, BayNotZ. **11** 334, WarnE. **11** 356, R. **11** Nr. 2426. Wird vereinbart, daß der Unternehmer eines Werkes sich auf seine Werkvertragsforderung den Kaufpreis für ein auf Grund eines früher geschlossenen Kaufvertrags anzukaufendes noch nicht aufgelassenes Grundstück anrechnen lasse, so liegt darin eine formpflichtige Abänderung des Kaufvertrags betreffend die ursprünglichen Zahlungsbedingungen. Daß die Änderung im Zusammenhange mit dem Werkvertrag und als Vergütung für diesen vereinbart ist, steht nicht entgegen (**RG. 57** 432, **68** 262). f) Beseitigung der Wandelung durch Vergleich. **RG.** V. JDR. **9** Nr. I 1 c γ jetzt auch SeuffBl. **11** 238. g) **RG.** IV. BayRpflZ. **11** 118. Vereinbarungen über die Berichtigung des Grundbuchs unterliegen der Form des § 313 nicht, abgesehen davon, daß die Eintragungsbewilligung in einer der Formen des § 29 GBO. nachgewiesen werden muß, wenn die berichtigende Eintragung nach § 19 GBO., nicht nach § 22 erfolgen soll (vgl. **RG. 73** 154).

7. Vollmacht zum Erwerb oder zur Veräußerung von Grundstücken. Umgehung des Gesetzes durch Vollmachtserteilung an den Vertragsgegner (§ 181) oder an von ihm abhängige Personen (s. JDR. **9** Nr. I 1 d, e, **8** Nr. II 1 d, e, **7** Nr. II 1 e, **5** Nr. II 1 d, **4** Nr. II 1 g, h, **3** Nr. I 5 e, **2** Nr. I 3, 8, 9, **1** Nr. I 3, 10). a) Verhältnis von § 167 Abs. 2 zu § 313. **RG.** II. 28. 4. 11, **76** 182, BayRpflZ. **11** 306, R. **11** Nr. 2311. Die beiden Vorschriften stehen sich nicht als allgemeine Regel und Sondervorschrift gegenüber. Diejenige des § 167 Abs. 2 hat vielmehr die Bedeutung, daß sie, wie allgemein für die formbedürftigen Rechtsgeschäfte, so auch für das Gebiet des § 313 den Umfang des Formzwanges näher bestimmt, indem sie das Hilfsgeschäft der Vollmacht ausdrücklich als nicht darunterfallend bezeichnet. Damit ist aber nicht gesagt, daß die Vollmacht zu einem Geschäfte des § 313 in keinem Falle der Form bedarf. b) **RG.** II. 28. 4. 11, **76** 182, JW. **11** 577 Nr. 11, R. **11** Nr. 2312. Grundsätzlich unterliegt eine abstrakte, widerrufliche Vollmacht, auch wenn sie auf den Erwerb oder die Veräußerung von Grundeigentum gerichtet ist, nicht dem Formzwange. Das schließt aber nicht aus, daß im Einzelfalle nur der äußeren Form nach eine abstrakte Vollmacht vorliegt, während in Wirklichkeit schon die Bevollmächtigung demselben Zwecke dienen soll und tatsächlich auch dient wie der Abschluß des Hauptgeschäfts. Dies wird regelmäßig der Fall sein, wenn der Eigentümer den Erwerber ermächtigt, als Vertreter des Verkäufers sich selbst den Vertragsantrag zu stellen (§ 181); denn die Vollmacht enthält dann nur die in eine andere rechtliche Form gekleidete Verkaufserklärung. Dasselbe trifft zu, wenn die Vollmacht nicht dem Käufer selbst, sondern einer dritten Person erteilt wird und nach dem beiderseitigen Parteiwillen der Dritte, wenn er auch nach außen aus eigener Entschließung als Willensvertreter für den Verkäufer zu handeln hat, doch nur nach den Weisungen des Käufers und als dessen willenloses Werkzeug, z. B. als dessen Angestellter tätig werden soll. — Hierzu zustimmend DNotV. **11** 637. c) Ebenso **RG.** V. 26. 6. 11, JW. **11** 806 Nr. 9, DJZ. **11** 1446, WarnE. **11** 438, R. **11** Nr. 3167. Nur die abstrakte Grundstücksveräußerungsvollmacht bedarf nicht der Form des § 313. Anders, wenn

der Vollmacht ein mindestens auf gewisse Zeit unwiderruflicher Auftrag zum Verkaufe zugrunde liegt und dementsprechend auch eine widerrufliche Vollmacht beabsichtigt ist, und wenn ferner der Bevollmächtigte ermächtigt ist, das Grundstück an sich selbst aufzulassen und zur Erhaltung dieses Rechtes zur Auflassung eine Vormerkung eingetragen worden ist. Die in das äußere Gewand einer Vollmacht gekleidete Erklärung ist in Wahrheit eine zugunsten des „Bevollmächtigten" abgegebene verpflichtende Veräußerungserklärung und daher formbedürftig. **d**) PosMSchr. **11** 30 (Königsberg). Notarielle Form ist erforderlich, wenn in Wahrheit ein Parzellierungsvertrag vorliegt und der Auftraggeber verpflichtet war, dem ihm zugeführten Käufer bei Erreichung eines gewissen Mindestpreises die Auflassung zu erteilen. **e**) Anfechtung wegen Irrtums im Beweggrunde. PosMSchr. **11** 30 (Königsberg). Anfechtung wegen Irrtums ist zulässig, wenn die Parteien von der Wirksamkeit des formlosen Vollmachtsvertrags ausgegangen sind und der Auftraggeber für den ihm ohnehin zustehenden Rücktritt die erhebliche Entschädigung von 1500 M. versprochen hat. Zur Annahme eines solchen Irrtums im Beweggrunde, der aber hier ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung ist, weil die irrtümlich nicht richtig angegebene Tatsache zum Gegenstande der für den Vertragsschluß entscheidenden Verhandlungen gemacht worden ist, ist erforderlich, daß sich die irrige Vorstellung auf einen Bestandteil des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes, auf den sachlichen Inhalt der Erklärung bezieht. Dies trifft vorliegend zu, da die Parteien ihre Verhandlungen, wenn auch stillschweigend, auch auf die Rechtsgültigkeit des Vollmachtsvertrags miterstreckt haben.

8. Auftrag. **RG.** V. BayRpflZ. **11** 483, R. **11** Nr. 3168. Die Erteilung und die Annahme eines Auftrags zur Geschäftsbesorgung unterliegt der Formvorschrift des § 313 Satz 1 BGB. auch dann nicht, wenn die Geschäftsbesorgung für einen anderen auf den Erwerb von Grundeigentum gerichtet ist und der Beauftragte das Grundeigentum zunächst auf seinen Namen erwerben und sodann auf den Auftraggeber übertragen soll. Denn mit dieser Übertragung wird nicht eine Pflicht zur Übertragung von Eigentum erfüllt, sondern die aus der Geschäftsbesorgung nach §§ 667, 675 sich ergebende Verpflichtung zur Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten; und die Übernahme einer Geschäftsbesorgung bedarf zu ihrer Wirksamkeit keiner Form (**RG. 54** 75, 78, **62** 336, GruchotsBeitr. **52** 660).

9. Gesellschafts-, Gesamthandsverhältnisse. Erbauseinandersetzung. **a**) *Bett, Formfragen. Soll bisheriges Miteigentum zu ideellen Bruchteilen an einem Grundstücke zum gesamthänderischen Gesellschaftseigentum unter denselben Personen werden, so bedarf der Gesellschaftsvertrag der Form des § 313; Entsprechendes gilt für Auseinandersetzungsverträge, durch welche Gesellschaftsgrundstücke den bisherigen Gesellschaftern zu ideellen Bruchteilen überwiesen werden sollen. Eintritt und Ausscheiden eines Gesellschafters sind formlos zulässig, auch wenn zum Gesellschaftsvermögen Grundstücke gehören. Für das Ausscheiden gilt dies jedoch nicht, wenn die Gesellschaft nur aus zwei Gesellschaftern besteht. **b**) *Kaufmann, Eigentum am Gesellschaftsvermögen (Fischers Abhandlungen **22** Heft 2. München 1912. Beck). Die Form ist nicht erforderlich, wenn Grundstücke aus einer zwischen denselben Personen bestehenden Gesamthandgemeinschaft in eine andere geschoben werden sollen, z. B. aus der Erbengemeinschaft in eine offene HG. der Erben, denn es liegt weder „Eigentümerwechsel" noch „Eigentumswechsel" vor. Berichtigung des Grundbuchs ist ausreichend (75).

10. Parzellierungsverträge. Gesellschaft (s. JDR. **9** Nr. I 1h) **a**) *Kaufmann, Eigentum am Gesellschaftsvermögen (Fischers Abhandlungen **22** Heft 2. München 1912. Beck.). Die Parzellierungsgesellschaft, in die keine bestimmten Grundstücke eingebracht werden, ist formfrei. Bringt aber ein Gesellschafter Grundstücke auch nur quoad usum ein, mit der Verpflichtung,

sie an die gewonnenen Parzellenkäufer aufzulassen, so bedarf es der Form des Paragraphen (72). Wegen der Einzelergebnisse vgl. die Vertikalspalte 5 der Tabelle hinter S. 110: **b) RG.** I. LeipzZ. **11** 215 Nr. 13. Nach der Rechtsprechung des RG. kann ein Vertrag, durch den sich mehrere zu einer Gesellschaft zusammentun, um durch Erwerb und Weiterveräußerung eines einem Dritten gehörigen Grundstücks gemeinschaftlichen Gewinn zu erzielen, auch formlos gültig geschlossen werden. Ob eine Auflassung direkt von dem Dritten an den Abkäufer der Gesellschafter in Aussicht genommen wird oder ob das Grundstück zunächst von den Gesellschaftern oder von einem von ihnen erworben werden soll, macht dabei keinen Unterschied. Nur wenn das bei der Spekulation ins Auge gefaßte Grundstück dem einen der Kontrahenten bereits gehört, wird die Beurkundung verlangt, weil hier der Vertrag unmittelbar die Verpflichtung zur Übereignung des Grundstücks, sei es an die Mitkontrahenten, sei es an Dritte zum Inhalte hat. **c)** WürttJ. **23** 133 (Stuttgart). Eine formpflichtige Vereinbarung liegt vor, wenn die Parteien, obwohl sie ursprünglich an einen gemeinsamen Erwerb der zu verteilenden Parzellen gedacht haben, schließlich doch darüber einig geworden sind, daß der Beklagte, wie es tatsächlich geschehen, die Parzellen zunächst für sich zu Eigentum erwerben und daß er dann von diesem seinem Eigentume dem Kläger ein der getroffenen Vereinbarung entsprechendes Stück gegen Entgelt abtreten sollte. Der Umstand, daß bei der vom Kläger behaupteten Vereinbarung von einem Zusammenwerfen eines vorher schon dem Kläger und eines vorher schon dem Beklagten gehörigen Grundstücks mit dem neu zu erwerbenden Grundstück und von einer gleichen Verteilung der sich dann ergebenden Grundfläche gesprochen worden sein soll, vermag dem Vertrage nicht den Charakter eines Kaufvertrags zu nehmen und nicht den Charakter eines Gesellschaftsvertrags zu geben.

11. Verpflichtung, einem anderen das Eigentum eines fremden Grundstücks zu verschaffen. a) **RG.** II. 17. 10. 11, **77** 130, R. **11** Nr. 3799. Die Verpflichtung des Klägers, dem Beklagten ein noch im Eigentum eines Dritten befindliches Grundstück „zu verschaffen“, kann verschiedene Bedeutung haben. Der Kläger kann einmal damit die Verpflichtung haben zum Ausdrucke bringen wollen, sich selbst erst das Eigentum an dem Grundstücke des Dritten zu verschaffen, und es dann als Eigentümer dem Beklagten zu übertragen. Daß für einen Vertrag dieses Inhalts die Form des § 313 erforderlich ist, unterliegt keinem Bedenken. Die Vereinbarung kann zum anderen aber auch in dem Sinne verstanden werden, daß der Kläger auf den dritten Eigentümer dahin einwirken wolle, daß dieser sich bereit finde, seinerseits einen Kaufvertrag über sein Grundstück mit dem Beklagten abzuschließen und es ihm zu übertragen. Eine solche Vereinbarung hat nicht die Übertragung eines Grundstücks, sondern eine Dienstleistung, nämlich die Beeinflussung des Dritten, zum alleinigen Verpflichtungsinhalt, und würde deshalb nach der Ansicht des erkennenden Senats der Form des § 313 nicht bedürfen. Weiter kann der Vereinbarung die Bedeutung zukommen, daß der Kläger dafür, daß der Dritte das Grundstück übertrage, einstehen wolle, endlich auch, daß die Übertragung des Grundstücks an den Beklagten durch den Dritten für Rechnung des Klägers und in seinem Auftrage geschehen solle, und er sich seinerseits zu diesem Behufe mit dem Dritten auseinanderzusetzen verpflichte. Ob auch in diesen zuletzt genannten beiden Fällen oder in welchem von ihnen gleichermaßen die Form des § 313 notwendig ist, bleibt unerörtert. **b) RG.** V. 3. 5. 11, JW. **11** 580, R. **11** Nr. 3058, 3059. Die Formvorschrift gilt auch für den Fall, daß sich jemand verpflichtet, ein ihm nicht gehöriges Grundstück zu übereignen. Der Umstand, daß der Kläger die Auflassung durch S. bewirken lassen sollte, steht nicht entgegen. Hätte S. die Auflassung auf Veranlassung des Klägers erteilt, so würde

das nur die besondere Art und Weise dargestellt haben, in der der Kläger seine Verpflichtung erfüllt hätte.

12. Verpflichtung zum Erwerb ohne Verpflichtung zur Veräußerung. a) RG. V. 21. 1. 11, JW. **11** 320 Nr. 8. Ein Vertrag, durch den lediglich die Verpflichtung zum Erwerb eines Grundstücks begründet wird, steht nicht unter der Formvorschrift des § 313. Dieser Ansicht des VII. Senats (JW. **05** 126) hat sich auch der jetzt erkennende V. Senat angeschlossen (Urteil v. 10. 2. 09, V. 205/08). Die Richtigkeit dieser Ansicht ist zwar in Zweifel gezogen worden (Wünschmann, JDR. **9** Nr. I i β), eines Eingehens auf die erhobenen Bedenken bedarf es jedoch nicht, weil sich im vorliegenden Falle die Beklagte zur Übereignung verpflichtet hat. b) Vgl. hierzu Fuchs, JW. **11** 201. Die Ausdehnung der Formvorschriften auf Verpflichtungen zum Erwerbe von Grundstücken ist vom RG. bisher mit Recht verneint worden und ist auch hinsichtlich der gleichliegenden Garantieverträge, durch die ein Kontrahent sich zum Erwerbe von Geschäftsanteilen des anderen an einer GmbH. (§ 15 Abs. 4 GmbHG.) verpflichtet — hier allerdings gegen die Ansicht des RG. —, abzulehnen. c) Dagegen Bett, JW. **11** 626—631 erörtert bei Bekämpfung der Ausführungen von Fuchs die Judikatur des RG. zu § 313 über die streitige Frage. Nach seiner Ansicht berechtigt die unmittelbare Auslegung des Gesetzes auf Grund der gleichen Erwägungen wie beim § 15 Abs. 4 GmbH. zur Ausdehnung des Formzwanges auf die Verträge, die nur den Ersteher verpflichten. — Ebenso Bett, Formfragen.

13. SeuffA. **66** 459 (KG.). Die Vormerkung zur Sicherung des Rechtes auf Auflassung erfordert keinen Veräußerungsvertrag in öffentlicher Form.

14. Vorkaufsrecht. *Bett, Formfragen. Die Einräumung des Vorkaufsrechts, des persönlichen wie dinglichen, bedarf bei Grundstücken der Form des § 313. Dies ergibt die herrschende Ansicht, daß der Einräumungsvertrag ein bedingter Kaufvertrag sei. Zum gleichen Ergebnisse kommt Verf. von der Konstruktion aus, die Verkaufserklärung sei ein Ergänzungsgeschäft.

15. Wiederkaufsrecht. RG. V. JW. **11** 320 Nr. 7, BayNotZ. **11** 286, LeipzZ. **11** 296 Nr. 13. Die Einräumung des auf ein Grundstück bezüglichen Wiederkaufsrechts bedarf der Form des § 313. Wegen der Heilung vgl. III 4.

16. Erbbaurecht. *Bett, Formfragen. Sowohl der Verpflichtungsvertrag zur Bestellung wie der zur Übertragung des Erbbaurechts untersteht dem § 313.

17. RG. V. JW. **11** 749 Nr. 3. Jede eine preuß. Landgemeinde verpflichtende Willenserklärung bedarf der Unterzeichnung durch den Gemeindevorsteher und einen Schöffen, sowie der Beidrückung des Gemeindesiegels auch dann, wenn sie in der Form des § 313 BGB. oder des Art. 12 § 2 PrAGBGB. erfolgt.

18. Ausländische Grundstücke. *Bett, Formfragen. § 313 findet auf Veräußerungsverträge über im Auslande gelegene Grundstücke keine Anwendung. Veräußerungsverträge über im Inlande gelegene Grundstücke können auch nach den Formvorschriften des Errichtungsorts geschlossen werden.

II. 1. Arglistige Herbeiführung der Formnichtigkeit s. § 242 Nr. II 3.

2. *Bett, Formfragen. Bei formnichtigen Verträgen verstößt es nicht gegen Treu und Glauben, wenn der Käufer die Entgegennahme der Auflassung verweigert, trotzdem er bereits den Kaufpreis bezahlt hat (aM. Reichel, ACivPr. **104** 27).

III. Satz 2. Heilung des Formmangels (s. JDR. **9** Nr. II, **8** Nr. III, **7** Nr. II, **6** Nr. II, **5** Nr. III, **4** Nr. III, **3** Nr. II, **2** Nr. II, **1** Nr. II).

1. RG. V. JW. **11** 37, LeipzZ. **11** 142 Nr. 19, WarnE. **11** 18, R. **11** Nr. 40. Durch Auflassung und Eintragung wird nur der Formmangel aus § 313 selbst geheilt, während sie andere Ungültigkeitsgründe des Vertrags, z. B. der mangelnden gesetzlichen Form des Schenkungsversprechens nicht decken.

2. Keine Rückwirkung. **RG.** V. 7. 1. 11, **75** 114, JW. **11** 216, DJZ. **11** 339, R. **11** Nr. 972 und 975. Die Heilung hat nicht rückwirkende Kraft (der Vertrag wird gültig). Die Heilung durch Auflassung ist der Bestätigung eines nichtigen Geschäfts gleichzusetzen (§ 141). Wenn Rückwirkung gewollt wäre, so würde dies ausdrücklich ausgesprochen sein, wie im Falle des § 184. Die Verjährung der Gewährleistungsansprüche beginnt daher, wenn die Übergabe auf Grund eines formlosen Vertrags erfolgt ist, erst mit der Auflassung (vgl. § 477).

3. OLG. **22** 196 (Rostock). Der Widerruf eines formlosen Grundstückskaufs nach der Auflassung und vor der Eintragung ist wirkungslos. Die Eintragung heilt die mangelnde Form auch in solchem Falle.

4. Wiederkaufsrecht. **RG.** V. JW. **11** 320 Nr. 7, BayNotZ. **11** 286. Die nach der Auflassung auf Grund des ersten Kaufes formlos erklärte Einräumung des Wiederkaufsrechts wird durch diese Auflassung nicht geheilt, auch wenn die Eintragung erst später erfolgt. Von einer heilenden Wirkung der Auflassung und Eintragung kann nur hinsichtlich solcher Abmachungen die Rede sein, die spätestens im Augenblicke der Auflassung bereits getroffen waren.

§§ 315 ff. Literatur: von Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen. Wien 1910, Fr. Deuticke (298 S.).

1. Über den Begriff „billiges Ermessen" in der Abhandlung von Launs s. oben zu §§ 241 ff. Nr. I 3 k.

2. Abschluß eines Anstellungsvertrags vorbehaltlich näherer vertraglicher Regelung. **RG.** V. ElsLothJZ. **11** 501. Die §§ 315 ff. haben zur Voraussetzung, daß die Parteien, wenn auch nur stillschweigend, mit der Bestimmung durch eine der Parteien oder durch einen Dritten einverstanden waren. Ist dies nicht der Fall, haben vielmehr die Parteien die Feststellung durch Vertrag ausdrücklich vereinbart, so kommen nicht diese Vorschriften, sondern die des § 154 Abs. 1 zur Anwendung. Daher ist ein Anstellungsvertrag, in dem es heißt: „Die Rechte und Pflichten des neuen Vertreters sowie die ihm für seine Tätigkeit zu gewährende Vergütung werden in einem besonderen und ausführlichen Vertrage festgelegt werden", nichtig, wenn es zu dem Ergänzungsvertrage nicht kommt.

§ 317. 1. **RG.** VII. R. **11** Nr. 1279. Die Vorschrift ist nicht anwendbar, wenn die Bestimmung der Leistung (z. B. Brandentschädigung) kraft Gesetzes einer Behörde (z. B. dem Regierungspräsidenten) zusteht.

2. OLG. Dresden JDR. **9** Nr. 1 jetzt auch SächsOLG. **32** 264.

§ 319. Literatur: Tasche, Das Verfahren bei der Abschätzung von Brandschäden, insbesondere das Sachverständigenverfahren, LeipzZ. **11** 260—268.

1. **RG.** VI. LeipzZ. **11** 546, WarnE. **11** 357, R. **11** Nr. 2107. Ein „billiges Ermessen" im Sinne des § 319 ist auch ein „sachverständiges Ermessen", z. B. die Taxe eines Sachverständigen.

2. **RG.** VI. LeipzZ. **11** 546, WarnE. **11** 357. Die Feststellung einer offenbaren Unbilligkeit erfordert nicht, daß die Unbilligkeit ohne weitere Beweiserhebung unmittelbar aus der Bestimmung selbst erhellen muß; es genügt, daß die Überzeugung von der Unbilligkeit gegebenenfalls nach Beweisaufnahme dem sachkundigen und unbefangenen Beurteiler sich aufdrängt. So kann eine offenbar unbillige Bestimmung vorliegen, wenn die Schlußtaxe des Sachverständigen, der den Wert des zu beleihenden Grundstücks bestimmen soll, von der Vortaxe erheblich abweicht. Unter diesen Umständen kann die Gewissenhaftigkeit des Gutachtens nicht allein aus der Nachtaxe entnommen werden, es bedarf dazu der Vergleichung mit der Vortaxe und ferner der Prüfung der Behauptung des Beklagten, daß den eine Minderwertigkeit des Baues bedingenden Abweichungen vom Bauplane sehr erhebliche Verbesserungen gegenüberstehen, die der Sachverständige unbeachtet gelassen habe.

3. OLG. **22** 197/8 (Dresden). Offenbare Unbilligkeit ist nicht schon gleichbedeutend mit der bloßen Möglichkeit, daß ein anderer Sachverständiger zu einem anderen Schlusse komme; ja es erscheint sogar belanglos, ob dem bestimmungsberechtigten Dritten subjektiv ein Vorwurf zu machen sei. Der Begriff erfordert vielmehr darüber hinaus „eine gröbliche Verletzung der durch Treu und Glauben vorgezeichneten Normen, die sich dem Blicke eines Sachkundigen und unbefangenen Beurteilers sofort aufdrängt", ein „Ergebnis, das ersichtlich von der wirklichen Sachlage erheblich abweicht, dessen augenfällige Unrichtigkeit von jedem zur Nachprüfung Befähigten ohne weiteres erkannt werden kann", einen „klaren Widerspruch mit dem Sachverhältnisse".

4. OLG. **22** 198, SeuffA. **66** 129 (Jena). Wenn aus den Schätzungen mehrerer Gutachter das Mittel zu nehmen ist, so genügt die Unbilligkeit eines einzelnen Schätzers nicht. Nur das Gesamtergebnis des Abschätzungsverfahrens, das gefundene Mittel, ist verbindlich. Nur dieses kann daraufhin geprüft werden, ob es handgreiflich unbillig ist.

5. In Versicherungssachen. a) OLG. Dresden JDR. **9** Nr. 2, jetzt auch SächsOLG. **32** 264. b) OLG. **22** 197, R. **11** Nr. 2106 (Dresden). Das im Versicherungsvertrage geordnete Zwangsverfahren schließt den § 319 Abs. 1 nicht aus. Bezweckt ist ersichtlich nichts anderes, als daß die Leistung nach billigem Ermessen der Schiedsgutachter bestimmt und die getroffene Bestimmung nur unter der Voraussetzung als rechtsverbindlich erklärt werden solle, daß dieser Grundsatz gewahrt, also daß nicht offenbar unbillig geschätzt sei. c) Tasche, LeipzZ. **11** 260—268, bespricht das Sachverständigenverfahren nach dem VVG. und dem gr. G. v. 25. 7. 10.

Zweiter Titel. Gegenseitiger Vertrag.

Vorbemerkung. Aus der Judikatur zu § 326 sind zwei wichtige Entscheidungen des **RG.** II hervorzuheben:

1. Eine absichtlich zu kurz bemessene Frist hat überhaupt keine Wirkung und setzt auch nicht eine angemessene Frist in Lauf (Nr. V 2 **a—c**).

2. § 320 Abs. 2, ein Unterfall der exceptio doli, gilt auch für § 326, so daß bei Verzug mit einem nur unerheblichen Teil der Leistung das Rücktrittsrecht dem nicht säumigen Teil nicht zusteht (Nr. VIII 2).

§§ 320 ff. I. Die Begriffe Synallagma (Entgeltlichkeit), Sozietät und Unentgeltlichkeit. a) Hoeniger, Die gemischten Verträge 188 ff. (vgl. § 305 Nr. II). 1. Die genannten Tatbestände gruppieren sich folgendermaßen. Der Entgeltlichkeit im weiteren Sinne steht die Unentgeltlichkeit im weiteren Sinne gegenüber. Die Entgeltlichkeit im weiteren Sinne zerfällt in die Entgeltlichkeit im engeren Sinne (Synallagma) und die entgeltliche Sozietät, die Unentgeltlichkeit im weiteren Sinne zerfällt in die Unentgeltlichkeit im engeren Sinne und in die unentgeltliche Sozietät. Alle diese Begriffe sind auch dem BGB. bekannt. 2. Der Begriff der Entgeltlichkeit im weiteren Sinne ist durch Heraushebung der gemeinsamen Elemente der Untertatbestände von Synallagma und entgeltlicher Sozietät zu entwickeln. Verkehrt ist die in der Literatur herrschend gewordene Definition Lammfromms, welche für den gegenseitigen Vertrag das Erfordernis der Vorstellung jedes Kontrahenten von einer ihm vorteilhaften objektiven oder subjektiven Verschiedenwertigkeit der auszutauschenden Leistungen aufstellt. Sie erhebt hiermit die rechtlich irrelevanten Motive und Vorstellungen der Parteien zum Begriffsmerkmale. Für die Abgrenzung kommen vielmehr nur die Unterschiede und Kriterien in Betracht, die sich aus dem Vertragstatbestande selbst ergeben. Dementsprechend ergibt sich, daß der Tatbestand der Entgeltlichkeit im weiteren Sinne folgende drei Momente enthält: a) jede Vertragspartei hat eine Leistung zu machen; b) jede Partei oder an ihrer Stelle ein vertragsmäßig bestimmter

Dritter hat auch eine Leistung zu empfangen; c) die Leistungspflicht einer jeden Vertragspartei soll nach dem Parteiwillen von dem Vollzuge der Leistungen der übrigen Parteien abhängig sein, wechselseitige Modalitätsbedingung. Früher hat Hoeniger dieses letzte Tatbestandsstück (zu c) als vertragsmäßige Voraussetzung aufgefaßt, er widerlegt dies jedoch selbst und ersetzt sie durch die Modalitätsbedingung, da auch die Abhängigmachung nur der Modalitäten von vornherein wirksamer Verpflichtungen unter die Kategorie der Bedingung fällt. 3. Über die Unentgeltlichkeit im weiteren Sinne kann nichts weiter ausgesagt werden, als daß bei ihr stets mindestens eines der Entgeltlichkeitsmomente fehlen muß. Sie ist ein negativer, vertragsmäßiger Tatbestand. 4. Die beiden Untergruppen der Entgeltlichkeit im engeren Sinne, Synallagma und Sozietät werden in der Literatur verwischt und durcheinander geworfen, indem gefragt wird: Ist die Gesellschaft ein gegenseitiger Vertrag und finden deshalb die §§ 320 ff. auf die Gesellschaft Anwendung? An Stelle dieser verfehlten Fragestellung muß die Untersuchung dahin gehen: a) ob sich Synallagma und entgeltliche Sozietät auf einen gemeinsamen Obertatbestand zurückführen lassen (dies ist bereits bejaht), und b) ob und wieweit die Vorschriften der §§ 320 ff. nur von diesem Obertatbestand abhängig und mithin auch auf seine andere Untergruppe, die entgeltliche Sozietät, anwendbar sind. Über die Beantwortung dieser Frage, insbesondere über Einzelheiten zu b s. unten Nr. II a und § 323 Nr. 3. 5. Abgrenzung von der Auslobung Hoeniger S. 252, von der Auflage S. 253 ff. 6. Synallagma und Sozietät grenzen sich dadurch voneinander ab, daß das Synallagma die unmittelbare und die Sozietät die mittelbare Entgeltlichkeitsform ist, d. h. was der eine beim Synallagma zu leisten hat, genau das hat der andere zu empfangen, während sich bei der Sozietät zwischen zu machende und zu empfangende Leistung als Mittelglied, das jede Leistung durchwandern muß, das Gesellschaftsvermögen schiebt. 7. Dementsprechend ist auch die Unentgeltlichkeit im engeren Sinne die unmittelbare Form der Unentgeltlichkeit, während die unentgeltliche Sozietät wiederum die durch das Medium des Gesellschaftsvermögens vermittelte unentgeltliche Zuwendung darstellt und somit als mittelbare Unentgeltlichkeit aufzufassen ist. 8. Die volle Entgeltlichkeit (Äquivalenz) ist Endstufe und Extrem der kontinuierlichen Reihe der Entgeltlichkeitstatbestände. Die Vollentgeltlichkeit kann niemals überschritten werden, ohne daß das Geschäft wieder zu einem teilweise unentgeltlichen wird. 9. Die gemischte Schenkung Hoeniger S. 284 ff.

b) Schreiber, Gemischte Verträge, JheringsJ. **60** 174 ff. (vgl. § 305 Nr. II) betont demgegenüber, daß der Begriff der Entgeltlichkeit im weiteren Sinne durch die Unterbegriffe Synallagma und entgeltliche Sozietät keineswegs ausgefüllt wird, sondern daß außerdem noch das „freiwillige Entgelt" darin unterzubringen ist. Entsprechend lauten dann die drei Tatbestandsmomente: a) jeder macht eine Leistung, b) jeder empfängt eine Leistung, c) die Leistungen werden von den Parteien in eine Wertbeziehung zueinander gebracht, nach der sie sich gegenseitig ausgleichen sollen (184).

c) Zum Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung bei zwei wirtschaftlich zusammenhängenden Verträgen. **RG.** VII. JW. **11** 946 Nr. 17. Eine Auffassung, nach welcher die Werklohnforderung des Unternehmers durch einen noch zu ermittelnden Teil des bei einem 2. Werkvertrage möglicherweise herausspringenden Reingewinns gebildet werden soll, setzt sich in Widerspruch mit dem Wesen des Werkvertrags, insbesondere mit dem Rechtsbegriffe der Leistung und Gegenleistung in Vertragsverhältnissen. Im geschäftlichen Leben mag es nicht selten vorkommen, daß zwei Verträge in ein gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis gebracht werden dergestalt, daß der eine nicht ohne den anderen zum Abschlusse gebracht wird; vielfach wird solchen Abreden die wirtschaft-

liche Erwägung zugrunde liegen, daß der etwaige Verlust aus dem ersten Geschäfte gedeckt werde durch den Gewinn aus dem zweiten; im wirtschaftlichen Sinne mag dann das letztere Geschäft als Gegenleistung für das erstere gedacht werden; die rechtliche Beurteilung muß sich jedoch diesem Gedankengange fernhalten; rechtlich liegen in solchen Fällen zwei Verträge vor, welche nebeneinander herlaufen und von denen ein jeder seine eigenen Leistungs- und Gegenleistungspflichten hervorbringt, wenn sie auch, dem Parteiwillen entsprechend, in einem so gearteten Abhängigkeitsverhältnisse zueinander stehen mögen, daß die etwaige Unwirksamkeit des einen auch die des anderen nach sich zieht.

d) Unbenannter gegenseitiger Vertrag. R. **11** Nr. 3436 (BayObLG.). Es steht nichts im Wege, daß die Parteien, falls sie, ohne einen im Gesetze geregelten Vertrag zu schließen, beiderseitige Leistungen vereinbaren, diese Leistungen voneinander abhängig machen, so daß sie zum Austausche gegeneinander bestimmt werden und ein Gegenseitigkeitsverhältnis im Sinne des Gesetzes zwischen ihnen begründet wird. Ebenso wie auf jeder Seite verschiedenartige Rechtsgeschäfte zu einem Ganzen vereinigt werden können, ist es auch zulässig, ein Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen verschiedenen Rechtsgeschäften zu begründen, wobei die Parteien nicht auf einseitige Rechtsgeschäfte beschränkt sind, sondern auch Verträge, insbesondere einseitige Verträge auch zugunsten Dritter in dieser Weise miteinander verbinden können.

II. Finden die §§ 320 ff. beim Gesellschaftsvertrag Anwendung? **a)** Hoeniger, Die gemischten Verträge 210, 247 ff. (vgl. Nr. I a). Die Vorfrage hierzu lautet nicht: Ist die Gesellschaft ein gegenseitiger Vertrag? Denn beide sind die nicht durcheinander zu werfenden Unterarten der Entgeltlichkeit im weiteren Sinne, vgl. oben Nr. I a [3]. Es fragt sich daher, ob die §§ 320 ff. entsprechend anwendbar sind. Dies ist zu bejahen. Insbesondere ist die Einrede des nicht erfüllten Vertrags anwendbar und zwar auch, wenn nicht der Kläger, sondern dritte, nicht klagende socii mit ihrer Leistung im Rückstande sind. Wegen §§ 323 ff. vgl. § 323 Nr. 3. **b)** **RG.** V. JW. **11** 808, R. **11** Nr. 3061. Die §§ 320 ff. finden auf den Gesellschaftsvertrag nur insoweit Anwendung, als es sich um die unmittelbar durch ihn begründeten gegenseitigen Verpflichtungen, insbesondere die Beitragspflicht, handelt. Wegen eines derartig vertragswidrigen Verhaltens ist auch Rücktritt gemäß §§ 325, 326 zulässig; nur auf positive Vertragsverletzungen ist die entsprechende Anwendung dieser Bestimmungen — mit Rücksicht auf § 723 — ausgeschlossen. **c)** Vgl. noch § 326 Nr. III 5.

§ 320. 1. Bierlieferungsvertrag. **RG.** II. DJZ. **11** 817, Hess. Rspr. **12** 65. § 320 hat zwar an sich nur Leistungen Zug um Zug zum eigentlichen Gegenstande, ist aber analog auf Bierlieferungsverträge anzuwenden für den Fall, daß der eine Teil geleistet und der andere mit der Gegenleistung im Rückstande geblieben ist.

2. OLG. **22** 234 (Kiel). Beim Viehkauf ist die Einrede des nicht erfüllten Vertrags wegen eines nicht zu den Hauptmängeln gehörigen Fehlers zulässig.

3. **a)** OLG. **22** 233 α (Naumburg). Der vertragsmäßige Ausschluß der Zurückbehaltung des Kaufpreises wegen Mängel ist zulässig und verstößt nicht gegen die guten Sitten. **b)** Ebenso OLG. **22** 233 β (Naumburg).

4. Zurückbehaltung wegen Vertragsverletzung. **RG.** II. LeipzZ. **11** 842 Nr. 11. Die Klägerin befand sich zwar seit dem August 1907 im Lieferungsverzuge, so daß die Beklagte an sich die Rechte aus § 326 geltend machen konnte. Da aber die Beklagte schon vor dem August hinsichtlich der ganzen jetzt in Betracht kommenden Kaufpreisforderung in Zahlungsverzug war, war die Klägerin infolge dieser erheblichen Vertragsverletzung gemäß § 320 berechtigt, die Lieferungen im August zurückzuhalten. Vgl. **RG.** **68** 23, 33.

5. Beweislast. **RG.** V. WarnE. **11** 440. Will ein Käufer das Angebot des Verkäufers aus dem Grunde nicht als ein zur Erfüllung geeignetes gelten lassen und seine Leistung um deswillen zurückhalten, weil er behauptet, daß der Verkäufer zur vollen oder zur gehörigen Erfüllung gemäß §§ 433 ff. wegen Vorhandenseins eines Mangels im Rechte nicht imstande sei, so greift hinsichtlich der Beweislast der Grundsatz des § 442 auch hier durch.

6. Abs. 2. a) **RG.** II. HessRspr. **12** 65, HoldheimsMSchr. **11** 273, DJZ. **11** 817. Ob ein Verstoß gegen Treu und Glauben im Sinne des § 320 Abs. 2 vorliegt, ist nach den gesamten Umständen des Falles zu entscheiden. Die verhältnismäßige Geringfügigkeit eines Rückstandes ist nur als häufiger Fall besonders hervorgehoben. Das Recht aus § 320 darf nur in loyaler Weise ausgeübt und nicht dazu mißbraucht werden, um vertragswidrig den Gegner zur Übernahme neuer lästiger Bedingungen zu zwingen. **b)** Anwendung des § 320 Abs. 2 auf die Fälle des § 326 vgl. § 326 Nr. VIII 2.

§ 321. Literatur: CorrespÄltVerlKaufm. **34** 17, Vermögensverschlechterung bei gegenseitigen Verträgen.

1. Eine Auskunft der Ältesten aaO. erörtert Inhalt und Tragweite der Vorschrift des § 321 an der Hand der Judikatur.

2. **RG.** IV. R. **11** Nr. 2314 (Düsseldorf). Wie das RG. schon oft erkannt hat, kann der stillschweigende Vorbehalt gleichbleibender Verhältnisse, die sog. clausula rebus sic stantibus, im allgemeinen nach dem BGB. keine Geltung beanspruchen. Das ist auch die herrschende Meinung der Rechtswissenschaft. Regelmäßig hat also eine ungünstige Änderung der Vermögenslage eines Vertragschließenden für seine Vertragspflichten keine Bedeutung. Vielmehr wird einer solchen Änderung vom BGB. nur ganz ausnahmsweise (§§ 321, 610) ein Einfluß auf die Wirksamkeit des Vertrags eingeräumt. Das schließt freilich die Prüfung nicht aus, ob nicht im einzelnen Falle oder auch bei einer ganzen Gattung von Verträgen nach der Absicht der Parteien und nach der Natur der Verträge gemäß § 157 einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse dennoch Bedeutung beizumessen ist.

3. **RG.** II. GruchotsBeitr. **55** 898, HoldhMSchr. **11** 328, LeipzZ. **11** 697, R. **11** Nr. 3062. Der vorleistungspflichtige Verkäufer hat auf Grund des § 321 nur eine Einrede, kein Klagerecht auf Zahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Empfangnahme der Ware. — Vgl. ebenso JDR. **9** Nr. 2.

4. Keine Verweigerung der Zahlung, weil eine längere Garantiefrist für Mangelgewähr vereinbart ist. **a)** OLG. **22** 199, R. **11** Nr. 2112 (München). Treu und Glauben erfordern nicht, ja sie gestatten nicht einmal, daß der Käufer um deswillen, weil ihm der Verkäufer eine zeitlich über die gesetzliche Grenze hinaus bemessene Garantie geleistet hat, im Hinblick auf einen Vermögensverfall (Konkurs) des Verkäufers mit dem Kaufpreise bis zur Erledigung der bedingten Garantiefrage zurückhält. Er mag vermittels einer pünktlichen Ausübung seines etwaigen Rügerechts seinerseits jene Frage aufrollen; versäumt er dies, so kann er späterhin auf Erfüllung der übernommenen Garantie klagen, darf aber weder den Kaufpreis überhaupt retinieren, noch dessen Zahlung von einer Zug-um-Zugleistung der garantierten Nachbesserungen abhängig machen. Die Garantie ist eine Nebenverpflichtung des Verkäufers. Sie verliert den Zusammenhang mit der Zahlungspflicht des Käufers und fällt insoweit außerhalb des Begriffs „gegenseitiger Vertrag" im Sinne von §§ 320 f. Ebenso **b)** OLG. **22** 200, R. **11** Nr. 30 (Braunschweig). Der Beklagte ist nicht berechtigt, wegen der zerrütteten Vermögensverhältnisse die Zahlung zurückzuhalten, bis ihm Sicherheit für die Erfüllung seiner aufschiebend bedingten Ansprüche aus dem Garantieversprechen bestellt ist.

5. HessRspr. **12** 83 (LG. Darmstadt). Die Kreditklausel: „Die Bemessung des Kredits bleibt jederzeit der Fabrik vorbehalten" bedeutet, daß die Änderung des Kredits schon durch eine vom subjektiven Standpunkt aus nicht unbegründete Besorgnis gerechtfertigt wird, der gewährte Kredit könne für die Zukunft notleiden. Der Nachweis objektiver Tatsachen, daß die Forderungen gefährdet seien, ist nicht erforderlich.

6. Rücktritt vom Wechselprolongationsversprechen wegen veränderter Umstände. S. hierüber § 610.

§§ 323 ff. Literatur: Vgl. §§ 275, 320 ff.

1. Über Begriff und Arten der Unmöglichkeit s. § 275.

2. *Rabel, RheinZ. **3** 475 ff., 483, 489 (s. zu § 275). Gläubiger und Schuldner haben solche Umstände zu „vertreten", die sie bei Abschluß des Vertrags kannten oder kennen mußten, auch wenn daraus im Sinne der vom Gesetz angenommenen Windscheidschen Lehre nur eine nachträgliche zufällige Unmöglichkeit der Leistung entsteht.

3. Anwendbarkeit auf die Gesellschaft? Hoeniger, Die gemischten Verträge 210, 250 (s. § 305). Die Vorschriften §§ 323 ff. sind auf die Gesellschaft entsprechend anwendbar und zwar so, daß sich ein Gesellschafter auch auf die Unmöglichkeit der Leistung bei einem an dem Prozesse nicht beteiligten dritten Gesellschafter berufen kann mit der Wirkung, daß auch er, sowie überhaupt alle übrigen Gesellschafter von der Leistung befreit seien. Wegen der richtigen Fragestellung vgl. §§ 320 ff. Nr. I a [3] und Nr. II a.

4. SeuffBl. **11** 642, R. **11** Nr. 2427 (Stuttgart). Nach § 446 trägt der Käufer die Gefahr der Sache, so wie diese ihm übergeben ist. Hat sich der Verkäufer zu weiteren Leistungen an der Sache verpflichtet, die ihm, ohne daß er dafür aufzukommen hätte, unmöglich werden, so greift insoweit § 323 Abs. 1 Platz, wonach er den Anspruch auf die Gegenleistung verliert.

§ 324. 1. Vgl. §§ 323 ff.

2. Anspruch des grundlos Entlassenen vgl. § 626 Nr. I 5.

§ 325. 1. Vgl. §§ 323 ff.

2. *Rabel, RheinZ. **3** 486 f. (s. zu § 275). § 325 paßt nicht auf das anfängliche Unvermögen (unrichtig **RG.** GruchotsBeitr. **54** 1059); auch die Konstruktion von **RG. 69** 355 ist unhaltbar. Schadensersatz, Rücktrittsrecht usw. folgen aus dem den §§ 325, 326 gemeinschaftlichen Gedanken der Kulpahaftung.

3. Vertretung der Unmöglichkeit. **RG.** II. LeipzZ. **11** 380 Nr. 13. Die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung auf seiten des Beklagten kann nicht lediglich damit begründet werden, daß die Ehefrau des letzteren ihre Mitwirkung zum Verkaufe des Grundstücks versagte. Es war insbesondere zu erwägen, ob der Beklagte nicht in der Lage war, durch den Antrag auf Aufhebung der Gemeinschaft das Grundstück zur Zwangsversteigerung zu bringen (**RG. 67** 397), es selbst anzusteigern und dann den Kaufvertrag zu erfüllen, oder ob einem solchen Vorgehen des Beklagten so bedeutende Hindernisse entgegenstanden, daß er diese gemäß § 242 BGB. nach Treu und Glauben zu beseitigen nicht verpflichtet war.

4. **RG.** II. R. **11** Nr. 2721. Ein Versuch des Käufers, die an sich vom Verkäufer zu vertretenden baupolizeilichen Beanstandungen zu beseitigen, ist nicht als Verzicht auf das Rücktrittsrecht anzusehen.

§ 326. Literatur: Lesser, Einzelfragen zur Lehre von der Erfüllungsweigerung, PosMSchr. 11 136—139.

I. Verzug (s. JDR. **9** Nr. 1, **8** Nr. 5, **7** Nr. 3, **5** Nr. **1**, **4** Nr. **1**, **3** Nr. **1**). 1. Im allgemeinen s. § 284.

2. Verzug in der Entgegennahme der Auflassung. **RG.** V. **76** 409, JW. **11** 829 No. 54. Ist der Käufer zur Entgegennahme der Auflassung

rechtskräftig gemäß § 894 ZPO. verurteilt, so ist damit seine Leistungspflicht erfüllt. Für eine Fristbestimmung nach § 326 ist kein Raum mehr.

3. OLG. **23** 5, SeuffA. **66** 312 (Braunschweig). Bei Teilverzug ist Rücktritt von der Teilforderung oder ein auf die Teilforderung beschränkter Schadensersatz zwar regelmäßig möglich, dann aber nicht, wenn es sich bei dem Zusammenhange der einzelnen Vertragspflichten gar nicht übersehen läßt, ob nicht der Beklagte durch das Herausgreifen einzelner Leistungen und Gegenleistungen erheblich geschädigt werden würde.

II. Leistung im Sinne des § 326. Haupt- oder Nebenleistung (s. JDR. **9** Nr. 2, **8** Nr. 6, **7** Nr. 4, **6** Nr. 3, **5** Nr. 2, **4** Nr. 2, **3** Nr. 2). 1. Abnahmeverzug des Käufers. *Gerhard, Die Abnahmepflicht des Käufers (85 ff., 95). a) Die Anwendung des § 326 auf den Abnahmeverzug ist in der Regel ausgeschlossen. Soll § 326 Abs. 1 Satz 3 gegenüber dem mit der Abnahme säumigen Käufer Anwendung finden, so muß die Abnahme — ebenso wie die Zahlung — Hauptleistung sein und es muß Abnahmeverzug vorliegen, die Zahlung hingegen bewirkt sein. b) Liegt Verzug mit der Zahlung als Hauptleistung vor, während die Abnahme eine Nebenleistung darstellt, die entweder schon bewirkt ist oder — ohne daß Verzug mit ihr eingetreten wäre — noch bewirkt werden muß, oder ist der Käufer mit der Zahlung und mit der Abnahme als Hauptleistungen oder mit der Zahlung als Haupt- und mit der Abnahme als Nebenleistung in Verzug geraten, so kommen die beiden ersten Sätze des § 326 Abs. 1 zur Anwendung. c) Ist der Käufer nur teilweise mit der Abnahme in Verzug und hat die bewirkte teilweise Abnahme für den Verkäufer auch beim Ausbleiben des übrigen Teils der Abnahmeleistung Interesse, so ist, vorausgesetzt, daß die Abnahme zur Hauptleistung gehört, § 326 Abs. 1 Satz 1 und 2 analog anzuwenden.

2. **RG.** II. LeipzZ. **11** 775 Nr. 15, R. **11** Nr. 2833. Soll die vereinbarte Qualitätsprüfung durch den Käufer erst über die Übernahme der weiteren Lieferung entscheiden, so ist die Vornahme der Prüfung ein wichtiger Teil der vertragsmäßigen Hauptleistung des Käufers. Ist der Käufer damit im Verzuge, so stehen dem Verkäufer die Rechte aus § 326 zu.

3. Abnahmeverzug = Zahlungsverzug bei Leistung Zug um Zug. OLG. Braunschweig JDR. **9** Nr. 2 b jetzt auch OLG. **22** 195, R. **11** Nr. 695.

III. Positive Vertragsverletzungen (s. JDR. **9** Nr. 3, **8** Nr. 7, **7** Nr. 5, **6** Nr. 1, **5** zu §§ 325 ff. Nr. 4, 6, 10, § 326 Nr. 4, **4** Nr. 4, **3** Nr. 4, **2** Nr. 5, **1** Nr. 5). 1. S. auch oben § 276 Nr. IV.

2. **RG.** II. HansGZ. **11** Hptbl. 280. Da der Käufer unberechtigte Ansprüche bezüglich der Art der Verpackung der Ware stellte, und die Annahme anders verpackter Ware „jetzt und künftig" verweigerte, so befand er sich im Annahmeverzug, und zwar zunächst im Hinblick auf die gebotenen 10 Tons. Mit der Erklärung des Käufers, auch künftighin die Abnahme der übrigen Sukzessivlieferungen mit Pappscheibenverpackungen zu verweigern, machte er sich zugleich einer positiven Vertragsverletzung schuldig und beging eine neue, als er die berechtigte Zurückhaltung des Verkäufers benutzte, um aus diesem Grunde vom Vertrage zurückzutreten und Schadensersatzansprüche zu erheben (**RG. 57** 113). Diese doppelte schuldhafte Vertragsverletzung berechtigte den Verkäufer nunmehr seinerseits zum Rücktritte vom Vertrage ohne weiteres Angebot und ohne Setzung einer Nachfrist.

3. **RG.** II. LeipzZ. **11** 927 Nr. 17. Darin, daß sich der beklagte Geschäftsführer der Klägerin von deren Lieferanten Provisionen versprechen ließ, liegt nicht nur eine grobe Pflichtverletzung, sondern auch eine zum Rücktritte berechtigende positive Vertragsverletzung. Wegen Verzichts jedoch s. unten VIII 4.

4. Altenteilsvertrag. a) NaumburgAK. **11** 82 (Naumburg). Rücktritt vom Altenteilsvertrage zwischen Mutter und Tochter wegen positiver Vertragsverletzungen (Nichtstellen einer Wartefrau und Mißhandlung). b) ElsLothJZ. **36** (1911) 588 (Colmar).

5. Positive Vertragsverletzungen beim Gesellschaftsvertrage. a) **RG.** V. 28. 6. 11, JW. **11** 808, R. **11** Nr. 3061. Auf positive Vertragsverletzungen beim Gesellschaftsvertrage ist die entsprechende Anwendung der §§ 325, 326 mit Rücksicht auf § 723 ausgeschlossen. Vgl. §§ 320 ff. Nr. II b. b) PosMSchr. **11** 31 (Königsberg). Die Bestimmung des § 326 und die Rücktrittsbefugnis gelten nicht für den Gesellschaftsvertrag, da die als gesetzliche Folge des Rücktritts eintretende Rückgewähr der empfangenen Leistungen in allen denjenigen Fällen, in denen durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft etwas erworben und dadurch ein Gesellschaftsvermögen im Sinne des § 718 geschaffen worden ist, einen vollständigen Ausgleich nicht herbeiführen würde und darum dem Wesen des einen solchen erfordernden Gesellschaftsverhältnisses widerstreitet.

IV. Sukzessivlieferungsgeschäfte (s. JDR. **9** Nr. 4, **8** Nr. 8, **7** Nr. 6, **6** Nr. 2, **5** zu §§ 325 ff. Nr. 2—10, § 326 Nr. 3, **4** Nr. 3, **3** Nr. 3, **2** Nr. 6). 1. OLG. **22** 203, R. **11** Nr. 2116 (Colmar). Die auf Lieferung elektrischen Stromes gerichtete Vereinbarung ist als ein Sukzessivlieferungsvertrag aufzufassen, da in dem wirtschaftlichen Gute des Stromes eine Ware zu erblicken ist.

2. Rücktritt wegen allgemein illoyalen Verhaltens des Käufers? a) **RG.** II. JDR. **9** Nr. 4 e ð jetzt auch GruchotsBeitr. **55** 629, HansGZ. **11** Hptbl. 33, DJZ. **11** 535 (Brandis). b) Hierzu Nord, Vertragsaufhebung als Folge von Schmähbriefen, DJZ. **11** 335, der mit OLG. Hamburg, HansGZ. **10** Hptbl. 145, schon die Beleidigungen für ausreichend zur Vertragsaufhebung hält.

3. Zurückbehaltungsrecht wegen Vertragsverletzung. **RG.** II. LeipzZ. **11** 842 Nr. 11. Die Klägerin befand sich zwar seit dem August 1907 im Lieferungsverzuge, so daß die Beklagte an sich die Rechte aus § 326 geltend machen konnte. Da aber die Beklagte schon vor dem August hinsichtlich der ganzen jetzt in Betracht kommenden Kaufpreisforderung in Zahlungsverzug war, war die Klägerin infolge dieser erheblichen Vertragsverletzung gemäß § 320 berechtigt, die Lieferung im August zurückzuhalten. Vgl. **RG.** **68** 23, 33.

4. **RG.** II. DJZ. **11** 817, HoldheimsMSchr. **11** 273, R. **11** Nr. 2118. Wer selbst den Vertrag verletzt und den Vertragszweck gefährdet hat, kann aus einer nachfolgenden Vertragsverletzung und Gefährdung durch den Vertragsgegner das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags im Sinne des § 326 BGB. insolange nicht ableiten, als er nicht seine eigenen Vertragsverletzungen gutgemacht und sich auf den Standpunkt vertragstreuer Erfüllung gestellt hat.

5. Einheitlicher Sukzessivlieferungsvertrag oder verschiedene Verträge? **RG.** II. GruchotsBeitr. **55** 888 (892), HoldheimsMSchr. **11** 121, JW. **11** 216, WarnE. **11** 118, R. **11** Nr. 1107. Wenn nicht ein Sukzessivlieferungsgeschäft, d. h. ein einheitlicher ratenweise Lieferung umfassender Vertrag, sondern verschiedene selbständige Kaufverträge vorliegen, so ist der Käufer nicht berechtigt, von dem einen noch nicht zur Erfüllung gelangten Vertrage deshalb zurückzutreten, weil der Verkäufer einen anderen erfüllten Vertrag mangelhaft erfüllt hat. Dies gilt auch, obwohl die beiden Kaufverträge im Laufe einer fortdauernden Geschäftsverbindung der Parteien geschlossen worden sind.

V. Fristsetzung (s. JDR. **9** Nr. 5, **8** Nr. 9, **7** Nr. 7, **6** Nr. 4, **5** Nr. 5, **4** Nr. 5, **3** Nr. 5, **2** Nr. 8). 1. Art der Fristsetzung. Angemessene Frist.

a) Frist nach Stunden. **RG.** II. R. **11** Nr. 302. Die Bestimmung der Frist ist nicht den §§ 187 ff. BGB. unterworfen. Immerhin geben diese Vorschriften einen Fingerzeig für den Maßstab, der bei der Fristbemessung zu beachten ist. Tatsächlich entspricht es im allgemeinen weder den Bedürfnissen, noch den Gepflogenheiten des gewöhnlichen Rechtsverkehrs, die Nachfrist gemäß § 326 nach Stunden zu bemessen. **b) RG.** II. HoldheimsMSchr. **11** 186. Unter Umständen kann die Aufforderung, binnen einer bestimmten Frist (1 Woche) die Auflassung entgegenzunehmen, als nach Ort und Zeit genügend bestimmt angesehen werden. c) **RG.** III. WarnE. **11** 72, R. **11** Nr. 301. Darauf, daß der säumige Teil früher eine Frist von fünf Wochen, innerhalb deren er liefern werde, bezeichnet hatte, brauchte der andere Teil bei Bemessung der Nachfrist keine Rücksicht zu nehmen. Denn für die Angemessenheit der Nachfrist kann es nur auf die objektive Sachlage, nicht auf die Erklärungen ankommen, die der säumige Teil darüber abgibt, wieviel Zeit er noch gebrauche, um die obliegende Leistung zu bewirken. Denn sonst könnte dieser sich durch möglichst lange Hinausschiebung des Beginns oder der Fortsetzung der von ihm zum Zwecke der Leistung vorzunehmenden Arbeiten und durch den Hinweis auf den hiernach noch für die Vollendung erforderlichen Zeitraum dem Gläubiger gegenüber nach Belieben eine unangemessene lange Nachfrist sichern.

2. Welche Wirkung hat eine unangemessen kurze Frist? a) **RG.** II. JW. **11** 755, DJZ. **11** 1390, R. **11** Nr. 2834. Die Wirkung, daß durch eine zu kurze Frist eine andere angemessene längere Frist in Lauf gesetzt wird, tritt ein, ohne daß der Wille oder die Willenserklärung des Gläubigers positiv dahin zu gehen braucht, daß für den Fall der Unangemessenheit der bestimmten Frist eine angemessene längere Frist in Lauf gesetzt werde. Der Eintritt der Wirkung ist vielmehr als im Sinne der Vorschrift des § 326 Abs. 1 liegend und daher als von Rechts wegen erfolgend anzusehen. Andererseits kann jedoch unter besonderen Umständen eine dem Gesetze nicht entsprechende Willenserklärung des Gläubigers in bezug auf die von ihm bestimmte Frist für die Frage der rechtlichen Wirksamkeit der Fristsetzung überhaupt und namentlich für die Frage von Bedeutung sein, ob damit eventuell eine angemessene Frist in Lauf gesetzt wird. So wenn die Frist mit Absicht zu kurz bemessen wird, vgl. b und c. **b) RG.** II. JW. **11** 92, BankA. **10** 203, WarnE. **11** 69 (71), R. **11** Nr. 300. Ist die Nachfrist vom Gläubiger mit Absicht so kurz bemessen worden (z. B. nach Stunden), daß sie vom Schuldner nicht eingehalten werden konnte, und hat der Gläubiger dies deshalb getan, weil er von einem anderen Reflektanten mehr geboten erhalten hatte, so handelt der Gläubiger vertragswidrig. Auch die Bestimmung einer angemessenen Frist steht unter der Herrschaft der durch § 242 gebotenen Vertragstreue, die es verbietet, die Nachfrist in illoyaler Absicht zu bestimmen und als ein Mittel zu mißbrauchen, um von einem lästigen Vertrage sich loszusagen. Anders wäre es, wenn der Gläubiger im Geiste redlicher Vertragserfüllung und nur aus der ernsten Besorgnis die Frist so kurz bemessen hätte; der Schuldner würde doch selbst bei längerer Frist nicht erfüllen und ihm drohe bei längerer Fristbewilligung die Gefahr des Verlustes einer anderweiten Verkaufsgelegenheit. c) **RG.** II. JW. **11** 755, LeipzZ. **11** 775 Nr. 16, DJZ. **11** 1390, R. **11** Nr. 2835. Wenn der Gläubiger eine zu kurze Nachfrist mit dem Bewußtsein, daß sie zu kurz sei, setzt und dabei — sei es durch diese Erklärung allein, oder durch dieselbe in Verbindung mit anderen Tatsachen — in erkennbarer Weise seiner Absicht Ausdruck gibt, daß er dann, wenn die geschuldete Leistung nicht in der gesetzten, wohl aber nachher, noch innerhalb angemessener Frist erfolgen sollte, sie unter keinen Umständen annehmen werde, so hat die Fristsetzung überhaupt keine Wirkung; auch nicht die Folge, daß durch sie eine angemessene längere Frist in Lauf gesetzt werde.

3. OLG. 22 203 (Marienwerder). Wird bei der Fristsetzung mehr als die dem anderen Teile obliegende Leistung gefordert, so ist sie wirkungslos in vollem Umfange, nicht etwa nur bezüglich des Teiles der Leistung, der zu Unrecht gefordert wird. — Mangels besonderer Abreden über Zeit und Mengen der einzelnen Sukzessivlieferungen muß angenommen werden, daß diese annähernd gleichmäßig über die ganze Lieferungszeit zu verteilen sind im Interesse beider Vertragschließenden.

4. Rücktritt vor Ablauf der Frist. **RG.** II. R. **11** Nr. 974. Wenn eine Vertragspartei dem im Verzuge befindlichen Vertragsgegner eine Nachfrist zur Erfüllung gewährt und es verändern sich während des Laufes dieser Frist die Verhältnisse in der Art, daß für sie die Annahme gerechtfertigt erscheint, die Erfüllung werde binnen der gesetzten Frist nicht möglich sein, so kann unter Umständen auch ein vor Ablauf der Frist erklärter Rücktritt als gerechtfertigt erachtet werden.

VI. Abs. 2. Wegfall der Nachfristsetzung (s. JDR. **9** Nr. 6, 8 Nr. 10, 15, **7** Nr. 8, 14, **6** Nr. 4 c, 7, **5** Nr. 5 b, 8, **4** Nr. 5 b, 8, **3** Nr. 5 b, **2** Nr. 8 c)
1. Kein Interesse an der Erfüllung. a) R. **11** Nr. 2119 (Stuttgart). Der Fall, daß der Verkäufer an der weiteren Erfüllung des Vertrags kein Interesse hat, liegt vor, wenn der mit dem Alleinverkaufe der Ware (Nähmaschinen), für einen bestimmten Bezirk betraute Käufer den Verkauf der zu beziehenden Ware zu Schleuderpreisen im Wege eines Ausverkaufs in Aussicht stellt. **b)** HansGZ. **11** Hptbl. 59 (Hamburg). Hinsichtlich der per September/Oktober nach Argentinien fest weiterverkauften Ware konnte die Beklagte Anfang Dezember damit rechnen, daß die überseeischen Käufer, welche mahnten und mit Eindeckung drohten, damit Ernst machen würden. Da auch Klägerin nicht einmal sofortige Übersendung der gesamten Ware, sondern nur Lieferung in achttägigen Raten zusagte, so war es für die Beklagte ein großes Risiko, die Ware noch im Dezember verladen zu lassen. Sie hatte an solcher Verladung kein Interesse mehr und ihr Rücktritt war auch ohne Fristsetzung berechtigt. Dies gilt nicht für die übrige Ware, welche Beklagte ohne Auftrag von dritter Seite bestellt hatte und welche in Argentinien auch Ende Januar leicht verkäuflich war.

2. Erfüllungsweigerung. a) **RG.** V. LeipzZ. **11** 142 Nr. 20, R. **11** Nr. 299. Das Erfordernis der Fristsetzung fällt nicht fort infolge der Weigerung des Beklagten, die geforderte Auflassung schlechthin zu erteilen, bei gleichzeitiger Geneigtheit, sie bei Zahlung der Wechselsumme zu geben, wenn diese Bedingung nicht eine offenbar unberechtigte und willkürliche war. **b) RG.** II. JW. **11** 711 Nr. 7, SächsRpflA. **11** 347, LeipzZ. **11** 698 Nr. 13, WarnE. **11** 406, R. **11** Nr. 2832. Um das Erfordernis der Fristsetzung fortfallen zu lassen, genügt nicht die Ablehnung der Erfüllung an sich, insbesondere wenn sie wegen Meinungsverschiedenheiten über den Vertragsinhalt erfolgt. (Vorliegend z. B. hatte die Klägerin ihre Weigerung damit begründet, daß sie nach dem Inhalte des Vertrags nicht verpflichtet sei, andere als eigene Flaschen der Beklagten zu füllen und anderswohin als nach Stettin zu liefern. Fristsetzung bleibt hier erforderlich.) **c)** Einzelfragen behandelt Lesser PosMSchr. **11** 136—139.

3. **RG.** II. R. **11** Nr. 3067. Will der Käufer ohne Fristbestimmung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, so ist hierfür die Behauptung, daß der Verkäufer die erforderliche Menge von Gattungssachen gar nicht habe beschaffen können, belanglos. Sie überhebt den Käufer nicht des Beweises, daß er infolge des Verzugs des Verkäufers das Interesse an der Erfüllung verloren habe.

4. **RG.** VII. R. **11** Nr. 3066. Die Annahme, daß die Fristsetzung schon immer dann entfällt, wenn der Gegner sich bereits positiver Vertragsverletzungen schuldig gemacht habe, ist in dieser Allgemeinheit vielleicht bedenklich. Vorliegend entfiel die Fristsetzung deshalb, weil für den vermögenslosen Gegner

keine Möglichkeit vorlag, die durch ihn herbeigeführte Gefährdung des Vertragszwecks innerhalb einer ihm gesetzten Frist zu beseitigen.

5. Abladung und Verschiffung im überseeischen Verkehre. a) SeuffA. **66** 388, HansGZ. **11** Hptbl. 181, R. **11** Nr. 2831 (Hamburg). Die in Kaufverträgen über eine zu verschiffende Ware festgesetzte Abladezeit kann die Bedeutung haben, daß dem Käufer das Recht eingeräumt werden soll, ohne weiteres vom Vertrage zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, wenn die Ware nicht zu der Zeit eintrifft, wo sie unter normalen Verhältnissen erwartet werden kann. (Verneint bei australischem Gummi. Fristsetzung erforderlich.) b) Anders Heuer, LeipzZ. **11** 106 vgl. § 361 Nr. 2 b.

VII. Schadensersatzanspruch (s. JDR. **9** Nr. 7, **8** Nr. 11, **7** Nr. 9, **6** Nr. 5, **5** Nr. 6, **4** Nr. 6, **3** Nr. 6, **2** Nr. 11). 1. **RG.** II. LeipzZ. **11** 842 Nr. 12. Beim Schadensersatze wegen Nichterfüllung aus § 326 geht das Schadensersatzverlangen nicht, wie gemäß § 249, zunächst auf Wiederherstellung des früheren Zustandes.

2. OLG. **22** 227 k, HansGZ. **11** Hptbl. 97, R. **11** Nr. 474 (Hamburg). Der Umstand, daß der nicht säumige Verkäufer zunächst Erfüllung verlangt und gemäß § 373 HGB. den Selbsthilfeverkauf vorgenommen hat, steht seinem Schadensersatzanspruche wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB. nicht entgegen. Darin, daß er sein Recht aus dem Annahmeverzuge nach § 373 geltend gemacht hat, liegt kein Verzicht auf die Rechte aus dem Schuldnerverzuge. Bei der Berechnung des Schadens kann er den Erfolg des Selbsthilfeverkaufs zugrunde legen.

3. OLG. **22** 227 k, HansGZ. **11** Hptbl. 97 (Hamburg). Liquidiert der nichtsäumige Verkäufer seinen Schaden in der Weise, daß er einen Deckungsverkauf vornimmt, so kann er für diesen Deckungsverkauf auch die im § 373 HGB. vorgeschriebene Form des Selbsthilfeverkaufs wählen. Er muß hierbei nur gemäß § 254 BGB. die Interessen des Gegners wahren.

VIII. Rücktritt. 1. Zur Auslegung der Erklärung des Verkäufers, er trete vom Vertrage zurück und verlange Rückgabe des Grundstücks sowie Schadensersatz. **RG.** II. JW. **11** 751 Nr. 5, Holdheims MSchr. **11** 329, R. **11** Nr. 2836. Nach Lage der Sache war die Erklärung des vertragstreuen Verkäufers „er trete vom Kaufvertrage zurück und verlange Rückgabe des Grundstücks sowie Schadensersatz" nicht im Sinne der ersten Alternative des § 326 Abs. 1 Satz 2 (Verlangen auf Ersatz des Schadens, dadurch erlitten, daß der abgeschlossene Vertrag — so wie vereinbart — nicht zur Erfüllung gelangt), sondern dahin auszulegen, daß der Verkäufer den Rücktritt vom Vertrage gewählt und daneben noch den bedeutungslosen Vorbehalt gemacht habe, den ihm durch den Vertragsabschluß erwachsenen Schaden nachträglich zu beanspruchen. Was **RG.** JW. **07** 386 Nr. 3 als regelmäßig gewollt erklärt, trifft hier nach den Umständen des Falles nicht zu; es kam dem Verkäufer vor allen Dingen auf Zurückerlangung des Besitzes des Grundstücks und der Wirtschaftskonzession für dasselbe an.

2. Ausschluß des Rücktritts bei Verzug mit einem nur unerheblichen Teile der Leistung. **RG.** II. 21. 4. 11, **76** 150, JW. **11** 581, R. **11** Nr. 2313 u. 2316. Das Rücktrittsrecht steht der nichtsäumigen Partei nicht schlechthin und nicht auch bei einem Verzuge mit einem unerheblichen Teile der Leistung zu. Vielmehr ist auch dieses Recht gemäß § 242 auszuüben, und es müssen deshalb immer noch besondere Umstände vorliegen, die den Verzug mit einer nur geringfügigen Teilleistung dennoch als eine so schwere Vertragswidrigkeit hinstellen, daß es nicht wider Treu und Glauben und die Verkehrssitte verstößt, dieserhalb vom Vertrage zurückzutreten. Der im § 320 Abs. 2 ausgesprochene Grundsatz, lediglich ein Fall der exceptio doli, ist auch bei § 326 anzuwenden. (Ausschluß des Rück-

tritts, da der nicht gezahlte Kaufpreisrest nur den zwanzigsten Teil des gesamten Kaufpreises betrug.)

3. **RG.** II. **76** 150, R. **11** Nr. 2315. Das RG. läßt dahingestellt, ob in der Geltendmachung des Rücktrittsrechts allein um deswillen ein Verstoß gegen Treu und Glauben gefunden werden kann, weil der Beweggrund, aus dem der Rücktritt erfolgt, sittlich zu mißbilligen ist. Wenn ein Vertrag infolge der steigenden Preise für den Verkäufer lästig wird, so braucht in dem Bestreben, diese lästige Verpflichtung von sich abzuschütteln, ebensowenig ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu liegen, wie ein solcher Verstoß andererseits auch in dem Festhalten des Käufers am Vertrage trotz der Kenntnis von der schädigenden Wirkung für den Verkäufer nicht immer notwendig gefunden werden kann.

4. Verzicht auf Rücktrittsrecht. a) **RG.** II. LeipzZ. **11** 927 Nr. 17. Die Klägerin hat auf ihr Rücktrittsrecht wegen positiver Vertragsverletzung ihres Geschäftsführers (vgl. oben III 3) verzichtet, indem sie trotz Kenntnis den Vertrag fortgesetzt, weitere Vertragserfüllung verlangt und sich mit Abtretung der Provisionsansprüche befriedigt gezeigt hat. b) PosMSchr. **11** 7 (Marienwerder). Der Abzahlungsverkäufer begibt sich durch Verfolgung des Anspruchs auf Zahlung einer fälligen Kaufpreisrate nicht des für ihn durch Zahlungsverzug des Käufers entstandenen Rechtes zum Rücktritte vom Vertrage.

IX. **RG.** II. 28. 2. 11, **75** 350. Der Verkäufer handelt weder widerspruchsvoll noch gegen Treu und Glauben, wenn er auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung klagt und dem Käufer, der einwendet, daß die Ware zu früh angeboten worden sei, nun die Ware während des Schwebens des Rechtsstreits rechtzeitig anbietet und in einer zweiten Klage von ihm Erfüllung verlangt. Da der Käufer den Schadensersatz verweigert hat, mußte er erfüllen. Die rechtzeitige Erfüllung konnte von ihm nicht mit der Begründung verweigert werden, daß der Verkäufer zu unrichtiger Zeit Erfüllung und auf Grund dieser unrichtigen Unterlage zu Unrecht Schadensersatz begehrt habe.

Dritter Titel. Versprechen der Leistung an einen Dritten.

§ 328. Literatur: Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Tübingen 1910, Mohr. (§ 8 Verträge zugunsten Dritter im Besitzrechte 116 ff.) — Last, Zur Lehre von der mittelbaren Leistung. GrünhutsZ. **37** 615—698 (I. Zur Lehre von den Verträgen zugunsten Dritter 615 ff.). — Stampe, Die Freirechtsbewegung. Berlin 1911, Vahlen. S. 20 ff. (vgl. oben zu §§ 241 ff.). — Vgl. auch § 331.

1. Schiebungsverträge über Lohnansprüche zugunsten der Ehefrau des Angestellten. *Stampe, Freirechtsbewegung 20—24 bekämpft **RG. 69** 59 [in Rechts- und Begriffsbildung (1907) 83—89, auch **RG. 51** 403], welche bei den modernen Schiebungsverträgen über Lohnansprüche resp. bei der Lebensversicherung zugunsten Dritter das Recht des Dritten gegen Angriffe durch die Gläubiger des Lohnarbeiters resp. des Nachlasses immun machen wollen. Das Rechtsinstitut des Vertrags zugunsten Dritter wird hier mißbräuchlich verwendet. Dieser Vertrag in den obigen Fällen ist kein selbständiges Kausalgeschäft, sondern ein unselbständiges Hilfsgeschäft, zumeist dazu bestimmt, für den Anspruch des „Stipulanten" gegen den „Promittenten" aus dem zwischen diesen beiden bestehenden Schuldverhältnisse I (Dienstvertrag, Lebensversicherung), und für den Anspruch des Tertius gegen den Stipulanten aus dem zwischen diesen bestehenden Schuldverhältnisse II (etwa Darlehen, Schenkung, Vermächtnis) eine Simultantilgung einzuleiten (vgl. ACivPr. **107** 286 ff.). Schon die Frage, ob der Tertius von dem Promittenten fordern resp. diesem gegenüber die gemachte Leistung behalten kann, darf deshalb in letzter Linie nicht aus dem bloßen Dasein des Vertrags zugunsten Dritter, sondern nur aus der Beschaffenheit der causa I beantwortet

werden (§ 334). Und ebensowenig ist das Dasein des Vertrags zugunsten Dritter dafür entscheidend, ob der Tertius das vom Promittenten (auf causa I hin) Empfangene dem Stipulanten (oder dessen Erben oder Gläubiger) gegenüber behalten darf. Letzteres hängt vielmehr ganz allein von der Gültigkeit und dem Inhalte der causa II ab, ist z. B., wenn Anfechtung durch die Gläubiger des Stipulanten in Frage kommt, ganz danach zu bestimmen, ob causa II Schenkung oder Darlehen ist (KO. §§ 31, 32). Die Theorie von der Unantastbarkeit des dem Tertius aus dem Vertrage zugunsten Dritter erworbenen Rechtes ist in dem Gesetze nicht gegründet, sondern ein frei erfundenes juristisches Märchen. Die Möglichkeit, die Lebensversicherung zugunsten Dritter in gewissen, rechtspolitisch ungefährlichen Grenzen gegen Angriffe durch die Stipulantenseite zu sichern, bietet sich auch dann, wenn mit ihr eine liberale Zuwendung an den Tertius beabsichtigt wird; das BGB. erhält solche Zuwendungen häufig aufrecht, weil sie einer sittlichen Pflicht entsprechen (vgl. §§ 534 ff.). Soweit nun eine Lebensversicherung bezweckt, nächsten Angehörigen auch nach dem Tode des Erblassers den notwendigen Unterhalt zu sichern, wird man in ihr die Erfüllung einer sittlichen Pflicht finden können. Analogie erscheint deshalb als zulässig (vgl. §§ 8, 12 Anm. 74 des Grundrisses).

2. *Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter 116 ff., behandelt die Frage nach dem Vorkommen und der rechtlichen Ausgestaltung der Verträge zugunsten Dritter im Besitzrechte. Gewöhnlich werden im Sachenrechte nur Stellvertretungsgeschäfte, nicht aber Verträge zugunsten Dritter zugelassen. Dabei wird die große Ähnlichkeit der beiden Institute insbesondere der offenen, d. h. dem Gegenkontrahenten erkennbaren mittelbaren Vertretung sowie der vollmachtlosen Vertretung und den Verträgen zugunsten Dritter meist übersehen. Auch letztere Verträge können unter die Vertretungsgeschäfte fallen, insofern zwischen Drittem und Versprechensempfänger sehr wohl Auftrag oder Geschäftsführung bestehen kann. Die Ähnlichkeit der beiden Gebilde, die näher geprüft wird, ist eine besonders große bei den Leistungsgeschäften, wo die Grenze nahezu zu verwischen droht (vgl. 123 ff.). — Über Zessionsverträge zugunsten Dritter und ihre rechtliche Möglichkeit vgl. 140 ff.

3. Last, GrünhutsZ. **37** 615—698, bespricht den österreichischen Entwurf einer Novelle zum ABGB. und die Herrenhausbeschlüsse betreffend die Verträge zugunsten Dritter.

4. **RG.** I. JW. **11** 447. Unmittelbare Berechtigung der Klägerin, an welche nach dem Vertrage alle Zahlungen (des Lizenznehmers) zu entrichten sind und welche selbständig berechtigt sein soll, alle Rechte geltend zu machen und Prozesse zu führen. Dem steht nicht entgegen, daß die Klägerin den Vertrag als Bevollmächtigte einer anderen Firma (des Lizenzgebers) geschlossen hat und daß dieser Firma die fraglichen Leistungen materiell zukommen sollen.

5. **RG.** III. R. **11** Nr. 3172. Bei Parzellierung eines Grundstückskomplexes kann im Interesse der Erhaltung eines gemeinsamen Charakters der Gegend den einzelnen Parzellenkäufern eine Baubeschränkung mit der Wirkung auferlegt werden, daß die Beschränkung bezüglich aller zu dem Komplexe gehöriger Parzellen, und zwar nicht nur gegenüber dem Verkäufer, sondern auch gegenüber den bereits vorhandenen und noch hinzukommenden weiteren Erwerbern von Parzellen gelten soll. Eine solche Begründung von Rechten und entsprechenden Verpflichtungen zugunsten und zu Lasten dritter Personen, die zur Zeit des Vertragsabschlusses noch ungewiß sind, aber durch den Eintritt in einen gewissen Zustand, hier den Erwerb und den Besitz eines Grundstücks, bestimmt werden, ist auch nach dem Rechte des BGB. zulässig.

6. **RG.** V. R. **11** Nr. 1880. Ein unmittelbarer Rechtserwerb des Hypothekengläubigers ist anzunehmen, wenn in einem Grundstücksveräußerungsvertrag auf die Verpflichtung des Erwerbers, den Gläubiger zu befriedigen, noch der Satz folgt:

der Erwerber trete als Gesamtschuldner neben den bisherigen Schuldner, möge die Schuldübernahme seitens des Gläubigers genehmigt werden oder nicht, und unterwerfe sich dem Gläubiger gegenüber der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde. Anderenfalls hätte der Satz weder Zweck noch Sinn, denn eine Erfüllungsübernahme gegenüber dem Veräußerer sowie eine Vereinbarung gemäß § 415 enthält bereits die dem Satze vorausgehende Übernahmeerklärung.

7. OLG. **23** 46 (Hamburg). Der Kläger stand in einem Vertragsverhältnisse zur beklagten Droschkengesellschaft; entweder hat A., der die Droschke für sich und den Kläger angenommen hat, den Vertrag im eigenen und im Namen des Klägers geschlossen oder es liegt mindestens ein Vertrag zugunsten eines Dritten mit unmittelbarer Berechtigung des Klägers vor.

8. SächsOLG. **32** 268, LeipzZ. **11** 565 Nr. 4 (Dresden). Das Recht des Versprechensempfängers auf Leistung an den Dritten kann dann, wenn der Versprechensempfänger in Konkurs fällt, nicht einen Teil ihrer Konkursmasse bilden, denn aus diesem Rechte kann in die Konkursmasse nichts fließen.

§ 329. Abtretung und Pfändung des Schuldbefreiungsanspruchs. a) **RG.** II. JW. **11** 711 Nr. 8, LeipzZ. **11** 699 Nr. 15, R. **11** Nr. 3438. Der Anspruch auf Befreiung von einer Schuldenhaftung ist nicht abtretbar. Der Anspruch ist höchst persönlich. Mit der Abtretung würde er sich in einen Anspruch des Zessionars auf Leistung zugunsten eines Dritten, nämlich des Abtretenden wandeln (§ 328); denn dessen Befreiung soll doch nach wie vor herbeigeführt werden, er würde also seinen Inhalt verändern. b) Ebenso Reichel, LeipzZ. **11** 406, der den Anspruch für höchstpersönlich, nach § 399 Halbs. 1 für unabtretbar und, da die Schuldbefreiung kein pfändbares Objekt sei, für unpfändbar gemäß § 851 Abs. 2 ZPO. erklärt, auch dann, wenn es sich um den Gläubiger der Urschuld handelt. c) Dagegen OLG. **22** 387, DJZ. **11** 476 (KG.). Der Anspruch auf Befreiung von einer Schuld ist zwar nicht seitens eines Dritten, wohl aber seitens des Gläubigers der Urschuld abtretbar und pfändbar und geht auf Zahlung. Denn diese Abtretung zielt gerade auf die Erfüllung des zwischen dem ursprünglichen Schuldner und dem Übernehmer geschlossenen Vertrags ab und ist daher mit dem Inhalte der versprochenen Leistung gemäß § 399 vereinbar. d) OLG. **23** 16 (Celle). Zulässig ist die Abtretung der Ansprüche aus der Erfüllungsübernahme zwar nicht an einen beliebigen Dritten, so doch an den Gläubiger der Verbindlichkeit, deren Erfüllung übernommen wird. Eine Umgehung der Vorschriften über die Schuldübernahme findet dadurch nicht statt. e) LeipzZ. **11** 405 Nr. 1 (LG. Leipzig). Der Anspruch ist für den Gläubiger der Urschuld pfändbar, vorausgesetzt, daß die zur Erfüllung übernommene Schuld klar bestimmt (liquide) oder ohne weiteres bestimmbar ist.

§ 330. 1. **RG.** VII. R. **11** Nr. 3897. Die Lebensversicherung „zugunsten der Hinterbliebenen" ist in der Regel dahin zu verstehen, daß beim Ableben des Versicherten die Versicherungssumme den nächsten Familienangehörigen zufallen solle. Der Ausdruck „Hinterbliebene" hat nicht unmittelbare Beziehung zu erbrechtlichen Verhältnissen und zum Nachlasse, sondern bezieht sich auf das Band der Familienangehörigkeit.

2. **RG.** VII. JW. **11** 771 Nr. 39. Auslegung einer Police dahin, daß die Versicherungssumme zum Nachlaß und nicht den berufenen Erben persönlich gehöre. Da diese Auslegungsfrage objektiv ungewiß war, war die Versicherungsgesellschaft in jedem Falle berechtigt, zu hinterlegen (§ 372).

3. SeuffBl. **11** 552 (Stuttgart). Auslegung einer nach gemeinem Rechte zu beurteilenden Police (im Falle des Todes zugunsten der Ehefrau, event. der Kinder, event. der Erben, also nicht schlechthin zugunsten der Erben) dahin, daß der Ver-

sicherungsnehmer nicht etwa als bezugsberechtigt seine Erben im Sinne der Rechtsnachfolger bestimmen wollte, sondern daß er seinen Erben in gleicher Weise wie den in erster Reihe genannten Bezugsberechtigten, also als Dritten auf Grund des Vertrags die Versicherungssumme zuwenden wollte. Es liegt demnach ein Vertrag zugunsten Dritter vor, die Versicherungssumme fällt nicht in den Nachlaß des Versicherungsnehmers.

4. SeuffBl. **11** 552 (Stuttgart). Wenn der Dritte den Zeitpunkt des Erwerbes, d. h. den Tod des Versicherungsnehmers nicht erlebt, so fällt die Versicherungssumme in den Nachlaß des Versicherungsnehmers, da auch die Versicherungsbedingungen für diesen Fall nichts bestimmen.

5. Vgl. § 331.

§ 331. Literatur: Eckstein, Zur Auslegung des § 331 BGB. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Verträgen auf Leistung an Dritte, insbesondere Lebensversicherungsverträgen auf den Todesfall. GruchotsBeitr. **55** 751—789. — Lehmann, Wann untersteht ein Vertrag zugunsten Dritter den Vorschriften über die Schenkung auf den Todesfall? ABürgR. **36** 81—101.

1. *Eckstein. Im Regelfalle der Verträge auf Leistung an Dritte, die nach dem Tode des Versprechensempfängers zu erfüllen sind, erwirbt der Dritte trotz des anscheinend entgegenstehenden Wortlauts des § 331 das Recht auf die Leistung sofort mit dem Abschlusse des Vertrags; ein bedingtes Recht, nicht eine wesenlose Anwartschaft. Die Lebensversicherungsverträge auf den Todesfall bilden keine Ausnahme (758/62). Folgerungen für Pfändung, Konkurs usw. 762 ff., Schenkungsrecht 768 ff., Gläubigeranfechtung 774/80 (Schenkung erfolgt im Momente des Vertragsschlusses, diese Schenkung anfechtbar, nicht aber der Versicherungsvertrag selbst, bei Prämienversicherung Teilanfechtung nach dem Verhältnisse der innerhalb und außerhalb der Anfechtungsfrist liegenden Prämienzahlungen). War ein Dritter von vornherein nicht bestimmt, so erwirbt er das Recht erst mit der Bestimmung (780/1). Tritt er aber (etwa bei nachfolgender Geburt) neben einen schon Berechtigten, so gilt der Zeitpunkt von dessen Rechtserwerb auch zu seinen Gunsten (781). Bei Bedenkung „der Erben" erwerben diese das Recht sogleich, wenn beim Vertragsschlusse diese Bestimmung für den Versicherungsnehmer individualisiert war, sonst erst als Erben mit dem Todesfalle (788). Bei nachträglicher Bestimmung oder nachträglicher Geburt entsprechende Anwendung der obigen Grundsätze. Folgerungen für Nachlaßkonkurs (789).

2. *Lehmann. Ein Vertrag zugunsten eines Dritten ist nichtig, wenn er sich materiell als ein Schenkungsversprechen auf den Todesfall zugunsten des Dritten darstellt. →→ Lehmann hat diese seine Ansicht inzwischen als nicht haltbar erkannt. Er bemerkt selbst hierzu, daß die Gültigkeit eines Vertrags zugunsten eines Dritten von dem Kausalverhältnisse zwischen Stipulator und Dritten unabhängig ist. Fehlt es zwischen diesen an einer causa, so greifen §§ 812 ff. BGB. ein. Vgl. Kommentar der Reichsgerichtsräte § 328 Nr. 1. — Red. ←←

§ 335. Konkurs des Versprechensempfängers. Vgl. § 328 Nr. 8.

Vierter Titel. Draufgabe. Vertragsstrafe.

§§ 339 ff. Anwendungsfälle. 1. OLG. **23** 11 (Hamburg). Die in Schauspielerengagementsverträgen übliche Vereinbarung, wonach schon die Eingehung von Verpflichtungen trotz anderweit bestehenden Vertrags unter Strafe gestellt wird, ist kein Anwendungsfall der in den §§ 339 ff. behandelten Privatstrafe. Das BGB. regelt nur den Fall, daß der Schuldner dem Gläubiger eine Strafe für Nicht- oder nicht gehörige Erfüllung seiner Verbindlichkeit verspricht. Vorliegend wird aber die Strafe verwirkt, auch wenn der Vertrag pünktlich erfüllt ist. Damit fehlt auch der Raum für Anwendung von § 341 Abs. 3. Doch

ist es zulässig, solche Vereinbarung zu treffen. Die Tatsache, daß eine wirkliche Behinderung der Erfüllung des an zweiter Stelle abgeschlossenen Vertrags nicht erfordert wird, kann auch nicht als unbillige Härte angesehen werden.

2. OLG. **22** 84 e, R. **11** Nr. 696 (München). Die Vergütung einer Jahresprämie, welche der Antragsteller einer Lebensversicherung bei Nichterfüllung der im Versicherungsantrag übernommenen Verpflichtungen (ärztliche Untersuchung und Einlösung der Police) als Entschädigung für die durch ihn verursachten Kosten und Arbeiten zu zahlen verspricht, ist eine Vertragsstrafe.

3. Schultz, GewuKfmG. **16** 332—337. Auf die in den Anstellungsverträgen der Wach- und Schließgesellschaften üblichen Bestimmungen, über den Verfall der Kaution zugunsten des Unterstützungsfonds bei Vertragswidrigkeiten des Wächters finden die Vorschriften §§ 339 ff. analoge Anwendung, insbesondere § 343.

§ 339. I. Vertragsstrafe bei Verbindlichkeiten, die auf ein Tun gerichtet sind. Zuwiderhandlung. 1. Bei Vertragsanfechtung. **RG.** I. **75** 333, JW. **11** 441 Nr. 2. Der für Verbindlichkeiten, die auf ein Tun gerichtet sind, erforderliche Verzug kann nicht vorliegen, wenn der Gläubiger den Vertrag anficht und hierdurch dem Schuldner erklärt, daß er den Vertrag seinerseits für nichtig ansehe, die Wiederherstellung des früheren Zustandes vor dem Vertragsabschluß und Schadensersatz verlange. Mit der Vertragsanfechtung ist eine rechtswirksame Mahnung nicht vereinbar. Vgl. oben § 284 Nr. 1.

2. **RG.** III. DJZ. **11** 537. Die Beklagte hatte sich verpflichtet, eine zu liefernde Anlage bis zu einem bestimmten Termin „in Betrieb zu setzen" und für die Nichteinhaltung des Termins erhebliche Vertragsstrafen zu zahlen. Der Vertrag ist nach §§ 133, 157 dahin auszulegen, daß die Vertragsstrafe nur bis zu dem Termine zu zahlen ist, bis die Beklagte eine Anlage liefere, deren Prüfung möglich wäre, nicht aber bis es ihr gelinge, die im Vertrage vorausgesetzte Leistungsfähigkeit der Anlage zu erzielen, also nicht für die ganze Zeit, während der die abgelieferte Anlage noch nicht in jedem Punkte den vertragsmäßigen Anforderungen entsprechen würde.

3. OLG. **22** 204, R. **11** Nr. 2121 (Posen). Hat der Eigentümer des Gutes sich und seinen Rechtsnachfolger auf Jahre bei Strafe verpflichtet, 50—70 Morgen mit Zuckerrüben anzubauen, und diese unter bestimmten Bedingungen an die Klägerin abzuliefern und hat er später sein Gut verkauft, ohne daß der Käufer in den Rübenlieferungsvertrag eingetreten ist, hat aber die Klägerin mit dem Käufer einen neuen Rübenlieferungsvertrag abgeschlossen, so ist die Vertragsstrafe nicht fällig; denn der Beklagte hat nur eine durch Strafklausel gesicherte Gewähr dafür übernommen, daß die Klägerin die auf 50 Morgen gebauten Rüben zu den Bestimmungen des Vertrags geliefert erhalte, und dies ist geschehen.

II. Vertragsstrafe bei Unterlassungsverbindlichkeiten. 1. **RG.** VII. JW. **11** 38. Bei Unterlassungsverbindlichkeiten ist die Strafe mit der Zuwiderhandlung verwirkt, ohne Rücksicht darauf, ob den Zuwiderhandelnden ein Verschulden trifft oder nicht (so bereits **RG. 55** 78).

2. Auslegung dahin, daß sie nur bei einem bewußt rechtswidrigen Verhalten verfalle. **RG.** V. WarnE. **11** 469. Die Bestimmung, daß die zur Sicherung eines Unterlassens vereinbarte Vertragsstrafe mit der Zuwiderhandlung, d. h. ohne besonderes Verschulden eintritt, ist nicht zwingend, die Parteien sind nicht behindert, die Verwirkung der Strafe von einem Verschulden abhängig zu machen. Vorliegend — die eine Vertragspartei sollte nicht der anderen einen Kunden abspenstig machen — ist aus der Wahl des Wortes „Verleitung" sowie aus der ungewöhnlichen Höhe der Strafe zu entnehmen, daß sie nur verfallen sollte infolge eines bewußt rechtswidrigen Verhaltens, also nur, wenn

die Beklagte sich nicht im Zweifel darüber befand, daß die Kantine als Kundin der Klägerin anzusehen sei.

3. **RG.** VII. R. **11** Nr. 476. Hat eine Gesellschaft sich unter Vertragsstrafe von einem Lieferanten versprechen lassen, daß er den Angestellten der Gesellschaft keine Sondervorteile gewähre, so kann der Lieferant sich zu seiner Befreiung von jener Verpflichtung nicht darauf berufen, daß die Vorstandsmitglieder der Gesellschaft selbst solche Sondervorteile sich haben gewähren lassen, und ebensowenig darauf, daß die zeitweiligen Vorstandsmitglieder die Rechte der Gesellschaft aus dem Strafgedinge nicht mit dem gehörigen Nachdruck geltend gemacht haben.

4. OLG. **22** 205 γ, R. **11** Nr. 2120 (Braunschweig). Ist durch das Wettbewerbsverbot nur der Betrieb eines selbständigen Musikunternehmens verboten, so ist die unselbständige Beteiligung an dem Geschäft eines Dritten (Schwiegersohns) nicht verboten.

5. **RG.** II. LeipzZ. **11** 783 Nr. 2. Unzulässige „Beteiligung" an einem Konkurrenzgeschäfte durch Gewährung von Darlehen.

6. PosMSchr. **11** 65 (Marienwerder). Die Vertragsstrafe zur Erhaltung von Grundstücken in deutschem Besitze verfällt nicht, wenn das Grundstück in der Zwangsversteigerung einem Polen zugeschlagen wird. Denn die Verpflichtung des Eigentümers, das Grundstück nicht an bestimmte Personen zu veräußern oder zu verpachten, ist eine Unterlassungsverbindlichkeit, die nur durch eine Handlung des Verpflichteten verletzt werden kann.

III. Insbesondere die Umgehung von Konkurrenzklauseln. 1. **RG.** III. JW. **10** 279, WarnE. **3** 147. Ein auf Umgehung der Konkurrenzklausel gerichtetes Verhalten steht nach dem Grundsatze von Treu und Glauben einer unmittelbaren Verletzung derselben gleich. Die wirtschaftliche Verbindung der Erwerbstätigkeit zwischen Mann und Frau bewirkt es, daß das Verbot seinem Sinne und Zwecke nach übertreten wird, auch wenn formell die Frau die Inhaberin des Konkurrenzgeschäfts und der Mann nur Angestellter darin ist. Die Rechtsformen der Gütertrennung und der Eigentumsübertragung des Geschäfts auf die Ehefrau wurden vom Beklagten nur dazu mißbraucht, um das Recht des Klägers illusorisch zu machen (vgl. bereits JDR. **9** § 242 Nr. 3 c).

2. MecklZ. **30** 1 (Rostock). Eine Umgehung des Konkurrenzverbots liegt nicht schon deshalb vor, weil die Handlungsweise gegen Treu und Glauben verstößt. Die Umstände, daß der Beklagte, welcher verpflichtet war, eine Bäckerei weder im eigenen noch in fremdem Namen zu betreiben, in der neu auf Veranlassung des Beklagten errichteten Bäckerei seines Schwagers als Gehilfe tätig war und seine persönlichen Beziehungen zu seinen früheren Kunden benutzt hat, um sie dem Kläger abwendig zu machen, bezweckten nicht, den wirtschaftlichen Erfolg, den das Verbot verhindern wollte, durch das Verhalten des Beklagten herbeizuführen. Das Verbot trifft nicht etwa jedes Verhalten, das im praktischen Ergebnisse das Geschäft des Klägers in gleicher Richtung wie der Betrieb eines Konkurrenzgeschäfts zu schädigen geeignet ist. Die wirtschaftliche Beziehung zwischen Schwägern ist auch im allgemeinen nicht so nahe wie zwischen Eheleuten.

IV. Unzulässigkeit der Vertragsstrafe wegen minimalen oder gänzlich mangelnden Interesses des Berechtigten. 1. SeuffBl. **11** 403, R. **11** Nr. 2514 (München). Aus dem Geiste des BGB. (vgl. insbes. die §§ 320 Abs. 2, 459 Abs. 1 Satz 2, 468 Satz 2, 498 Abs. 2 Satz 2, 542 Abs. 2, 634 Abs. 3) ist der allgemeine Rechtssatz zu entnehmen, daß die Ausübung eines Rechtes dann ausgeschlossen ist, wenn das Interesse des Berechtigten nur als ein unbedeutendes erscheint. Dies trifft insbesondere auch dann zu, wenn die Verspätung einer Leistung eine so unbedeutende war (14 Tage), daß das Interesse des Gläubigers an dem Zeitunterschiede nicht in Betracht kommt.

Die Geltendmachung einer hohen Vertragsstrafe in einem Falle, in dem der Berechtigte nur ein derartig minimales Interesse nachweisen kann, verstößt zudem gegen die guten Sitten.

2. OLG. 22 205 β, LeipzZ. 11 77 Nr. 2, R. 11 Nr. 31 (Braunschweig). Ein weder zeitlich noch örtlich beschränktes Wettbewerbsverbot ist nichtig, da der Versprechensempfänger an einem so wenig beschränkten Verbote kein Interesse hat.

3. Wegfall des Interesses. OLG. 22 206, R. 11 Nr. 2122 (Naumburg). 1903 verkaufte der Beklagte sein Grundstück mit Warengeschäft dem Schlosser X. und verpflichtete sich bei Strafe, 6 Jahre lang in A. kein solches Geschäft zu betreiben. Nachdem 1907 das Grundstück dem Bergfiskus zugeschlagen wurde und X. wieder Schlosser geworden war, betreibt Beklagter in A. wieder ein Warengeschäft. X. hat keinen Anspruch auf die Vertragsstrafe, da er kein Geschäft mehr betreibt und auch keine Mittel zur Errichtung eines neuen Geschäfts, also kein Interesse mehr an dem Verbote hat.

§ 340. *Hörle, Abzahlungsgeschäfte, GruchotsBeitr. **55** 183. Im Falle des § 4 Abs. 1, § 2 AbzG. ist § 340 Abs. 2 nicht anwendbar.

§ 341. 1. **RG.** II. LeipzZ. **11** 843 Nr. 14. Teilweise Nichterfüllung kann sich als Erfüllung „nicht in gehöriger Weise" darstellen; so wenn jedes Jahresquantum (Bier) eine selbständige Einheit bildet; „bei jedem Zuwiderhandeln", also jedesmal bei Nichtbezug des betreffenden Jahresquantums, war die Strafe zu zahlen. Erblickte die Klägerin bei der Jahresabrechnung in dem, was der Beklagte bezüglich des Jahres durch den Bierbezug geleistet hatte, die Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtung, so war auch § 341 Abs. 3 anwendbar.

2. Abs. 3. **a)** Vorbehalt, auch wenn bereits ein Rechtsstreit der Parteien über die Vertragsstrafe anhängig ist. **RG.** III. GruchotsBeitr. **55** 899, LeipzZ. **11** 382 Nr. 19, JW. **11** 400 Nr. 8, WarnE. **11** 249, R. **11** Nr. 1516. Das RG. hält an der strengen Auslegung der Worte „bei der Annahme" fest. Der Ansicht Rehbeins BGB. II 239, daß, wenn auf die Strafe einmal geklagt sei, der Anspruch durch Annahme ohne Vorbehalt nicht mehr verloren gehen könne, kann für das Recht des BGB. nicht beigetreten werden. Daher ist der Vorschrift des § 341 Abs. 3 nicht Genüge geschehen, wenn der die Vertragsstrafe betreffende, zunächst als Feststellungsklage erhobene Prozeß bis zu dem Tage der Annahme der Erfüllung und darüber hinaus fortgeführt worden ist, ohne daß bei jener Annahme der Vorbehalt gemacht wurde. Dem KG., welches darin die stete Wiederholung des Vorbehalts erblickt und diese genügen läßt, ist nicht beizutreten. **b)** OLG. **22** 207, R. **11** Nr. 2123 (Rostock). Vorbehaltlose Annahme der Erfüllung liegt vor, wenn der Milchabnehmer, dem der Produzent beim Nachweis einer Fälschung 5 M. Strafe für den Liter versprochen hatte, den Empfang der Milch stets in das nach dem Vertrage geführte Milchbuch des Lieferanten eintrug und sie dann in seinem Betriebe verarbeitete. Dagegen gab er zu erkennen, daß er die Leistung als eine dem Vertrag entsprechende Erfüllung annehme. Darin, daß er wegen des von ihm gehegten Verdachts der Verfälschung die Untersuchung von Milchproben veranlaßte, um event. die Strafe fordern zu können, liegt kein Vorbehalt, wie ihn der § 341 Abs. 3 fordert. **c)** **RG.** I. WarnE. **11** 182, R. **11** Nr. 3439. Eine Annahme als Erfüllung, die den Anspruch auf die Vertragsstrafe ausschließt, kommt nicht nur beim Kaufe in Frage, sondern auch dann, wenn auf Grund eines Transport- oder Dienstvertrags der Empfangsberechtigte die Leistung annimmt und zu seinen Gunsten weiter darüber verfügt. **d)** OLG. **23** 11 (Hamburg). Die Bestimmung ist bei der in Schauspielerengagementsverträgen üblichen Vereinbarung einer Vertragsstrafe für Doppelengagements nicht anwendbar. Vgl. zu §§ 339 ff. Nr. 1.

§ 343. 1. OLG. 23 12 (KG.). § 343 enthält zwingendes Recht, vertragsmäßiger Verzicht auf richterliche Ermäßigung ist nichtig.

2. SeuffA. **66** 444 (Hamburg). Beispiel der Herabsetzung einer Vertragsstrafe eines Angestellten (Ingenieur einer Maschinenbauaktiengesellschaft).

3. GewuKfmG. **16** 386 (LG. Breslau) billigt eine Vertragsstrafe von 10 000 M. gegen einen Bankbeamten bei Verletzung des Konkurrenzverbots zu.

Fünfter Titel. Rücktritt.

Literatur: Hörle, Abzahlungsgeschäfte. GruchotsBeitr. **55** 177 ff.

§ 346. 1. **RG.** II. LeipzZ. **11** 698 Nr. 12. Nachdem der Rücktritt erklärt war, war der Vertrag aufgehoben. Der Beklagte konnte daher den Vertrag nicht dadurch wieder herstellen, daß er einseitig auf das Rücktrittsrecht, das bereits seine Wirkung ausgeübt hatte, verzichtete. Hierzu hätte es der Übereinstimmung der Willen beider Parteien bedurft.

2. Abs. 2. a) **RG.** III. JW. **11** 756 Nr. 11, SächsRpflA. **11** 445. Im Falle der Unmöglichkeit der Rückgewähr der empfangenen Leistung ist — dies gilt allgemein — deren Wert zu vergüten. b) **RG.** III. JW. **11** 756 Nr. 11, Sächs. RpflA. **11** 445, R. **11** Nr. 2839. Der Rückgewährsanspruch des Unternehmers beim Werkvertrag umfaßt nicht seine zur Herstellung des Werkes geleisteten Dienste und gemachten Ausgaben. (Kann das hergestellte Werk — ein Bohrloch — nicht zurückgewährt werden und ist der ausgeführte Teil des Werkes wertlos, so ist der Rückgewährsanspruch des Unternehmers inhaltlos.)

Anhang zum fünften Titel. Abzahlungsgeschäfte.

I. *Hörle, GruchotsBeitr. **55** 177 ff. 1. Die dispositiven Vorschriften über den Rücktritt (§§ 346 ff.) sind auf Abzahlungsgeschäfte nur insoweit anwendbar, als das Abzahlungsgesetz das Verhältnis nicht selbst geregelt hat und sein sozialpolitischer Zweck nicht verletzt, also die rechtliche und wirtschaftliche Lage des Käufers nicht ungünstiger gestaltet wird (187).

2. Rücktritt. Das Rücktrittsrecht geht durch Verzicht jedesmal dadurch verloren, daß der Verkäufer eine Abschlagszahlung auf eine fällige Rate ohne Vorbehalt annimmt. Umfaßt das Abzahlungsgeschäft mehrere Gegenstände, so kann der Verkäufer nicht in Ansehung nur einzelner beliebiger Gegenstände zurücktreten (188). Das AbzG. schließt den Rücktritt nicht aus, wenn nach dem Vertragsschlusse sich infolge neuer Umstände die Natur des Rechtsgeschäfts derart ändert, daß das Festhalten an ihm auf seiten des anderen Teiles sich als Schikane oder als wucherische Ausbeutung darstellt oder der andere Teil widerrechtlich oder illoyal den wirtschaftlichen Endzweck des Rechtsgeschäfts vereitelt (188, 189). Wegen der besonderen Rechtsfolge s. 198. Die Erklärung des Rücktritts unter einer Bedingung oder „eventuell" ist unwirksam (188). Auch die bedingte Erklärung eines unbedingten Rücktritts bleibt ein bedingter Rücktritt (213). Wegen der prozessualen Folgen s. unter Ziff. 5.

3. Eigentumsvorbehalt. Der Eigentumsvorbehalt hat nach § 455 BGB. aufschiebende Wirkung, wenn im Vertrage nicht ein anderes bestimmt ist (190). Der Käufer wird mit dem Wegfalle des Sicherungsgrundes (Zahlung des Restkaufpreises und Erfüllung der sonstigen durch den Eigentumsvorbehalt gesicherten Verbindlichkeiten, Verzicht hierauf, Hinterlegung nach §§ 372, 376 Abs. 2, 378 BGB., Verjährung) von Rechts wegen Eigentümer der Sache (190, 191). Der Verkäufer trägt zwar den Eigentumsverlust (periculum rei), aber mit der tatsächlichen Übergabe geht die Gefahr im Sinne des § 446 BGB. (periculum obligationis) auf den Käufer über (191). Zurücknahme der Sache im Sinne des § 4 AbzG. ist nicht nur ihre tatsächliche Entziehung aus dem Besitze des Käufers, sondern auch

jede auf diese Entziehung gerichtete Geltendmachung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache oder ihres Surrogats (193). Einzelfälle: daselbst.

4. Rechtsfolgen des Rücktritts oder der Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts. Mit dem Zugehen der Rücktrittserklärung bzw. der Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts wird das Vertragsverhältnis nach rückwärts (ex tunc) aufgelöst und es entsteht ein neues auf Rückgewähr gerichtetes Rechtsverhältnis mit den aus §§ 1, 2, 3, 5 AbzG., 455, 985, 348 Satz 2 BGB. sich ergebenden Wirkungen. Die Ansprüche aus der Zeit nach dem Rücktritte richten sich nach §§ 987 ff. BGB. (198, 199). Rechtsfolgen, wenn der Abzahlungsvertrag nicht infolge Rücktritts nach §§ 1, 5 AbzG. aufgelöst wird (199 ff.). — Zu § 2 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 AbzG.: Verschulden des Käufers liegt auch in einem vertragswidrigen oder in einem der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht entsprechenden Gebrauche, Benutzung, Bewahrung und Erhaltung der Sache. Die vom Käufer zu vertretenden Beschädigungen der Sache durch Dritte oder durch äußere Einwirkungen richten sich nach §§ 278, 831 ff., 833 ff., 836 ff. BGB., Art. 95 EG. (203). — Der die Verkehrsverminderung enthaltende Gebrauchs- oder Benutzungswert ist grundsätzlich gleich dem ortsüblichen Durchschnittspreise für die mietweise Überlassung der Sache. Der Maßstab der Verkehrswertminderung ist aber ein relativer. Besteht kein ortsüblicher Durchschnittspreis oder trifft er im einzelnen Falle nicht zu, so hat der Richter den Wert des § 2 Abs. 1 Satz 2 AbzG. zu ermitteln. Wegen der einzelnen Wertsteile und ihrer Reduktion infolge des Genusses der Zinsen aus den bezahlten Raten s. 206 ff.

5. Klaganträge. Das Abzahlungsgesetz berechtigt den Verkäufer nur, bei Nichterfüllung der Verbindlichkeiten des Schuldners anstatt der Erfüllung vom Vertrage zurückzutreten (212). Die Rücktrittserklärung ist nicht bloße Prozeßvoraussetzung, sondern gehört zu den materiell-rechtlichen Erfordernissen der Geltendmachung des Rückgewähranspruchs (216). Vor der Rücktrittserklärung fehlt die zur quantitativen Feststellung des Anspruchs aus §§ 1, 2, 3 AbzG. erforderliche Grundlage und die Möglichkeit der Scheidung der in die Zeit vor und nach Vertragsauflösung fallenden, nach verschiedenen Rechtsgrundsätzen zu beurteilenden Ansprüche, also auch des Erlasses eines den vorhandenen Streitstoff erledigenden Urteils (217, 218). Daher ist der Klaganspruch auf Zahlung des Kaufpreises oder Herausgabe der Sache, oder auf Zahlung und eventuell oder in zweiter Linie oder für den Fall, daß der Beklagte vermögenslos oder pfandlos oder die Zwangsvollstreckung gegen ihn fruchtlos ist, auf Herausgabe der Sache, oder auf Zahlung des Restkaufpreises und für den Fall, daß Zahlung nicht erfolgt oder Zwangsvollstreckung erfolglos ausfällt, zuzulassen, daß die Sache zur Befriedigung des Klägers für die Restforderung im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert werde, unzulässig. Der Anspruch auf Herausgabe ist abzuweisen, dem Antrag auf Zahlung stattzugeben. Ist dagegen in der Klageschrift der Rücktritt vom Vertrag unzweideutig erklärt, so ist die Klage auf Zahlung abzuweisen, dem Antrag auf Herausgabe der Sache aber unter Beobachtung der §§ 1, 2, 3 AbzG. stattzugeben (212 ff., 219).

6. Wegen des Versäumnisverfahrens s. *Hörle zu § 331 ZPO.

II. KGBl. **11** 124 (LG. I Berlin). Anspruch auf Zahlung und Anspruch auf Herausgabe der Sachen stehen dem Abzahlungsverkäufer niemals gleichzeitig nebeneinander zu. Die Geltendmachung des Erfüllungsanspruchs schließt die Geltendmachung des Rücktrittsrechts aus und umgekehrt.

§ 348. **RG.** I. **75** 199, JW. **11** 320 Nr. 9, LeipzZ. **11** 294 Nr. 1, R. **11** Nr. 1517. Der Schuldner, der aus seinem auf Grund eines durch Rücktritt aufgehobenen Kausalgeschäfts gegebenen Wechsels belangt wird, und auf Grund des Rücktritts Rückgabe des Wechsels verlangt oder auf Unzulässigkeit der Vollstreckung klagt, kann mit der Einrede des Rücktritts allein nicht gehört werden, muß vielmehr zu-

gleich die Erfüllung seiner sich aus dem Rücktritt ergebenden Rückgewährsverpflichtungen anbieten.

§ 349. Wem gegenüber ist der vorbehaltene Widerruf des Prozeßvergleichs zu erklären, wenn hierüber nichts vereinbart ist? OLG. **23** 156, SeuffBl. **11** 42 (München). An sich ist gemäß § 349 der Widerruf dem Gegner gegenüber zu erklären, diese Vorschrift ist aber dispositiver Natur. Nach der im hiesigen Bezirke (München) seit langen Jahren herrschenden Übung ist anzunehmen, daß wenn ein Prozeßvergleich keine ausdrückliche Bestimmung darüber enthält, wem gegenüber der Widerruf zu erklären ist, als stillschweigend vereinbart anzusehen ist, daß der Widerruf jedenfalls auch gegenüber dem Prozeßgericht erfolgen kann; denn es ist an sich das Nächstliegende, daß ein bei Gericht geschlossener Vergleich auch dort zu widerrufen ist.

§ 351. **RG.** II. LeipzZ. **11** 216 Nr. 14, R. **11** Nr. 3434. Die Beweisregel des § 282 gilt im Falle des § 351 ➠ § 355 ist Druckfehler. Red. ⬅ nicht nur bei Unmöglichkeit der Herausgabe, sondern auch bei wesentlicher Verschlechterung der Sache.

§ 360. **RG.** V. LeipzZ. **11** 927 Nr. 19. Die Begriffe „Verwirkungsklausel" und „Ausschlußfrist" schließen sich gegenseitig nicht aus. Wenn vertragsmäßig ein Rechtsnachteil, insbesondere der Verlust eines Anspruchs, für den Fall der Versäumung einer Frist vereinbart ist, so handelt es sich hierbei stets um eine sog. Verwirkungsklausel; mit einer solchen Klausel ist es aber durchaus vereinbar, daß die festgesetzte Frist als Ausschlußfrist und nicht bloß als Verjährungsfrist, d. h. als eine Frist gemeint ist, deren Versäumung nicht nur eine Einrede gegen den Anspruch erzeugt, sondern das Erlöschen des Anspruchs zur Folge hat. Es wird sogar die Regel bilden, daß die in einer Verwirkungsklausel bestimmte Frist zur Vornahme einer Handlung gerade als Ausschlußfrist gemeint ist.

§ 361. Literatur: Heuer, Über Vertragsklauseln in bezug auf Abladung und Verschiffung des Kaufgegenstandes im überseeischen Handelsverkehr. LeipzZ. 11 102—118.

1. **RG.** VII. R. **11** Nr. 2840. Kein Fixgeschäft bei Vereinbarung „lieferbar bis 31. Oktober d. J. ohne Nachfrist". Auf den Verzicht der Nachfrist legt das KG. mit der zutreffenden Erwägung, daß ein solcher Verzicht auch bei Handelsgeschäften, die keine Fixgeschäfte sind, möglich und üblich sei, kein entscheidendes Gewicht.

2. Feste Abladefristen im überseeischen Handelsverkehre. a) SeuffA. **66** 388, HansGZ. **11** Hptbl. 181 (Hamburg). Kein Fixgeschäft, wenn ein Kaufvertrag mit der Klausel „August-September-Abladung von Australien" geschlossen wird. Vgl. wegen der Bedeutung der Klausel ferner § 326 Nr. VI 5. b) Hiergegen Heuer, LeipzZ. **11** 106. Kauf mit fester Abladefrist ist nach stillschweigender Vereinbarung als Fixgeschäft anzusehen, so daß der Käufer bei versäumter Abladefrist gemäß § 376 HGB. ohne weiteres und ohne Berücksichtigung des § 326 BGB. zurücktreten kann.

Dritter Abschnitt. Erlöschen der Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Erfüllung.

Vorbemerkung: Zu § 368.

1. Zum Quittungsbegriffe liegen verschiedene Äußerungen vor. Aus dem Nachlasse Bülows hat Regelsberger einen wertvollen Aufsatz des Gelehrten veröffentlicht (Nr. I 1). Bülow vertritt die Beweismitteltheorie. Auf demselben Standpunkte steht wie immer die Praxis (Nr. I 4 und 5). Lütkemann schließt sich dagegen der Bährschen Theorie an (Nr. I 2), während Zaeschmar im wesentlichen den Vermittelungsstandpunkt von Enneccerus (pactum de non petendo) teilt (Nr. I 3).

2. Zu der interessanten und praktisch wichtigen Frage der Behandlung wahrheitswidriger Vorausquittungen bei Hypothekendarlehen äußern sich Bollenbeck, Josef und Lütkemann (Nr. II). Eine klärende Entscheidung des **RG.** wäre wünschenswert.

§ 362. Literatur: Hartung, Einzahlung auf Postscheckkonto zur Erfüllung einer Geldschuld, SächsRpflA. 11 190. — Stampe, Aus einem Freirechtslehrbuch (II. Simultantilgung von Geldschulden), AZivPrax. **107** 274—315 (283 ff.).

1. *Stampe behandelt die Simultantilgung von Geldschulden. Neben der gewöhnlichen solutio gibt es Simultanerfüllungsgeschäfte, welche die Aufgabe haben, mehrere gleich hohe Ansprüche gleichartigen Inhalts, namentlich Geldforderungen, so zu tilgen, daß entweder gar keine Effektivleistung oder doch nur eine dem Betrage der Einzelforderung entsprechende Effektivleistung gemacht wird. Ohne jede Effektivleistung arbeiten die Verrechnungsverfahren (Aufrechnung, Kontokorrentaufrechnung, Skontration). Durch eine Einfachleistung (datio simpli) erfolgt die Simultantilgung in den Verfahren mit abstrakter Leistung (auf Anweisung, Wechsel, Scheck), mit Drittleistung (auf Vertrag zugunsten Dritter), resp. mit Drittzahlung (§ 267), zu welcher letzteren ebenfalls im voraus eine Pflicht (z. B. durch Bürgschaft) begründet werden kann. Mittels eines Einfachversprechens (promissio simpli) tritt Simultantilgung ein bei privativer Schuldübernahme und bei (abstrakter) Leistungsübernahme; für letztere bildet die Umschreibung im Giroverkehre das Hauptbeispiel. — Die Abhandlung bezweckt (ebenso wie die übrigen neuerlichen Schriften des Ref.: Rechts- und Begriffsbildung 1907, Freirechtsbewegung 1911, Grundriß der Wertbewegungslehre 1911. Vgl. §§ 241 ff. Nr. I 1 a—c), die Rechtsinstitute mehr, als es bisher üblich war, in dem Zusammenhang, in welchem sie mit anderen stehen, und nach den Funktionen, die ihnen zugeteilt sind, zu betrachten. Verf. erblickt hierin das Mittel, um erfolgreich die mißbräuchlichen Verwendungen zu bekämpfen, die manche der genannten Rechtsinstitute, namentlich der Wechsel und der Vertrag zugunsten Dritter, noch immer unter dem Schutze der Gerichtspraxis erfahren.

➠ Von den Ergebnissen, zu denen Stampe gelangt, sei noch ergänzend folgendes hinzugefügt: a) Die Zweiteilung des Erfüllungsgeschäfts in Leistungsakt und Erfüllungsabrede entfällt nur bei den Verrechnungsgeschäften; hier steht ein Leistungsakt nicht in Frage. b) Als Erfüllungsabrede genügt einseitige Willenserklärung nur dort, wo ein Recht auf den Tilgungsmodus kraft Gesetzes besteht, wie bei der gewöhnlichen Aufrechnung nach § 387 und bei der Drittzahlung nach § 267; oder wo ein solches Recht durch generellen Vertrag vorher eingeräumt wurde, wie bei der Umschreibung, der Kontokorrentaufrechnung und der Skontration. In allen anderen Fällen ist die Erfüllungsabrede Vertrag. c) Der Inhalt der Erfüllungsabreden ergibt sich für die Geschäfte mit einfacher Barzahlung (datio simpli) und für die Schuldübernahme ohne weiteres: bei der Zahlung durch Dritte ist ein Vertrag nur zwischen dem Dritten und dem Schuldner, bei der Drittleistung ist außerdem ein Vertrag zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger erforderlich, bei der Schuldübernahme sind zwei Verträge zwischen Schuldner und Übernehmer und Übernehmer und Gläubiger erforderlich. Anders bei der Umschreibung; hier enthält die Abrede, die derjenige Girokunde (S.), welcher im Wege der Umschreibung tilgen will, gegenüber der Girobank (M.) abgibt, die Erklärung, er übe sein (auf dem Girovertrage S.-M. beruhendes) Recht aus, von der Bank Tilgung ihrer Guthabenschuld durch Leistungsübernahme gegenüber dem Girokunden T. zu fordern; und die Abrede des S. mit dem T. besteht in der Erklärung des S., er mache von seinem (auf dem Girovertrage M.-T. beruhenden) Rechte Gebrauch, die Forderung T.:S. durch die Leistungsübernahme T.:M. zu begleichen (301, 314). — Bei den Verrechnungsgeschäften besteht die Erfüllungsabrede in der Verrechnungs-

erklärung, also in der Erklärung, man stelle (kraft gesetzlichen oder vertragsmäßigen Rechtes) bestimmte Schuldposten gegen andere bestimmte Schuldposten zur Verrechnung. Sie verlautbart sich in der Aufrechnungserklärung, in der Einstellung ins Kontokorrent und in der Einreichung des Abrechnungsblatts. — Red. ←

2. Einzahlung bei der Bank. SchlHolstAnz. **11** 126 (Kiel). Die Einzahlung eines Betrags seitens des Schuldners bei einer Bank auf den Namen des Gläubigers, der bei der Bank kein Konto hat, und die Benachrichtigung des Gläubigers hiervon seitens der Bank enthält das Angebot, an Stelle des Schuldners die Bank als Schuldnerin anzunehmen. OLG. Kiel verneint, daß der Gläubiger, der, von der Bank am 10. Juli benachrichtigt, hierauf schwieg und am 17. Juli auf der Bank erschien, um das Geld abzuholen, aber zu spät, da die Bank inzwischen ihre Zahlungen eingestellt hatte, das Angebot angenommen habe. Sein Schweigen kann nicht als Genehmigung gelten. Er hat das Angebot der Bank nur für den Fall und erst dann annehmen wollen, wenn ihm das Geld ausgehändigt wurde.

3. Einzahlung auf Postscheckkonto. Hartung, SächsRpflA. **11** 190. Die Einzahlung ist an sich nur Leistung an Erfüllungsstatt, dagegen Erfüllung, wenn vorher ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart.

4. Beweislast. **RG.** JDR. **9** Nr. 3 jetzt auch GruchotsBeitr. **55** 85.

5. **RG.** VI. R. **11** Nr. 2841. Wer irrtümlich statt an seinen Gläubiger an einen Dritten zahlt, wird von seiner Verpflichtung nicht frei. Andererseits ist er zur Rückforderung berechtigt, auch wenn sein Gläubiger die Zahlung genehmigt; es sei denn, daß der Zahlende selbst auch seinerseits zustimmt. Diese Zustimmung ist noch nicht darin zu finden, daß der Zahlende sich die etwaige Forderung des Gläubigers gegen den Dritten abtreten läßt.

§ 363. 1. **RG.** II. R. **11** Nr. 2131. Die Annahme als Erfüllung setzt kein Anerkenntnis der Tadellosigkeit der Leistung voraus, falls nicht etwa die Parteien mit dem über die Abnahme Vereinbarten einen besonderen Sinn verbunden haben sollten. Vielmehr ist, wie schon aus der Vorschrift des § 464 BGB. hervorgeht, die Annahme als Erfüllung sehr wohl vereinbar mit gleichzeitigen Vorbehalten und Mängelrügen.

2. **RG.** II. LeipzZ. **11** 60 Nr. 12. Da die Beklagte den Wasserreiniger als Erfüllung im Sinne des § 363 BGB. angenommen hatte, war sie beweispflichtig für den Mangel und die Vertretungspflicht der Klägerin (Lieferantin); **RG. 57** 400, **66** 281. Hatte aber Beklagte selbst eine Veränderung in dem beim Vertragsschlusse zugrunde gelegten zu verwendenden Speisewasser vorgenommen, so erstreckte sich ihre Beweispflicht dafür, daß Klägerin das Angefressensein der Armaturen zu vertreten habe, auch darauf, daß das veränderte Wasser nicht gegenüber dem bei Vertragsschluß zugrunde gelegten Wasser auf die Armaturen ungünstig eingewirkt habe.

3. **RG.** II. JDR. **9** Nr. 1 jetzt auch GruchotsBeitr. **55** 87, ElsLothJZ. **11** 168 Nr. 13.

§ 364. Vgl. zu § 515.

§ 366. 1. OLG. **22** 169, R. **11** Nr. 2126 (Rostock). Dauerndes offenes Rechnungsverhältnis von Gläubiger und Schuldner berechtigt zu der Annahme, daß Zahlungen des Schuldners ununterschieden auf alle Forderungen des Gläubigers erfolgen sollen.

2. WürttRpflZ. **11** 105 (Stuttgart). Das Alter einer Schuld richtet sich nach der Zeit ihrer Entstehung. Auf die Zeit der Erlassung des Urteils kommt es nicht an, weil nach jetzigem Rechte im Gegensatze zum römischen Rechte das Urteil regelmäßig und jedenfalls bei Leistungsklagen keine Rechte erzeugt, keine neue Forderung begründet, sondern feststellt, daß eine Forderung besteht.

3. OLG. **22** 290 (KG.). § 366 ist bei Rückstand mehrerer Mietraten nicht anwendbar, der Mietvertrag begründet nur ein einziges Schuld-

verhältnis; durch die Vorschrift, daß die Miete in bestimmten Zeitabschnitten zu entrichten ist, hat das Gesetz keine Mehrheit von Schuldverhältnissen geschaffen. **RG. 57** 99 steht hiermit im Einklange.

4. **RG.** VI. R. **11** Nr. 697. Leistet der Bürge für den Hauptschuldner Zahlung, ohne hervorzuheben, daß er die verbürgte Schuld zahlen wolle, so ist gleichwohl die Zahlung auf diese Schuld und nicht auf andere, wenn auch ältere nicht verbürgte Schulden anzurechnen, selbst wenn der Bürge diese anderen Schulden gekannt hat. Der Bürge kommt nicht als unbeteiligter Dritter, nicht bloß als der Beauftragte des Schuldners, sondern auch als Bürge in Betracht und es kann keinem Zweifel unterliegen, daß er mit den Zahlungen zunächst diejenigen Kaufpreisschulden tilgen wollte, für die er sich verbürgt hatte.

5. Zahlung öffentlich-rechtlicher Beträge. OLG. Kiel JDR. **9** Nr. 3 jetzt auch OLG. **22** 208.

§ 368. Literatur: Bollenbeck, Vorausquittung bei Hypothekendarlehen, DNotV. **10** 657—672. — Bülow, Zur Lehre von der rechtlichen Natur der Quittung (aus seinem Nachlasse herausgegeben von Regelsberger), JheringsJ. **59** 1—19. — Josef, Unrichtiges Bekenntnis erhaltener Hypothekendarlehns-Valuta und Erwerb der fälligen Hypothek durch einen neuen Geldgeber, BayRpflZ. **11** 329—332. — Lüttkemann, Wahrheitswidrige Empfangsbekenntnisse oder sogenannte Vorausquittungen insbesondere bei Darlehnshypotheken, ZBlFG. **11** 513—535. — Zaeschmar, Zur Lehre von der Quittung. Leipzig. A. Lewentz.

I. Rechtliche Natur der Quittung. 1. Bülow, JheringsJ. **59** 1—19. Die Quittung im Sinne des BGB. ist niemals der Ausdruck eines Vertrags, weder eines privatrechtlichen Anerkenntnisses noch eines prozessualischen Beweisvertrags. Sie ist ohne Ausnahme nichts weiter als ein der freien Beweiswürdigung unterstehendes Beweismittel für die Tatsache der Schulderfüllung, ein bloßes Schulderfüllungsgeständnis. Zwar wird zuweilen ein privatrechtlicher Vertrag, ein Anerkenntnis oder ein Schulderlaßvertrag in die Form eines die Schulderfüllung bezeugenden Geständnisses gekleidet. Aber in diesen seltenen Fällen liegt in Wirklichkeit eine ernstgemeinte Quittung nicht vor, sondern die Hülle für einen abgeschlossenen privatrechtlichen Vertrag. Diese Erscheinung scheidet aus der Prüfung der Frage nach der rechtlichen Natur der Quittung aus.

2. Lüttkemann, ZBlFG. **11** 513—535, schließt sich der Bährschen Anerkennungsvertragstheorie an. Es gibt auch mündliche Quittungen.

3. *Zaeschmar. Bei der Frage nach der rechtlichen Natur der Quittung ist nicht davon auszugehen, wie es die meisten tun, ob der Wille der Parteien sich auf die Rechtsfolgen richte, die an die Verträge, die die Quittung nach den einzelnen Theorien enthalten soll, geknüpft werden (26). Denn ein derartiger Rechtsfolgewille gehört nicht zu den Voraussetzungen des Rechtsgeschäfts. Der zum Vorliegen eines jeden Rechtsgeschäfts notwendige und ausreichende Wille ergibt sich, wenn man allen Handlungen, die von jeher Verkehr und Wissenschaft als Rechtsgeschäfte angesehen haben, das ihnen gemeinsame Willensmoment abstrahiert. Das ist der Wille, daß sich an die Parteihandlung irgendeine Rechtsfolge knüpfe. Diesen Willen haben die Quittungsparteien. Hieraus folgt jedoch noch nicht, daß die Quittung einen Vertrag enthält, da der gekennzeichnete Wille sich auch mit der Schaffung eines Beweismittels decken würde. Die Natur der Quittung ergibt sich, wenn man davon ausgeht, daß die Parteien bei einem jeden Rechtsgeschäfte nicht rechtliche, sondern wirtschaftliche Folgen wollen. Welche dies bei der Quittung sind, ist im einzelnen unter sorgfältiger Abwägung der Interessen des Schuldners und des Gläubigers festzustellen. Bei der auf diese Weise induktiv zu suchenden juristischen Konstruktion der Quittung ist man, soweit es sich nicht um Beweis- oder Anerkennungsverträge handelt, an keine gesetzlichen Schranken gebunden, da solche

nicht vorhanden sind. — Die Beweismitteltheorie (35) verletzt die Interessen des Schuldners, die Theorie Bährs (41) die des Gläubigers. Der Anerkennungsvertrag Windscheids (43), wie der Beweisvertrag Bruns (48) sind unwirksam, ersterer, da die durch ihn erstrebte Rechtswirkung durch ein außerprozessuales Rechtsgeschäft nicht erzielt werden kann, letzterer, da ein Vertrag über die Beweislast gegen den ersten Grundsatz unseres Prozeßrechts verstößt, daß der Staat nur Rechtswirkungen der Tatsache realisieren soll, von deren Vorhandensein sein Vertreter, der Richter, prozessual überzeugt ist. Die Theorie von Enneccerus (50) ist die gerechteste, doch führt auch sie noch zu nicht voll befriedigenden Ergebnissen. Zu diesen gelangt man, wenn man in der Quittung den folgenden Vertrag sieht: (53) „Der Gläubiger verpflichtet sich, die Forderung nicht geltend zu machen, falls er nicht beweist, daß er nicht befriedigt ist. Er verpflichtet sich hierzu auch für den Fall des Gelingens dieses Beweises, wenn der Schuldner beweist, daß der Gläubiger gewußt habe, daß er nicht befriedigt sei, und daß er auch nicht in der Erwartung, er werde befriedigt werden, dieses Versprechen abgegeben habe."

4. **RG.** V. R. **11** Nr. 305. Eine Quittung ist regelmäßig nur Beweismittel, nicht Rechtsgeschäft, so daß man von ihr, wenn sie inhaltlich unrichtig ist, auch nicht als von einem nichtigen Rechtsgeschäfte sprechen kann. Dafür, daß die Quittung im vorliegenden Falle nach dem Willen der Vertragschließenden die Bedeutung eines sog. negativen Anerkenntnisvertrags, also eines Vertrags des Inhalts haben sollte, daß die Schuld in Höhe von 10 000 M. als durch Barzahlung erloschen zu gelten habe, ist nichts beigebracht. Hätte sie diese Bedeutung, so würde sie aber durch jene Tatsache nicht ihrer Wirksamkeit beraubt sein, sondern ihr gegenüber gerade ihre Wirksamkeit bewähren.

5. OLG. **23** 12 h (Braunschweig). Die Quittung ist regelmäßig kein Anerkennungs- oder Erlaßvertrag, sondern eine einseitige, rechtsgeschäftliche Erklärung des Gläubigers, welche für den Schuldner die Bedeutung eines widerlegbaren Beweismittels hat.

II. Wahrheitswidrige, antizipierte Quittungen. 1. Lüttemann, ZBlFG. **8** 491. Die übliche Erklärung des Hypothekendarlehnsnehmers in der Vorausquittung, das Darlehen empfangen zu haben, ist häufig unwahr, da das Darlehen in Wirklichkeit erst später ausgezahlt wird. Die so beurkundete Erklärung ist daher gemäß §§ 116 ff. nichtig. Die Beweislast für die Zahlung liegt daher dem Darlehnsgläubiger ob. Es empfiehlt sich daher, insbesondere für Sparkassen, für die Urkunde über Hypothekendarlehen von vornherein eine den Darlehnsnehmer auch persönlich bindende Fassung zu wählen und zu diesem Zwecke gemäß §§ 780, 781 den Darlehnsnehmer durch ein abstraktes Schuldversprechen anerkennen zu lassen, daß er dem Darlehnsgläubiger die bestimmte Summe als Darlehen schulde. Dann liegt die Beweislast, daß die Voraussetzungen, unter denen er das abstrakte Schuldversprechen abgegeben hat, nicht eingetreten seien, dem Schuldner ob.

2. Bollenbeck, DNotV. **10** 657—672, wendet sich gegen Lüttemann (oben Nr. 1) und hält eine Änderung der Quittungen nicht für erforderlich. Die Beweislast liegt auch bei den bisher üblichen Quittungen dem Darlehnsnehmer ob.

3. Josef, BayRpflZ. **11** 329—332, tritt der Ansicht Bollenbecks (oben Nr. 2) bei. Der Eigentümer muß nachweisen, daß ihm der Gläubiger auch nachträglich die Valuta nicht gezahlt habe. Sinn und Zweck der Vorausquittung liegen nicht darin, daß dem Darlehnsgeber der Beweis der Erfüllung am Tage der Ausstellung der Quittung, sondern daß ihm der Beweis der Erfüllung überhaupt verschafft werde. Vgl. im übrigen wegen der sachenrechtlichen Fragen § 1168.

4. Lüttemann, ZBlFG. **11** 513—535, ergänzt seine früheren Ausführungen (oben Nr. 1): Die bei Darlehnshypotheken üblichen, vor Empfang der Valuta ausgestellten Schuldurkunden enthalten eine wahrheitswidrige Quittierung. Eine solche unwahre Quittung kann, da die Quittung richtiger Ansicht nach einen negativen Schuldanerkennungsvertrag enthält (vgl. oben I 2), von ihrem Aussteller nur nach § 812 Abs. 1 Satz 2 entkräftet werden. Da aber das RG. der Ansicht ist, daß die Quittung und der Schuldschein regelmäßig nur ein Beweismittel sei und hiernach die Gefahr besteht, daß der Hypothekengläubiger, der zugeben muß, die Darlehnsvaluta zur Zeit der Eintragung der Hypothek bzw. der Aushändigung der Schuldurkunde und des Hypothekenbriefs noch nicht gezahlt zu haben, sich auf die in der Schuldurkunde enthaltene Quittung (besonders bei ihrer Fassung als nacktes Empfangsbekenntnis) für die Auszahlung des Darlehens nicht mit Erfolg berufen kann, so empfiehlt es sich für die Praxis, an Stelle der bisher üblichen tatsächlich unwahren Erklärung eine andere wahre Erklärung zu setzen, die dem Gläubiger zudem eine größere Sicherheit gewährt. Lüttemann hält es für das Richtigste, seine ZBlFG. 8 496 vorgeschlagene Fassung (vgl. auch JDR. **7** § 1138 Nr. 3) mit der Formulierung eines negativen Schuldanerkenntnisvertrags nach § 397 Abs. 2 zusammenzufassen; dadurch wird jeder Zweifel über die Bedeutung und Wirkung der fraglichen Erklärung ausgeschlossen, dem Gläubiger völlige Sicherheit gewährt, während dem Schuldner die Anfechtung aus § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB. unbenommen bleibt, und zugleich der wahrheitswidrige Inhalt der heutigen Schuldurkunde vermieden. — Unrichtig ist die Ansicht, die auch Vollenbeck vertritt, daß die Beweiskraft der unechten Quittung auch dann noch fortdauere, wenn festgestellt sei, daß die Quittung die Bezeugung einer unwahren Tatsache enthalte, und daß demgemäß der Quittungsaussteller auch noch die Negative nachzuweisen habe, daß die Zahlung hinterher nicht erfolgt sei. Das RG. steht keineswegs auf diesem Standpunkte.

5. OLG. **23** 12 h (Braunschweig). Gegenüber der formell ordnungsmäßigen Quittung kann der Gläubiger Zahlung nur verlangen, wenn er beweist, daß er bei Erteilung der Quittung noch nicht befriedigt war, sondern nur in Erwartung künftiger Leistung quittiert hat.

III. Anspruch auf vorbehaltlose Quittung? SeuffA. **66** 443 (Dresden). Die Quittung mit dem Vorbehalte, daß der Gläubiger hierdurch auf weitere Provisionsansprüche nicht verzichte, durfte der Schuldner nicht zurückweisen.

IV. Zurückbehaltung der Quittung? **RG.** III. JW. **11** 808 Nr. 12, LeipzZ. **11** 773 Nr. 9, SächsRpflA. **11** 444, WarnE. **11** 437, R. **11** Nr. 3173. Der Gläubiger hat kein Recht, die Quittungsleistung um anderer Forderungen willen zurückzuhalten, auch dann nicht, wenn diese anderen Forderungen mit der gezahlten aus demselben rechtlichen Verhältnis entsprungen sind.

§ 370. 1. **RG.** V. LeipzZ. **11** 216 Nr. 15, R. **11** Nr. 306. Die Vorschrift des § 370 setzt voraus, daß die Quittung vor der Leistung ausgestellt worden ist, während vorliegend zur Zeit des Empfangsbekenntnisses die Zahlung längst erfolgt war. (Wenn daher A. den B. beauftragt, ihm ein Darlehen zu verschaffen, und B. das zum Zwecke der Darlehnshingabe an A. von C. erhaltene Geld unterschlägt, so kann C. den A. als Darlehnsempfänger nicht schon deshalb in Anspruch nehmen, weil A. dem B. nachträglich ein Schuldanerkenntnis für C. — in Erwartung demnächstiger Auszahlung des Darlehens — ausgehändigt hat, sondern nur, wenn B. von A. zur Empfangnahme des Geldes für ihn ermächtigt war.)

2. **RG.** VI. SchlHolstAnz. **11** 137, WarnE. **11** 251. Nicht befreiende Zahlung an den Überbringer einer Urkunde, die keine Quittung des Empfangsberechtigten war.

Zweiter Titel. Hinterlegung.

Literatur: Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, 133 ff. Tübingen 1910. Mohr.

§ 372. 1. *Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter 133 ff., behandelt die Frage nach den Besitz- und Eigentumsverhältnissen bei der Hinterlegung. Der Gläubiger erwirbt mittelbaren Besitz und Eigentum an der hinterlegten Sache durch eine in der Hinterlegung liegende sachenrechtliche Einigung zugunsten Dritter zwischen dem Hinterleger und der Hinterlegungsstelle, die in ihrer Wirkung von dem Eintritte des Ausschlusses des schuldnerischen Rücknahmerechts bedingt ist.

2. **RG.** VII. JW. **11** 771 Nr. 39. Hinterlegungsbefugnis der Versicherungsgesellschaft, da objektiv ungewiß war, wem die Versicherungssumme nach dem Tode des Versicherungsnehmers zustand. Vgl. § 330 Nr. 2.

§ 376. **RG.** V. R. **11** Nr. 1518. Die Frage, zu wessen Gunsten eine Hinterlegung wirkt, beantwortet sich lediglich nach dem Inhalte der Hinterlegungserklärung. Die Hinterlegung kann nur wirken zugunsten des in dieser Erklärung bezeichneten Gläubigers, also, wenn dies eine bestimmte Person ist, nur zugunsten dieser letzteren, und außerdem höchstens zugunsten desjenigen, auf den der Anspruch der in der Erklärung bezeichneten Person auf Auszahlung des hinterlegten Betrags durch Abtretung, Vererbung u. dgl. übergegangen ist.

§ 383. SeuffBl. **11** 599 (München). Ist der wegen Annahmeverzugs des zur Rücknahme in Verwahrung gegebener Sachen Berechtigten (Beklagten) vorgenommene Selbsthilfeverkauf unter Verletzung des § 383 BGB. durch einen nicht zur Versteigerung öffentlich bestellten Auktionator erfolgt, so ist der Verkauf der Sachen dem Beklagten gegenüber nicht rechtswirksam, die Verpflichtung der Klägerin zur Rückgabe der Sachen besteht noch fort. Der Beklagte kann, da die Klägerin infolge der Versteigerung zur Erfüllung dieser Verpflichtung außerstande ist, Schadensersatz verlangen.

Dritter Titel. Aufrechnung.

§ 387. Literatur: Gerson, Ist ein vertraglicher Verzicht auf Aufrechnung gültig? DJZ. 11 271/272. — Landsberg, Verzicht auf Aufrechnung, DJZ. 11 334.

1. Aufrechnung mit unklagbaren Forderungen. *Reichel, Unklagbare Ansprüche 74 ff. (Jena 1911). Auch mit einer unklagbaren, wenn nur sonst rechtsgültigen Forderung (nicht zu verwechseln mit der sog. Naturalschuld) kann aufgerechnet werden.

2. Über Gleichartigkeit von Forderungen s. § 406 Nr. 2.

3. Unterschied zwischen Aufrechnung und Zurückbehaltung vgl. § 273 Nr. I 2.

4. Verzicht auf Aufrechnung. a) Gerson, DJZ. **11** 271/272. Der Verzicht, der häufig in Mietverträgen und bei Darlehnsverträgen von Kreditanstalten vorkommt, ist nicht zulässig. Der Gläubiger, der seine Forderung ohne Abzug einklagt, handelt dolos: dolo facit, qui petit, quod redditurus est. Auch die Quellen des römischen Rechtes erwähnen einen solchen Verzicht niemals, im BGB. fehlt eine dem § 399 (der einen vertragsmäßigen Ausschluß der Abtretung durch Vereinbarung zuläßt) entsprechende Bestimmung für die Aufrechnung mit gutem Grunde. b) Dagegen Landsberg, DJZ. **11** 334. Der Verzicht auf Aufrechnung kann, braucht aber nicht stets dolos zu sein; die Kontokorrent-Verabredung wurzelt ja in dem Aufrechnungsverzichte. Auch die römischen Quellen erwähnen ihn: l. 13 D. 16, 2.

5. Der Kläger, der einen Teilbetrag einklagt, kann den aufrechnenden Beklagten nicht auf den nicht eingeklagten Teil verweisen. **RG.** III. JW. **11** 979, BayRpflZ. **11** 484, LeipzZ. **11** 928

Nr. 20, R. **11** Nr. 3440. Die Aufrechnung gegen die Klageforderung will die Gegenforderung zu dem Zwecke und nur zu dem Zwecke aufopfern, um das klageweise Befriedigungsbegehren des Gläubigers zu erfüllen. Die Verweisung der Aufrechnung auf den nicht eingeklagten Teil der Gläubigerforderung widerspricht offensichtlich dem Willen des Aufrechnenden. Eine solche Verweisung ist gerade so unstatthaft, wie eine Verrechnung der auf den Klagebetrag behufs Erfüllung des Klagebegehrens geleisteten Zahlung auf den anderweiten, nicht eingeklagten Teil der Gläubigerforderung unstatthaft ist (ROHG. **15** 106/7).

6. HansGZ. **11** Hptbl. 271 (Hamburg). Bei Kauf „Kassa gegen Dokumente" ist die Aufrechnung des Käufers sicherlich dann unzulässig, wenn er mit der Gegenforderung erst herauskommt, wenn die Bank ihm die Dokumente andient. Denn die Bank war nicht in der Lage, in angemessener Zeit Erkundigungen über den Gegenanspruch einzuziehen.

7. Internationales Privatrecht. OLG. **23** 14 (Cassel). Die Fragen, ob der Beklagte eine Ersatzforderung wegen einer vom Kläger, einem Ausländer, im Auslande begangenen unerlaubten Handlung zur Aufrechnung stellen kann, wie dies zu geschehen und welche Wirkungen es hat, sind, da der Kläger bei einem deutschen Gerichte geklagt hat, nach deutschem Rechte zu beantworten.

§ 388. Literatur: Thon, Eventualaufrechnnng, JheringsJ. **60** 365—406.

1. *Thon. Der Eventualaufrechnung im Prozesse steht die Bedingungsfeindlichkeit des § 388 BGB. um deswillen nicht entgegen, weil sie kein bedingtes Aufrechnen enthält, vielmehr die zulässige bedingte Ermächtigung des Richters, bei Eintritt der Bedingung die Aufrechnung vorzunehmen. Gegen Stölzels Klagabweisungstheorie.

2. OLG. **23** 13 i α (Braunschweig) tritt der herrschenden Lehre der Beweiserhebungstheorie bei. Das Urteil ist nicht nur dazu da, den Rechtsstreit unter den Parteien formell abzuschließen, sondern vielmehr dazu, unter ihnen Recht zu schaffen. Das aber geschieht nicht durch ein Urteil, welches die Frage in der Schwebe läßt, ob die Klageforderung („Gegenforderung" ist Druckfehler — Red.) noch zu Recht besteht oder nicht. Der Richter kann auch nicht der Klagabweisungstheorie dann den Vorzug geben, wenn der Beklagte erklärt hat, den Aufrechnungseinwand in erster Linie geltend zu machen, auch nicht mit Zustimmung der Parteien. Dies wäre unlogisch.

§ 392. Literatur: Schmidt, Aufrechnung bei Wechselforderungen, R. **11** 699—702.

*Schmidt. Eine Handhabe zur Auslegung des § 392 bietet der dieser Bestimmung zugrunde liegende Gedanke, daß, wenn der Drittschuldner ohne die Beschlagnahme rechtlich in der Lage gewesen wäre, auch wider den Willen seines Gläubigers (Vollstreckungsschuldners) seine Schuld durch Aufrechnung zu tilgen, er dies auch trotz der Beschlagnahme tun darf. Mit bedingten und betagten Forderungen kann daher dann aufgerechnet werden, wenn sie vor der Beschlagnahme kontrahiert und vor der Gegenforderung fällig sind. Die abstrakte wechselrechtliche Regreßforderung ist aufschiebend bedingt durch die Nichtzahlung des Wechsels. Dagegen ist der Wechselbereicherungsanspruch kein bedingter Anspruch; mit ihm kann nur dann aufgerechnet werden, wenn Verjährung oder Versäumung des Protestes vor der Beschlagnahme eingetreten sind.

§ 393. 1. **RG.** VI. WarnE. **11** 73. § 393 setzt nicht notwendig eine strafbare Handlung voraus, sondern umfaßt auch jede zivilrechtlich unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff.

2. SächsRpflA. **11** 105 (Dresden). Eine unerlaubte, die Aufrechnung ausschließende Handlung im Sinne von § 383 BGB. liegt auch dann vor, wenn der Empfänger einer Nichtschuld den ihm bekannten Irrtum des Zahlenden dabei ausnutzt. Ist dieser Tatbestand gegeben, so wird durch § 819 Abs. 1 BGB. ein Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung nicht ausgeschlossen.

3. **RG.** IV **76** 406, JW. **11** 769 Nr. 35. Gegen Schadensersatzansprüche aus § 717 Abs. 2 ZPO. sind Aufrechnungseinreden unbeschränkt zulässig.

§ 394. Literatur: Neumann, Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnungsverbot, GewuKfmG. **16** 425—429.

1. DJZ. **11** 764 (KG.). Die Aufrechnung mit einer persönlichen Forderung an den Vorerben gegen eine Nachlaßforderung ist zulässig. Die Bestandteile des Nachlasses sind der Pfändung auch wegen der Forderungen der persönlichen Gläubiger der Vorerben unterworfen. Es soll nur die Veräußerung oder Überweisung im Wege der Zwangsvollstreckung nicht erfolgen (§ 773 ZPO., § 2115 BGB.). Um eine Unpfändbarkeit handelt es sich nicht.

2. Vereitelung des Aufrechnungsverbots durch das Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Lohnforderungen. Vgl. hierzu GewuKfmG. **16** 419—422 und Neumann, GewuKfmG. **16** 425—429, welcher die Rechtsprechung zu dieser Frage bespricht).

3. GewuKfmG. **17** 68 (KfmG. Breslau). Die dem Lehrling gezahlte Vergütung ist nicht Lohn, sondern Taschengeld, daher pfändbar.

Vierter Titel. Erlaß.

§ 397. 1. **RG.** IV. JW. **11** 488 Nr. 11, LeipzZ. **11** 546, R. **11** Nr. 2127. Der Erlaßvertrag ist zwar an sich ein abstrakter Vertrag und daher von den Rechtsbeziehungen, die zum Abschlusse führen, an sich unabhängig; es kann aber die Absicht der Parteien sein, den Erlaß dergestalt mit dem Bestimmungsgrund in rechtliche Verbindung zu setzen, daß der Erlaß, wenn der Bestimmungsgrund sich nicht als rechtsbeständig erweist oder sich nicht verwirklicht, hinfällig werden soll. Die Vereinbarung kann auch stillschweigend getroffen werden.

2. Bedeutung der Liquidationsverträge. **RG.** II. GruchotsBeitr. **55** 881, SächsRpflA. **11** 78 Nr. 14, BayRpflZ. **11** 135, LeipzZ. **11** 391 Nr. 6. Die sog. Liquidationsverträge, die ein Schuldner zur Abwendung des Konkurses mit seinen Gläubigern schließt und durch die er den Gläubigern die Verwertung seines Vermögens überläßt, enthalten nicht ohne weiteres einen Verzicht der Gläubiger auf den durch die Liquidationsmasse nicht gedeckten Betrag ihrer Forderungen. Nach §§ 133, 157 ist kein Raum für die gesetzliche Vermutung eines Verzichts.

3. Unentgeltlicher Verzicht auf wohlerworbene Rechte. **RG.** VI. JW. **11** 1014, R. **11** Nr. 3636. Wenn auch nach BGB. keine allgemeine Regel dahin besteht, daß Rechtsverzichte nicht zu vermuten sind, so ist doch, wenn ein unentgeltlicher Verzicht auf ein wohlerworbenes Recht oder ein solcher Erlaß in Frage steht, der Vertrag im Zweifel gegen den auszulegen, dem dieser Vorteil zugute käme. Eine allgemeine „Verkehrssitte", die als Richtschnur für die Auslegung dienen würde, wird in solchen Fällen nur selten festzustellen sein.

4. Wirkungslosigkeit eines einseitigen Verzichts auf das — bereits ausgeübte — Rücktrittsrecht vgl. § 346 Nr. 1.

5. Abs. 2. Kondiktion der negativen Anerkennung. a) **RG.** II. JDR. **9** Nr. 5 jetzt auch GruchotsBeitr. **55** 351, HansGZ. **11** Beibl. 87, LeipzZ. **10** 929, ElsLothJZ. **11** 170 Nr. 15, DJZ. **10** 1465, R. **10** Nr. 3490. b) **RG.** VII. LeipzZ. **11** 143, SächsRpflA. **11** 9. Ergibt sich aus dem Sachverhältnisse, daß der

Kondizierende, als er das Nichtbestehen des Schuldverhältnisses anerkannte, von dessen Bestand Kenntnis hatte, so ist damit dargetan, daß er mit seinem Anerkenntnisse nicht etwa ein für nicht bestehend gehaltenes Schuldverhältnis als nicht bestehend erklären wollte, sondern daß er das Anerkenntnis ohne Rücksicht auf den Bestand des Schuldverhältnisses abgegeben hat; der Kondiktion ist damit der Boden entzogen.

6. **RG.** VI **76** 59 (S. a. § 607 Ziff. IV 2). Die Aufhebung eines Erlaßvertrags über eine Darlehnsschuld und die Wiederherstellung des alten Schuldverhältnisses kann nicht formlos, etwa gemäß § 607 Abs. 2 erfolgen, vgl. § 607 Nr. IV 2. Für das Übereinkommen, daß die Klägerin wieder in ihre Gläubigerrechte eingesetzt werden, der Beklagte die Zahlungsverpflichtung neuerlich übernehmen sollte, stand den Parteien nur der Weg offen, daß der Beklagte der Klägerin ein Schuldversprechen (§ 780) erteilte.

Vierter Abschnitt. Übertragung der Forderung.

Vorbemerkung:

1. Die Abtretung der Rechte aus Vertragsanträgen wird von **RG.** V wiederum für unzulässig erklärt (§ 398 Nr. V 1). Pfeifer und Strucksberg (ebenda 2 und 3) machen auf die Notwendigkeit einer Änderung in den Notarialsakten aufmerksam.

2. Drei Entscheidungen des **RG.** V erörtern, wann eine Einwendung zur Zeit der Abtretung „begründet" ist (§ 404 Nr. 2a—c).

3. Mit der Bedeutung der im Baugewerbe häufigen „Annahme" einer Abtretung durch den Schuldner (Baugeldgeber) beschäftigt sich **RG.** V (§ 404 Nr. 3a).

4. Wichtig ist die Entscheidung von **RG.** V über die Aufrechnung bei Zession (§ 406 Nr. 2). Unterschied zwischen Gleichartigkeit des Gegenstandes und der Forderungen.

§ 398. Literatur: Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter (100 ff.). Tübingen 1910. Mohr. — Crome, Die Abfindungszession. Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger (197—214). Berlin 1911. Weidmann. — Gerstner, Die deutschen Treuhandinstitute, ZAktW. **11** 165—174. — Oertmann, Die Pfändung stehender Früchte. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den künftigen Rechten, BuschsZ. **41** 1—46. — Pfeifer, Abtretung der Rechte aus Vertragsanträgen, DNotV. **11** 675—678. — Strucksberg, Zur Frage der Abtretung der Rechte aus Vertragsanträgen, DNotV. **11** 745—748. — Türk, Über die Einziehungsbefugnis des Zedenten im Hinblick auf die Diskontierung von Buchforderungen, JW. **11** 1003—1009.

I. Allgemeines. Begriffliches (s. JDR. **9** Nr. 1, **8** Nr. 2, **7** Nr. 1, 4, **6** Nr. 2, 6, **5** Nr. 1, 2, **4** Nr. 1, **3** Nr. 1). 1. Der Abtretungsvertrag. Die Person des Gläubigers. *Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter 100 ff., behandelt die rechtliche Natur des Abtretungsvertrags, auf den als ein Leistungsgeschäft die allgemeinen Vorschriften über Willenserklärung, Vertrag usw. nur mit Modifikationen Anwendung finden können, die sich aus der Natur der Sache ergeben. So kann vor allem dem Offenheitsprinzipe des § 164 BGB. der Abtretungsvertrag nicht unterstellt werden. Man kann also über eine fremde Forderung im eigenen Namen verfügen, solange nur dadurch nicht die Individualisierung des Schuldverhältnisses in Frage gestellt wird. Die Person eines bestimmten Gläubigers ist nach heutigem Rechte nicht mehr begriffswesentlich für die Obligation, es genügt, daß überhaupt ein Gläubiger existiert. Man sieht im modernen Rechte gewöhnlich von der Person des Gläubigers ab und betrachtet das Forderungsrecht rein objektiv als einen Gegenstand des Vermögensverkehrs. Daher ist auch eine Obligation hinreichend individualisiert durch

Angabe des Leistungsinhalts und der Person des Schuldners. Die Verschweigung der Person des Gläubigers oder eine falsche Angabe über die Forderungszuständigkeit vermag rechtlich die Gültigkeit des Abtretungsgeschäfts nicht in Frage zu stellen; man kann also rechtsgültig über fremde Forderungen im eigenen Namen verfügen. Der Beweis ist u. a. aus §§ 185, 362 Abs. 2 zu entnehmen. Für die Gültigkeit einer solchen Verfügung ist ausschließlich maßgebend, ob der Verfüger die nötige Verfügungsmacht hat. — Findet die Vertretung auf der Erwerberseite statt, so hängt der direkte Forderungserwerb des Vertretenen nicht von der Einhaltung des Offenheitsprinzips durch den Vertreter ab. Die Person des Erwerbers ist nach dem objektiven Sinne des Abtretungsvertrags zu bestimmen; ergeben die Parteierklärungen keinen Anhaltspunkt in dieser Richtung, so entscheidet das interne Verhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem. Auf S. 140 ff. wird von Bruns die Möglichkeit eines Abtretungsvertrags zugunsten eines Dritten erörtert und ebenso wie für die sachenrechtlichen Leistungsgeschäfte, Übertragung von Besitz und Eigentum, bejaht.

2. Crome, Die Abfindungszession. Das Grundgeschäft der Abtretung ist meistens Kauf. Davon verschieden ist die sog. Abfindungszession, d. h. die Abtretung des Gläubigers an einen Dritten, der ihm an Stelle des Schuldners für seine Forderung Befriedigung anbietet und als Gegenleistung dafür die Übertragung der Forderung erhält. Bei dieser Abfindungszession ist insbesondere die Gewährleistung des Zedenten eine andere. Er haftet nicht für nomen verum, sondern nur, wenn die befriedigte Forderung nicht bestand, mit der Bereicherung. Ferner kann der Zessionar — wie beim gesetzlichen Forderungsübergange (§ 268 usw.) — die Forderung nur so weit geltend machen, als er den Gläubiger befriedigt hat. Verlangt er mehr als seine Auslagen, so steht ihm die exceptio doli entgegen. Denn er handelt nur im Interesse des Schuldners. — Dieser Fall zeigt, daß die Übertragung der Forderung durchaus nicht immer von ihrem Grunde unabhängig ist.

3. Die Einziehungsbefugnis. a) *Türk, JW. **11** 1003 ff. Wenn bei Übertragung einer Forderung die Einziehungsbefugnis dem Zedenten belassen und die Zession dem Schuldner zunächst nicht bekannt gemacht wird, so sind hieraus rechtliche Bedenken gegen den Übergang der Forderung auf den Zessionar nicht herzuleiten. Nur darf die Einziehungsbefugnis des Zessionars nicht völlig ausgeschlossen, es muß vielmehr vereinbart sein, daß sie wenigstens unter gewissen Bedingungen auf ihn übergeht. Ist letzteres der Fall, so ergeben sich auch aus der Rechtsprechung des RG. (JW. **05** 718 Nr. 8 und unten b) keine Bedenken gegen die Wirksamkeit einer solchen Forderungsübertragung. Dies gilt insbesondere auch bei der Diskontierung von Buchforderungen, die sich der sog. stillen Zession zu bedienen pflegt. b) **RG.** II. GruchotsBeitr. **55** 636, WarnE. **11** 20, R. **11** Nr. 34. Es gehört allgemein zum Begriffe der Übertragung einer Forderung, daß der Empfänger der Übertragungserklärung durch diese berechtigt und ermächtigt werden soll, die Forderung eigenen Namens gegen den Schuldner geltend zu machen. Ist diese Befugnis durch Vereinbarung ausgeschlossen worden, so ist keine Übertragung der Forderung erfolgt. Vgl. auch unten Nr. IV 2. c) Vgl. hierzu jedoch OLG. **23** 18 (Dresden). Daraus, daß der Zessionar die zur Sicherheit zedierten Mietforderungen nur unter bestimmten Voraussetzungen selbst geltend machen, dem Abtretenden aber für gewöhnlich deren Einziehung weiter gestatten soll, folgt nicht, daß die Forderungen nach dem wahren Willen der Vertragsteile gar nicht hätten übergehen sollen. Der Zedent erscheint insoweit nach außen rechtlich als Inkassomandatar des Zessionars, während sachlich die Stellung des Zessionars bei der Geltendmachung der abgetretenen Rechte nach innen die Bedeutung derjenigen eines Verwalters oder Inkassomandatars des Zedenten besitzt. — Auch das Unterlassen der Anzeige von der Abtretung an den Dritt-

schuldner schließt nicht den Übergang der Forderung in das Vermögen des Zessionars aus.

II. Bestimmtheit der Abtretung. a) **RG.** III. GruchotsBeitr. **55** 883, JW. **11** 576 Nr. 10, BayRpflZ. **11** 400, R. **11** Nr. 2428. Die Abtretung aller zukünftig entstehenden Geschäftsaußenstände ist wegen mangelnder Bestimmtheit ungültig. Jede Erweiterung des Geschäftsbetriebs, jede Beteiligung des Abtretenden an anderen Unternehmungen, der Abschluß von Börsen- und sonstigen Geschäften muß zu Zweifeln führen, ob die daraus erwachsenen Forderungen als Geschäftsaußenstände im Sinne des Vertrags anzusehen und demnach mitabgetreten sind oder nicht. Die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB. kann nicht genügen, um diese Zweifel zu beseitigen. — Wegen Unsittlichkeit des Vertrags vgl. unten Nr. IV 6. **b)** R. **11** Nr. 2128 (KG.). Die Abtretung aller Mieten eines Grundstücks zur Tilgung einer Darlehnsschuld in der Weise, daß die Mieter von der Abtretung zunächst keine Mitteilung erhalten, der Gläubiger vielmehr bestimmen soll, welche Mietrate er nach Fälligkeit seiner Forderung unter entsprechender Benachrichtigung der Mieter für sich in Anspruch nehmen wolle, ist unwirksam. Bei der gegebenen Sachlage ist die nähere Bestimmung der Forderung, die im Sinne des § 398 BGB. als übertragen zu gelten hätte, lediglich in das Ermessen des Gläubigers gestellt. Eine solche Vereinbarung entbehrt der erforderlichen Individualisierung der abgetretenen Forderung. **c)** SchlHolstAnz. **11** 231 (Kiel). Die Abtretung der zukünftigen Außenstände, die in dieser Allgemeinheit zu unbestimmt ist, ist deshalb wirksam, weil die zukünftigen Außenstände dadurch objektiv bestimmbar waren, daß die Erteilung eines Buchauszugs über ihren Bestand vorbehalten war und sie auch dadurch bestimmt worden sind, daß die Auszüge dem Zessionar wiederholt ausgehändigt worden sind. **d)** Abtretung künftiger Patente. **RG.** I. **75** 225 (Hamm). Ob die Abtretung künftiger Patentrechte zulässig ist, läßt RG. dahingestellt. In jedem Falle ist unerläßliche Bedingung für die Wirksamkeit einer Vorausverfügung, daß das künftige Recht inhaltlich genau bestimmt ist. Der Inhalt eines künftigen Patentrechts wird aber kaum anders zu bestimmen sein als durch den Inhalt der schon gemachten Erfindung. (Das vage und den erheblichsten Zweifeln unterworfene Merkmal der Zugehörigkeit zum „E. H.schen Lafettensystem" genügt den Anforderungen an Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit, die im Interesse der Rechtssicherheit zu stellen sind, nicht.)

III. Abtretung künftiger Forderungen — vgl. auch oben Nr. II (s. JDR. **9** Nr. 2, **8** Nr. 4, **7** Nr. 5, **6** Nr. 7, **5** Nr. 3, **4** Nr. 2, **3** Nr. 2, **2** Nr. 2, **1** § 398 Nr. 3, § 399 Nr. 3). **a)** Oertmann, BuschsZ. **41** 1—46. Den durch die herrschende Lehre nicht zu beseitigenden Widerspruch zwischen der Pfändbarkeit stehender Früchte, im Sinne der Entstehung eines sofortigen Pfandrechts (§ 810 ZPO.) und der Bestimmung des § 94 BGB. löst Oertmann dadurch auf, daß er zunächst nur eine Anwartschaft annimmt, aus der erst mit Trennung der Früchte das Pfandrecht erwächst (so auch v. Tuhr, Allgem. Teil 77, 186 ff.). Diese antizipierte Pfändung ist also ein Unterfall der Verfügung über künftige Rechte, wie die nach überwiegender Ansicht zulässige Abtretung künftiger Forderungen in dem Sinne, daß der verfügende Abtretungsakt seine Vollwirkung erst dann erzielt, wenn die antizipierend abgetretene Forderung in der Person des Zedenten zur Entstehung gelangt (25, 26). **b)** OLG. **23** 16 (Marienwerder). Die Abtretung aller zukünftigen Forderungen aus einer ärztlichen Berufstätigkeit auf lange Jahre hinaus ist nichtig, weil eine derartige Abhängigkeit und Lahmlegung der Berufsfreudigkeit mit der Würde des Standes nach allgemeiner Auffassung unvereinbar ist. Die Nichtigkeit folgt auch aus §310. (S. a. dort). **c)** Abtretung künftiger Patente s. oben Nr. II d.

IV. Fiduziarische Abtretung. Inkassozession (s. JDR. 9 Nr. 3, 8 Nr. 5 a, 7 Nr. 6 a, 6 Nr. 8 a, 5 Nr. 4 a, 4 Nr. 3 a, 3 Nr. 3 a, 2 Nr. 3 a). 1. Treuhandinstitute. Gerstner, ZAktWes. 11 165—174, 183—189. Treuhänder kann sich nur nennen, wer auftragsgemäß und infolge des in ihn gesetzten Vertrauens, zwecks Schutzes der Rechte und Interessen eines Dritten Rechte und Geschäfte dieses Dritten nach außen hin gewissermaßen als eigene Rechte und Geschäfte ausübt bzw. ausführt, ohne ein eigenes persönliches und materielles Interesse und Recht an denselben zu haben, und außerdem keinerlei Geschäfte auf eigene Rechnung macht. Ausgehend von dieser Begriffsgestaltung untersucht der Verf., ob sich bei den zurzeit in Deutschland bestehenden Treuhandinstituten Ziel und Zweck ihrer Tätigkeit mit seiner Auffassung der „treuen Hand" decken, und kommt zu dem Ergebnisse, daß dies nur bei einigen wenigen der Fall ist.

2. Unzulässige Spaltung bei Vorbehalt der Einziehungsbefugnis des Zedenten. Unwirksamkeit der ganzen Zession infolgedessen. **RG.** II. 8. 11. 10, GruchotsBeitr. **55** 636, R. **11** Nr. 34, WarnE. **11** 20. Wie bereits früher ausgesprochen (JDR. **4** Nr. 3 a ε), gestattet das BGB. nicht mit Wirkung gegen den Schuldner eine Spaltung der Forderung in der Weise, daß zwar die Forderung materiell und formell auf den Zessionar übergehe, der Zedent aber aus eigenem Rechte zu deren Einklagung berechtigt bleibe. Die Unzulässigkeit dieser Spaltung hat aber nicht etwa zur Folge, daß die Übertragung der Forderung auf den Zessionar als schlechthin gültig, die über die fortdauernde Berechtigung des Zedenten dem Schuldner gegenüber getroffene Abrede aber als ungültig, der Zedent also überhaupt nicht mehr als zur Einklagung der Forderung berechtigt anzusehen wäre, sondern gemäß der Unwirksamkeit des gesamten die Übertragung der Forderung betreffenden Rechtsgeschäfts liegt eine dem Schuldner gegenüber wirksame Zession überhaupt nicht vor, so daß er also die Aktivlegitimation des Zedenten nicht bestreiten kann. — Infolge jener Abrede fehlt es auch an den allgemein erforderlichen Begriffsmerkmalen einer Forderungsübertragung. Vgl. oben Nr. I 3 b, jedoch auch c.

3. **RG.** V. GruchotsBeitr. **55** 634, HansGZ. **11** Beibl. 95, R. **11** Nr. 33, WarnE. **11** 74. Fiduziarische Forderungsübereignung kann auch vorliegen, wenn sie nicht zur Sicherung des Zessionars, sondern zu dem Zwecke erfolgt, diesem Kredit zu verschaffen. Der Zedent, der zu diesem Zwecke seine Hypothek abgetreten hat, hat infolge der Abtretung keine Befugnis mehr zur Klage gegen Dritte, die nach seiner Behauptung die Hypothek vertragswidrig erworben hätten.

4. Innenverhältnis. a) **RG.** II. 12. 6. 11, **76** 345, JW. **11** 712 Nr. 10, R. **11** Nr. 2846. Der Zessionar hat bei der Sicherungsübertragung eines Rechtes das Interesse des Zedenten wahrzunehmen. Welche Maßregeln er zu treffen hat, ist Sache des Einzelfalls. Wenn dem Zedenten die eine Gefährdung des Bestandes oder der guten Verwertung des Rechtes bedingenden Umstände bekannt sind, kann der Zessionar eine Weisung des Zedenten abwarten; im Falle der Unkenntnis des Zedenten jedoch hat er diesem so zeitig von den gefährdenden Umständen Nachricht zu geben, daß der Zedent die erforderlichen Weisungen und Maßregeln treffen kann. Dementsprechend wird die Haftung des Gläubigers, dem von seinem Schuldner eine Hypothekenforderung zur Sicherung abgetreten war, abgelehnt. Da der Zedent die Vermögenslage des Hypothekenschuldners und das später auf Antrag eines Dritten angeordnete Zwangsversteigerungsverfahren kannte, war es seine Sache, die zur Beitreibung der Forderung erforderlichen Schritte selbst zu tun und, wenn er ein Mitbieten des Zessionars für dienlich erachtete, diesem die erforderlichen Weisungen und Vorschuß zu geben. Vgl. auch Nr. b. b) **RG.** II. 12. 6. 11, **76** 345 (349), R. **11** Nr. 2845. Eine allge-

meine Verpflichtung des Gläubigers, dem von seinem Schuldner eine Hypothekenforderung zur Sicherung abgetreten ist, bei der Zwangsversteigerung für einen angemessenen Preis des Grundstücks zu sorgen, insbesondere zu diesem Zwecke selbst Gebote abzugeben, besteht nicht und ist auch nicht **RG. 59** 190 zu entnehmen. Dort handelte es sich um ein aus besonderen Umständen unzulässiges Verhalten des Gläubigers.

5. Sicherheitszession von Mietzinsen an den Hypothekengläubiger. OLG. **23** 18 (Dresden). Die Mietzinsen stehen dem Hypothekengläubiger auch zur Deckung seiner Kapitalforderungen, nicht nur der Zinsen, zu. Denn die Abtretung ist schlechthin zur Sicherung erfolgt, ohne Einschränkung, und die Verpflichtung zur Herauszahlung des Überschusses hatte nur den Zweck, die pünktliche Zahlung der Hypothekenzinsen und die Vermeidung der Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung zu erreichen; dieser Zweck hatte sich durch die Einleitung der Zwangsversteigerung erledigt.

6. Nichtigkeit des fiduziarischen Vertrags wegen Unsittlichkeit. **RG.** III. 5. 5. 11, GruchotsBeitr. **55** 883, JW. **11** 576 Nr. 10, BayRpflZ. **11** 400. Der fiduziarische Vertrag, durch welchen die Abtretung aller zukünftigen Geschäftsaußenstände, die Übereignung der gesamten Fabrikeinrichtung, der Rohstoffe und der Waren vereinbart und zugleich vom Schuldner die Verpflichtung übernommen wird, auch die künftig zu erwerbenden Rohstoffe und Waren zu übereignen, verstößt mindestens hinsichtlich der Abtretung der Außenstände gegen die guten Sitten. Daher Nichtigkeit des ganzen Vertrags nach § 139. (Ob die Übertragung des Warenlagers schon an sich ungültig ist, bleibt dahingestellt.)

7. Inkassozession. a) Rechtskraft. **RG.** V. JDR. **9** Nr. 3 d α jetzt auch GruchotsBeitr. **55** 383, LeipzZ. **11** 62 Nr. 20. b) OLG. **23** 19, SeuffA. **66** 180, PosMSchr. **11** 4, R. **11** Nr. 698 (Stettin). Der Schuldner kann mit Gegenforderungen aus der Person des Inkassozessionars nicht aufrechnen.

V. Einzelfälle. Zulässiger Gegenstand der Übertragung. 1. Abtretung der Rechte aus Vertragsanträgen. a) **RG.** V. 10. 6. 11, JW. **11** 752 Nr. 7, R. **11** Nr. 2802. Die Befugnis, ein Vertragsangebot anzunehmen, kann nicht auf Dritte übertragen werden, da dieses Gebundensein an einen Vertragsantrag nicht als ein abtretbares Recht, sondern nur als eine Rechtslage anzusehen ist, aus der erst, bei rechtzeitiger Annahme, Rechte und Pflichten entstehen (vgl. bereits **RG.** GruchotsBeitr. **53** 835 = JDR. **8** Nr. 6 b). b) Vgl. hierzu Pfeifer, DNotV. **11** 675—678. Die Rechte aus Vertragsanträgen sind nicht abtretbar. Ein Vertragsantrag erzeugt keinen Anspruch, sondern nur eine Rechtslage zwischen den Beteiligten. Die sonst zulässige Abtretbarkeit zukünftiger Ansprüche ist hier zu verneinen, da hier die abgetretene Forderung nicht in der Person des Zedenten, sondern in der Person des Zessionars zur Entstehung gelangen würde. Jedoch ist die Vereinbarung dahin auszulegen, daß der Antragende die Offerte dem Antragsempfänger oder demjenigen macht, den dieser binnen der bestimmten Frist an seine Stelle setzen wird. c) Ebenso Strucksberg, DNotV. **11** 745—748, zustimmend unter Hinweis auf **RG.** V. (oben a). Es wird zweckmäßig sein, die notariellen Urkunden in der von Pfeifer vorgeschlagenen Weise ausdrücklich zu fassen.

2. Übertragung eines Sparkassenguthabens. **RG.** IV. JDR. **9** Nr. 5 a jetzt auch SeuffA. **66** 94.

3. **RG.** VII. JW. **11** 644. Nach Abtretung der Rechte aus dem Schiedsspruche hat nur noch der Zessionar den Anspruch auf Erlaß des Vollstreckungsurteils. Die Ansicht, daß das schiedsrichterliche und das gerichtliche Ver-

fahren ein einheitliches Prozeßverfahren darstellten und daß auf dieses die innerhalb dieses einheitlichen Verfahrens erfolgte Abtretung nach § 265 Abs. 2 ZPO. keinen Einfluß habe, ist nicht richtig. Das schiedsrichterliche und das gerichtliche Verfahren sind zwei selbständige Verfahren.

4. **RG.** I. **75** 225, R. **11** Nr. 1520. Die Übertragung eines Patents vollzieht sich durch formfreien Vertrag. Der Ansicht, daß die Übertragung durch § 19 Abs. 2 PatG. an den Eintrag in die Patentrolle gebunden sei, ist nicht beizutreten.

§ 399. Literatur: Kiese, Nochmals zur Frage der Pfändbarkeit und Abtretbarketi von Baugeldforderungen, JW. **11** 926—929. — Stepp, Zur Frage der Pfändbarkeit von Baugeldforderungen, JW. **11** 745—747.

1. **RG.** III. R. **11** Nr. 1883. Die Abtretung der Rechte des Mieters aus dem Mietvertrag ist im Falle der Verweigerung der Zustimmung seitens des Vermieters unzulässig. Doch steht dem Mieter das Kündigungsrecht in entsprechender Anwendung des § 549 zu.

2. Abtretung und Pfändung des Schuldbefreiungsanspruchs (§ 329). **a) RG.** II. JW. **11** 711 Nr. 8, LeipzZ. **11** 699 Nr. 15. Der Anspruch auf das Tun eines Dritten zu seinen Gunsten, z. B. auf Befreiung von einer Schuldenhaftung, ist ein höchst persönlicher Anspruch und nicht abtretbar. Mit der Abtretung würde er sich in einen Anspruch des Zessionars auf Leistung zugunsten eines Dritten, nämlich des Abtretenden, wandeln (§ 328), denn dessen Befreiung soll doch nach wie vor herbeigeführt werden, er würde also seinen Inhalt verändern. **b)** Im übrigen vgl. weitere Judikatur und Literatur hierzu oben § 329.

3. Abtretbarkeit und Pfändbarkeit der Baugelder (s. JDR. **9** Nr. 4, **8** Nr. 1, **7** Nr. 2, **6** Nr. 2, **5** Nr. 2, **4** Nr. 1, **3** Nr. 1, **1** Nr. 8). **a)** Stepp, JW. **11** 745—747, verneint die Pfändbarkeit. Mag auch die Abtretbarkeit, wie das RG. annimmt, zulässig sein, so besteht doch zwischen Zession und Pfändung ein tiefgreifender Unterschied. Denn der Pfändungsgläubiger ist nicht, wie entsprechend der Zessionar, durch die Einziehung der Forderung in der Lage, seinen Schuldner zum zukünftigen Darlehnsschuldner des Kreditgebers zu machen. Der Drittschuldner müßte an den Pfändungsgläubiger zahlen, ohne die Zahlung auf das Baugeld anrechnen zu dürfen und ohne sich wegen dieser Zahlung an den Kreditnehmer halten zu können. **b)** Hiergegen *Kiese, JW. **11** 926 ff. a) Die Fragen der Pfändbarkeit und der Abtretbarkeit fallen nicht unbedingt zusammen; mit der Abtretbarkeit ist auch die Pfändbarkeit bejaht, nicht aber umgekehrt. b) Die Pfändbarkeit ist nach § 851 Abs. 2 ZPO. unbedingt zu bejahen. c) Die Abtretbarkeit ist gegeben, insoweit Gelder nach § 1 BauSG. frei geworden sind, weiter auch an Baugläubiger in Höhe ihrer Forderung und endlich auch an dritte Nichtbaugläubiger, aber nicht zu freier Verwendung, sondern mit Verwendungspflicht zugunsten des Baues. — Zwar kann auch die Leistung aus dem Baugeldervertrag an einen Dritten ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen, aber eine Abtretung zu freier Verwendung gilt, weil den Zwecken des Baugeldervertrags zuwiderlaufend, als durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen, nicht dagegen eine solche mit Verwendungspflicht. Bei der letzteren ist die Wirksamkeit jedoch von dem Einverständnisse des Baugeldgebers bedingt. Zahlt er aber auf die Zession, so ist auf vollgültige Abtretung bezahlt. — Die Abtretung zu freier Verwendung dagegen ist nichtig; die Nichtigkeit kann auch vom Zedenten geltend gemacht werden. d) Baugeldempfänger ist, wer auf Grund der Vereinbarung, durch welche die Gelder und zwar als Baugelder geschuldet werden, diese in Empfang nimmt, jeder, der auf Grund der Baugelderverträge sich die Baugeldvaluta ausbezahlen läßt, somit auch wer die Gelder auf Grund Abtretung oder Pfändung der Rechte aus dem Vertrage bean-

spricht. e) Die Nichtigkeit der Abtretung zu freier Verfügung beruht nur auf dem im Baugeldervertrag enthaltenen Parteiwillen. Es kann sich daher auch der Baugeldgeber mit der zweckentfremdenden Disposition des Baugeldgläubigers einverstanden erklären und Auszahlungen auf dieselbe machen; darin läge aber insoweit eine Aufhebung des Baugeldervertrags; die bezahlten Gelder wären nicht Baugelder, und es würde insoweit gemäß § 34 BauSG. der Baugelderhypothek kein Vorrang vor der Bauhypothek zukommen. Auch würde der Baugeldgläubiger — und event. der Baugeldgeber — den Baugläubigern gemäß § 823 Abs. 2 BGB. für den Schaden haften. f) Zessionar und Pfandgläubiger machen sich, falls sie ihre Verwendungspflicht gegenüber den Baugläubigern verletzen, gemäß § 823 Abs. 2 BGB. haftbar, nicht dagegen gemäß § 5 BauSG. im Falle des Konkurses strafbar, weil die benachteiligten Gläubiger nicht Gläubiger des Empfängers auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrags sind. g) Trotz der Verwendungspflicht können Zessionare und Pfandgläubiger Interesse an der Abtretung und Pfändung der Rechte aus dem Baugeldervertrage haben; § 226 BGB. steht nicht in Frage (a. S t e p p, OLG. Dresden, SeuffA. **57** 185; ebenso OLG. **15** 14, SeuffBl. **72** 171). c) **RG.** VI. R. **11** Nr. 308 b e j a h t von neuem die Abtretbarkeit der Ansprüche aus einem Baugelderdarlehnsvorvertrag in dem Sinne, daß der Abtretende der Darlehnsschuldner werden, der Abtretungsempfänger aber das Recht auf die Auszahlung des Darlehnsbetrags erhalten soll. **d)** OLG. **23** 217 (Nürnberg) b e j a h t die Abtretbarkeit und Pfändbarkeit von Baugeldern, wenigstens soweit es sich um Forderungen von Bauhandwerkern für Arbeitslieferungen in den Neubau handelt.

4. OLG. **23** 20 (Marienwerder). Da der Beklagte sein Bankguthaben dem Kläger abgetreten hatte, war er nach § 402 verpflichtet, dafür zu sorgen, daß die Sperrung des Guthabens aufgehoben werde. Auf seine Vereinbarung mit der Bank, daß das Guthaben nicht abgehoben werden könne, und auf den § 399 kann sich der Beklagte nicht berufen, da seine Verpflichtung gerade dahin geht, die für den Kläger aus § 399 erwachsenden Schwierigkeiten zu beseitigen.

5. S a tz 2. P a c t u m d e n o n c e d e n d o. **a)** W i r k u n g d e r n a ch t r ä g l i ch e n Z u s t i m m u n g d e s D r i t t s ch u l d n e r s z u r A b t r e t u n g. **RG.** VII. **75** 142, JW. **11** 320 Nr. 10, R. **11** Nr. 1281—1283. Durch die Forderungspfändung wurde ein wirksames Pfändungspfandrecht begründet, da durch die dem vertragsmäßigen Verbote zuwiderlaufenden nichtigen Abtretungen die Zugehörigkeit der Forderung zu dem Vermögen des abtretenden Schuldners nicht beseitigt wurde. Dies Pfandrecht konnte auch nicht dadurch wieder beseitigt werden, daß nachträglich der Drittschuldner den Abtretungen zustimmte und damit den § 399 außer Anwendung setzte. Weder § 185 noch §§ 182, 184 sind anwendbar. **b)** *K a u f m a n n, Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen 40. (Fischers Abhandlungen **22** Heft 2. München 1912, Beck.) Die Vorschrift durchbricht nicht das Prinzip des § 137 Satz 1. Denn eine Forderung ist ein Gegenstand, der sich vollständig als das Werk der beteiligten Parteien darstellt. Diese können ihn deshalb auch von vornherein oder nachträglich zu einem unveräußerlichen gestalten und betreffen damit nicht die Verfügungsmacht eines von ihnen, sondern nur den Gegenstand selbst.

6. **RG.** III. WarnE. **11** 455 Nr. 406. Gemäß PrAllgGO. § 163 des Anhanges ist die A b t r e t u n g v o n G e h a l t s a n s p r ü ch e n e i n e s p r e u ß i s ch e n B e a m t e n unzulässig.

7. SchlHolstAnz. **11** 154 (Kiel). Unübertragbarkeit der Rechte aus einem sog. M i l ch p a ch t v e r t r a g e.

§ 400. 1. **RG.** VI. **76** 204, BreslauAK. **11** 74. Die Satzung eines auf Grund des PrAllgBergG. gebildeten Knappschaftsvereins kann den gesetzlichen Übergang der einem Vereinsmitgliede nach §§ 823, 843 BGB., §§ 3, 3 a HaftpflG. gegen

einen Dritten zustehenden Schadensersatzansprüche auf den Knappschaftsverein nicht rechtswirksam bestimmen. Dem steht die Reichsgesetzgebung im Wege. Ebenso ist die rechtsgeschäftliche Übertragung ausgeschlossen, und zwar soweit Rentenansprüche nach § 843 BGB. in Frage kommen, bis 1500 M. jährlich (§ 850 Abs. 3 ZPO.). Dagegen ist die rechtsgeschäftliche Übertragung der Ansprüche auf Ersatz der Heilungs- und Pflegekosten unbeschränkt gestattet.

2. OLG. **22** 355 (Hamburg). Zahlt der Schuldner an den Zessionar einer nicht abtretbaren Forderung, so ist dieser nicht ungerechtfertigt bereichert.

§ 401. 1. SeuffA. **66** 408 (Posen). Zu den mit übergehenden Nebenrechten gehören nicht die Rechte aus Sicherungsübertragungen.

2. Schlotter, LeipzZ. **11** 49. Nebenrecht im Sinne von § 401 ist auch der Eigentumsvorbehalt.

3. OLG. **23** 21, R. **11** Nr. 2516 (KG.). Zu den Nebenrechten gehört auch das Recht des 2. Zedenten, von dem 1. Zedenten die Ausstellung einer dem § 403 entsprechenden öffentlich beglaubigten Urkunde über die 1. Abtretung zu fordern. Die hierauf gehende Klage des 2. Zessionars ist also gegen den 1. Zedenten, nicht gegen den 2. Zedenten zu richten.

4. SächsRpflA. **11** 36, R. **11** Nr. 689 (Dresden). Das Zurückbehaltungsrecht erlischt durch die Abtretung der Forderung, auf welche es sich stützt, es sei denn, daß der Erwerber der Forderung zugleich durch Schuldübernahme oder dergl. Schuldner derjenigen Forderung wird, gegen welche es sich richtet.

5. Erstreckung der Bürgschaft auf Forderungen des Geschäftsnachfolgers des Gläubigers s. § 765 Nr. 2 d.

§ 403. Recht auf Beurkundung der ersten Abtretung bei mehrfacher Abtretung. Vgl. § 401 Nr. 3.

§ 404. 1. **RG.** V. R. **11** Nr. 3176. Der Schuldner kann ein Zurückbehaltungsrecht, welches ihm aus dem ursprünglichen Vertrage gegen seinen Gläubiger zusteht, auch dem Zessionar gegenüber geltend machen.

2. Wann ist eine Einwendung zur Zeit der Abtretung „begründet"? a) **RG.** V. 11. 2. 11, JW. **11** 362, R. **11** Nr. 1521. Zur „Begründung" einer Einwendung im Sinne des § 404 ist es nicht nötig, daß alle zur Wirksamkeit der Einwendung erforderlichen Tatsachen schon zur Zeit der Abtretung der Forderung vorhanden sind; es muß vielmehr genügen, wenn nur der Grund, auf dem die Einwendung beruht, in dem Schuldverhältnisse liegt, so wie es zur Zeit der Abtretung der Forderung bestanden hat. **b) RG.** V. 14. 11. 10, GruchotsBeitr. **55** 639, JW. **11** 92 Nr. 12, WarnE. **11** 23, R. **11** Nr. 309. Der Zedent kann einwenden, daß infolge von Vorgängen nach der Abtretung die Forderung durch rechtswirksamen Rücktritt erloschen sei oder gegen sie ein Zurückbehaltungsrecht bestehe, wenn der Rechtsgrund, auf dem die Einreden beruhen, bereits in dem Schuldverhältnisse, so wie es zur Zeit der Abtretung bestanden hat, liegt. Dies ist vorliegend der Fall, da der abgetretene Anspruch nicht für sich allein besteht, vielmehr die Abtretung zur Ausgleichung des Kaufpreises für ein vom Zessionar verkauftes Grundstück erfolgt und der Anspruch des Zessionars auf die abgetretene Forderung von vornherein von der Erfüllung seiner Verpflichtung abhängig war. In dem Kaufvertrage wurzelt also das Recht des Zedenten zum Rücktritt und zur Retention ebenso wie das Recht des Zessionars auf die abgetretene Forderung, und nur in dem dadurch geschaffenen gegenseitigen Verhältnis ist die Forderung auf den Zessionar übergegangen. Die Möglichkeit der Vertragsauflösung war daher bereits mit der Vertragsbegründung gegeben, die Einreden waren also bereits zur Zeit der Abtretung „begründet", wenn auch der Verzug des Zessionars und die nachträgliche Belastung des Grundstücks,

worauf sich der Rücktritt und die Zurückbehaltung stützen, zeitlich später eingetreten sind. **c)** **RG.** V. R. **11** Nr. 3175. Das Recht des Zessionars kann nicht dadurch wieder beseitigt werden, daß nachträglich der Zedent und der Schuldner eine Wiederaufhebung des der abgetretenen Forderung zugrunde liegenden Vertrags vereinbaren. Der Grund, auf dem die hier in Rede stehende Einwendung beruht (die vertragsmäßige Wiederaufhebung des früher geschlossenen Vertrags), liegt keinesfalls schon in dem Schuldverhältnisse, so wie es zur Zeit der Abtretung bestand, sondern einzig und allein in der späteren Abmachung zwischen Gläubiger und Schuldner; sie kann daher nicht der Klägerin, die weit früher Zessionarin wurde, entgegengehalten werden.

3. Rechtliche Bedeutung der vom Schuldner erklärten Annahme einer Abtretung. **a)** Inwieweit darf der Baugeldgeber, nachdem er vom Baugeldempfänger bewirkte Abtretungen einzelner Raten angenommen hat, dem neuen Gläubiger Einreden aus dem Baugeldvertrag entgegensetzen? **RG.** V. 21. 10. 11, **77** 157, R. **11** Nr. 3801. Das BGB. enthält über die rechtliche Bedeutung der vom Schuldner (→ „Gläubiger" ist Druckfehler, gemeint ist der Darlehnsgeber ← Red.) erklärten Annahme einer Forderungsabtretung besondere Vorschriften nicht. Zu ermitteln ist daher der Vertragswille und insbesondere auch die Bedeutung, welche der Verkehr der Annahme einer Abtretung beilegt, und zwar gerade bei Baugeldforderungen. Nicht zu beanstanden ist die offenbar mit der im Berliner Baugewerbe herrschenden Anschauung getroffene Feststellung des KG., daß die Beklagte (Darlehnsgeber) durch die „Annahme" dem Kläger (Zessionar) durch Beschränkung der ihr aus dem Baugeldvertrage gegen den Zedenten zustehenden Einwendungen eine gesichertere Stellung hat verschaffen wollen, zumal der Kläger als Baulieferant seine Mitwirkung bei der Förderung des Baues, an der die Beklagte erhebliches Interesse haben konnte, von einer ausreichenden Sicherung abhängig machte. Die Beklagte kann demnach den aus der Person des Zedenten entnommenen Einwand der mangelnden Vertragserfüllung dem Kläger insoweit nicht entgegensetzen, als die Raten bereits fällig geworden waren, ehe noch die Bauausführung ins Stocken geraten war. **b)** OLG. **22** 210, R. **11** Nr. 1884 (KG.). Die Anerkennung des neuen Gläubigers beschränkt sich in der Regel darauf, daß die Übertragung der Rechte auf den neuen Gläubiger anerkannt werden soll. Keinesfalls kann aus ihr gefolgert werden, daß ein unmittelbares, mit der Person des Zedenten in keiner Beziehung stehendes Rechtsverhältnis habe begründet werden sollen. Der Schuldner bleibt daher berechtigt, die gegen den alten Gläubiger begründeten Einwendungen zu erheben.

§ 406. 1. **RG.** V. 24. 2. 10, ZBlFG. **11** 33. Unzulässigkeit der Aufrechnung, da die Gleichartigkeit der Forderung, gegen welche aufgerechnet werden soll, erst nach deren Abtretung eingetreten ist. (Nachträgliche Umwandlung des ursprünglich auf Abtretung von Ansprüchen gerichteten Anspruchs in einen Geldanspruch. Daß diese Umwandlung später eintreten würde, stand anfänglich noch durchaus nicht fest.)

2. Aufrechnung, wenn die Forderung zur Zeit der Abtretung nur eine bedingte Geldforderung war? Gleichartigkeit des Gegenstandes und der Forderungen. **RG.** V. 31. 5. 11, GruchotsBeitr. **55** 903, JW. **11** 711 Nr. 9, ZBlFG. **12** 239, WarnE. **11** 406 Nr. 365, R. **11** Nr. 2847, 2842. Die Gleichartigkeit des Gegenstandes braucht bei der Aufrechnung nur im Zeitpunkte der Aufrechnung vorhanden zu sein. Daraus zu schließen, daß sie auch bei zwischengetretener Abtretung nur im Zeitpunkte der Aufrechnung mit dem neuen Gläubiger vorhanden zu sein brauche, weil § 406 die Gleichartigkeit unter den Ausnahmen nicht aufführe, geht jedoch nicht an.

Davon zu scheiden ist die Ungleichartigkeit der Forderungen, von der man im weiteren Sinne reden kann, wenn zu einer an sich gleichartigen Forderung Nebenbestimmungen wie Orts- und Zeitbestimmungen, Bedingungen, Einreden hinzutreten. Nur von dieser Ungleichartigkeit der Forderungen sprechen die Entscheidungen des **RG.** II. und III. JDR. **9** § 406 Nr. 1 und 2; sie beruhen auf der Annahme, daß zur Zeit der Abtretung eine bedingte Geldforderung bereits vorhanden war, setzen daher nur die frühere Praxis des PrALR. fort und stehen dem **RG.** ZBlFG. **11** 33 (oben Nr. 1) nicht entgegen.

§ 407. 1. **RG.** V. R. **11** Nr. 3443. Die Kenntnis der Abtretung kann verneint werden, wenn der Drittschuldner auf die Benachrichtigung seitens des Zessionars urkundliche Belege fordert, der letztere aber darauf nicht weiter antwortet.

2. OLG. **23** 17 (KG.). Es kommt darauf an, nicht ob der Schuldner zur Zeit der Zustellung der Zahlungsverbote an ihn die Kenntnis gehabt hat, sondern ob er sie zur Zeit der Leistung, d. h. der Zahlung an die Pfändungspfandgläubiger gehabt hat.

§ 409. Literatur: Grau, Wann tritt die Erklärung des Gläubigers, daß er die Anzeige von der Abtretung der Forderung zurücknehme, dem Schuldner gegenüber in Wirksamkeit? SeuffBl. 11 236.

1. Grau. Zahlt der Schuldner ohne Berücksichtigung der Rücknahmeanzeige, so ist der Schuldner gegen die Folgen einer nachträglichen — freiwilligen oder durch Urteil erfolgten — Zustimmung (§ 409 Abs. 2) gemäß § 407 geschützt. Die Zurücknahme der Anzeige ist gleichbedeutend mit Rückabtretung an den ursprünglichen Gläubiger, so daß letzterer die Zahlung gegen sich gelten lassen muß. § 184 Abs. 2 ist nicht anwendbar.

2. HansGZ. **11** 284 (Hamburg). Bei einer Sicherheitszession kann auch der Schuldner sich trotz § 409 auf die Verpflichtung des Zessionars zur Rückzession berufen. Die Ansicht von **RG. 53** 417, JDR. **2** 1 § 409 Nr. 2 gilt nicht nur für Inkassozessionen, sondern auch für Sicherheitszessionen.

§ 411. *Eckstein, AÖffR. **27** 564. § 411 betrifft, abweichend von § 839, sämtliche Kategorien von Beamten, einschließlich den Staatsangestellten (vgl. zu § 839).

§ 412. Findet auf den Ersatzanspruch des Armenverbandes für die Vergangenheit § 1613 BGB. Anwendung? a) Bejaht von BreslauAK. **11** 82 (Breslau). b) Dagegen SchlHolstAnz. **11** 349 (Kiel). § 1613 findet nicht Anwendung. Der Armenverband wird erst durch die Gewährung der Unterstützung zur Geltendmachung legitimiert, ist also vorher zur Mahnung und Klagerhebung nicht legitimiert. c) Ebenso verneint von BreslauAK. **11** 54 (LG. Ratibor).

5. Abschnitt. Schuldübernahme.

§ 414. Literatur: Reichel, Bedingte Schuldübernahme, DJZ. **11** 1146. Reichel, Eintritt des Empfängers in die Frachtlohnschuld, R. **11** 574/575.

1. **RG.** II. LeipzZ. **11** 550 Nr. 1. Zulässig ist es, daß ein Dritter aus Anlaß des Erwerbes eines bestehenden Geschäfts in einem Zirkulare die Erklärung, die Schulden desselben übernehmen zu wollen, auch in der bedingten Weise abgibt, daß diese Erklärung nur für den Fall des wirklichen Geschäftsüberganges gelten und wirksam werden solle. — Vgl. auch unten Nr. 3 b.

2. Kumulative Schuldübernahme oder Bürgschaft? a) **RG.** III. WarnE. **11** 183. Keine kumulative Schuldübernahme hinsichtlich der vom Ehemanne geschuldeten Miete und Darlehen liegt in der Erklärung der Ehefrau, daß sie dem Kläger das schulden wolle, was ihr Ehemann ihm aus Miete und Darlehen schulde. Lediglich der Kläger hat an der Verpflichtung der Ehefrau seines vermögenslosen Schuldners ein Interesse gehabt. Dagegen ist nicht dargelegt, daß die Ehefrau nicht bloß als Bürgin ihres

Mannes habe eintreten, sondern eine selbständige Verpflichtung habe übernehmen wollen, und daß sie an einer solchen Verpflichtung ein eigenes Interesse gehabt habe. Mit der Ausführung, daß der Ehefrau offenbar viel habe daran liegen müssen, daß der Kläger ihren Ehemann und so auch sie selbst in der Wohnung belasse und ihm weitere Darlehen gewähre, wird ein eigenes wirtschaftliches Interesse nicht dargelegt. Denn für die Beschaffung der ehelichen Wohnung hat der Ehemann zu sorgen und ein besonderes Interesse hinsichtlich der Darlehen ist nicht ersichtlich. **b)** **RG.** VI. JW. **11** 581. Keine kumulative Schuldübernahme enthält die Erklärung der Beklagten, der Kläger solle nichts verlieren, sie würde persönlich für die Schuld ihres Bruders aufkommen. Diese Erklärung geht über den Rahmen einer Bürgschaftserklärung in keiner Weise hinaus. Es ist daraus nicht zu ersehen, daß die Beklagte nicht für eine fremde Schuld habe einstehen, sondern unabhängig von dem Fortbestande dieser eine eigene selbständige Verbindlichkeit habe eingehen wollen. Es ist nicht ersichtlich, daß die Beklagte den Willen gehabt und zum Ausdrucke gebracht hätte, es solle jetzt so angesehen werden, als ob sie mit ihrem Bruder zusammen das Darlehen erhalten hätte. **c)** BankA. **10** 383 (Jena). Die Erklärung der Ehefrau des Schuldners, sie werde für den gesamten Betrag aus eigenen Mitteln aufkommen, erzeugte eine formfreie Schuldübernahme, da sie an der Bezahlung der Schuld ein eigenes persönliches Interesse hatte. Sie hatte nicht nur das allgemeine Interesse, das jede Ehefrau eines in Zahlungsschwierigkeiten befindlichen Schuldners hat, daß er vor Klage und Vollstreckung bewahrt bleibe. Sie wußte vielmehr, daß der Gläubiger gesonnen war, wegen der Abhebung eines Betrags Strafanzeige zu erstatten, und diese auch ihr als der Erheberin des Geldes drohende Anzeige auszuschließen, hatte sie ein besonderes eigenes Interesse, mochte sie nun die Vorwürfe des Gläubigers für begründet halten oder nicht. **d)** LeipzZ. **11** 313 Nr. 3, ThürBl. **58** 249 (Jena). Trotz Gebrauchs der Bezeichnung „Bürgschaft" ist nach Lage der Sache kumulative Schuldübernahme anzunehmen. Diese wurde durch den Akkord nicht berührt, während eine Bürgschaft gemindert worden wäre. Der Kläger hätte, wenn er die Beklagten nur zu Bürgen genommen hätte, also das, was er erlangt hätte, am nächsten Tage teilweise wieder aufgegeben. Eine solche Absicht ist nicht anzunehmen.

3. Privative oder kumulative Schuldübernahme? **a)** **RG.** VI. JW. **11** 644, R. **11** Nr. 3068. Wenn auch die Übernahme einer Hypothekenschuld gelegentlich der Veräußerung eines Grundstücks an sich in verschiedenem Sinne erfolgen kann, so wird doch regelmäßig und im Zweifel privative Schuldübernahme gewollt sein. **b)** Bedingte Schuldübernahme. *Reichel, DJZ. **11** 1146. Privative Schuldübernahme (Schuld nach übernahme) kann auch bedingt abgeschlossen werden. Besteht jedoch die Bedingung in der Zahlungsfähigkeit des Schuldübernehmers, so ist im Zweifel privative Schuldübernahme überhaupt nicht, vielmehr kumulative Schuldübernahme (Schuld mit übernahme) gegeben (§ 133 BGB.).

4. Gesetzliche Schuldübernahme. Reichel, R. **11** 574/575. Der Frachtvertrag ist ein Vertrag zugunsten des Empfängers als eines Dritten. Mit Annahme von Gut und Brief entsteht der Tatbestand der gesetzlichen Schuldmitübernahme (kumulativ), nur im Seefrachtvertrag entsteht gesetzliche Nachübernahme (privativ) der Frachtlohnschuld. Infolgedessen werden die §§ 417, 418 und 422 ff. anwendbar.

§ 415. I. Vorherige Zustimmung. **RG.** I. LeipzZ. **11** 458, Schl. HolstAnz. **11** 246, WarnE. **11** 298. Wird die Zustimmung des Hypothekengläubigers zur Übernahme der Hypothekenschuld vorher erteilt (**RG. 60** 416), so ist im Zweifel die Eintragung des Erwerbers des belasteten Grundstücks als Eigen-

tümers im Grundbuche die Bedingung für die Wirksamkeit der vorherigen Zustimmung des Gläubigers.

II. Die Genehmigung. 1. Genehmigung dem Übernehmer gegenüber. **RG.** VI. JW. **11** 644 Nr. 10, R. **11** Nr. 3069. Die Genehmigung kann der Gläubiger wirksam nicht nur dem alten Schuldner, sondern auch dem Übernehmer gegenüber erklären (§ 182). Unrichtig ist die Ansicht des KG., daß § 182 nicht anwendbar sei, da hier nicht die Wirksamkeit eines Vertrags von der Zustimmung eines Dritten abhänge, sondern erst ein Vertrag zwischen dem alten Schuldner und dem Gläubiger geschlossen werden solle. Denn der Schuldübernahmevertrag wird zwischen dem alten Schuldner und dem Übernehmer geschlossen und wirksam durch die Genehmigung des Gläubigers.

2. Genehmigung noch nach der Weiterveräußerung des Grundstücks zulässig. **RG.** II. **75** 338, JW. **11** 442, LeipzZ. **11** 382, WarnE. **11** 252, R. **11** Nr. 1714. Die Frage, ob der Gläubiger die in Anrechnung auf den Kaufpreis erfolgte Übernahme der Restkaufschuld durch die zweiten Abkäufer des Grundstücks auch dann noch mit der im § 415 vorgesehenen Wirkung genehmigen könne, wenn diese das Grundstück bereits an einen Dritten weiterveräußert haben und der Dritte seinerseits auch ihnen gegenüber die Restkaufschuld des Erstkäufers in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hat, wird vom RG. bejaht. Die Annahme des BerG., daß eine auf die Dauer der Besitzzeit befristete, gleichsam an das Grundstück gebundene Schuldübernahme vorliege, ist unrichtig und kann nicht durch eine nur in der Regel vorhandene Verkehrsauffassung begründet werden. Der Gläubiger handelt auch nicht arglistig, wenn nichts weiter vorliegt, als daß er die Genehmigung erst nach dem Ablaufe von zwei Jahren erteilt hat. Er handelt lediglich im wohlverstandenen eigenen Interesse.

3. Formlose Genehmigung. **RG.** II. R. **11** Nr. 3297. Die Genehmigung ist auch dann formlos möglich, wenn der Übernahmevertrag Bestandteil eines unter § 313 BGB. fallenden Vertrags ist.

4. OLG. **22** 212 v α, R. **11** Nr. 1885 (Rostock). Keine Genehmigung der Hypothekenübernahme liegt vor, wenn der Hypothekar dem Beklagten, als dieser ihm mitteilte, daß er das Grundstück verkaufen wolle, nur erklärt hat, daß er seine Hypotheken, deren Kündigung für längere Zeit ausgeschlossen war, stehen lassen wolle (in der Annahme, daß ohne seine Zustimmung die Hypotheken im Falle des Verkaufs sofort fällig wurden). Von der Übernahme der persönlichen Schulden durch den Käufer ist keine Rede gewesen. Daraus, daß beide Parteien übereinstimmend annahmen, daß der Schuldner im Verkaufsfalle von jeder Haftung frei werde, kann auf eine Entlassung des Schuldners aus der persönlichen Haftung um so weniger geschlossen werden, als beide von dem Bestehen einer von der Hypothek verschiedenen persönlichen Schuld überhaupt nichts wußten.

5. BankA. **10** 255 (Jena). Läßt sich der Gläubiger nach Anzeige der Schuldübernahme von dem übernehmenden Dritten Wechsel geben, klagt diese sogar ein und schreibt er in seinen Büchern die Forderung auf den Übernehmer um, so liegt in diesen Handlungen allein keine Genehmigung der Schuldübernahme.

§ 416. 1. Oberneck, BayRpflZ. **11** 9 (10). § 416 findet auf Grund- und Rentenschulden keine Anwendung. Die Übernahme könnte nur in der Weise erfolgen, daß der Verkäufer mit dem Käufer vereinbarte, daß die Grundschuld in eine Hypothek für den vom Käufer zu zahlenden und zu stundenden entsprechenden Teil des Kaufpreises umgewandelt würde.

2. SeuffA. **66** 355, SchlHolstAnz. **11** 92 (Kiel). Unanwendbarkeit des § 416 und Anwendbarkeit des § 414, wenn der Gläubiger die Übernahme der Hypothekenschuld dadurch tatsächlich genehmigt hat, daß er mit dem Übernehmer eine Erhöhung des Zinsfußes vereinbart hat.

3. OLG. **22** 214, MecklZ. **29** 189 (Rostock). Wenn auch nur von „Hypotheken" in der Urkunde die Rede ist, ist doch anzunehmen, daß auch eine Übernahme der persönlichen Schulden gewollt ist; hierfür sprechen die Worte, X. übernehme die Hypotheken als Alleinschuldner.

4. OLG. **22** 214, MecklZ. **29** 189 (Rostock). Bestreitet der Gläubiger den Empfang der Mitteilung des Veräußerers, so ist nicht der Editionseid, sondern der Schiedseid aufzuerlegen, und zwar nicht über den Zugang, sondern über den Empfang; das Zugehen war nicht notwendig Gegenstand der Wahrnehmung des Gläubigers.

§ 417. **RG.** V. WarnE. **11** 299 Nr. 263. Der Schuldübernehmer kann, gleichgültig, ob eine Schuldübernahme im Sinne des § 414 oder der §§ 415, 416 vorliegt, alle Einwendungen vorbringen, die die Gültigkeit des Schuldübernahmevertrags betreffen, der an sich ein abstrakter Vertrag ist, während bei einer Schuldübernahme im Sinne der §§ 415 oder 416 Einwendungen aus dem diesem Vertrage zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse an sich ausgeschlossen sind. Es bedarf daher der Aufklärung, ob die Anfechtung, die der Beklagte erklärt hat, sich nur gegen das ursächliche Geschäft oder auch gegen die Übernahme richtet, sei es ausdrücklich, sei es, weil letztere nur als Bestandteil dieses Geschäfts anzusehen ist und dann im Falle wirksamer Anfechtung mit ihm ohne weiteres hinfällig würde.

§ 419. 1. *Kaufmann, Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen (Fischers Abhandlungen **22** Heft 2. München 1912, Beck). Zum Vermögensbegriffe dieses Paragraphen gehören auch die Schulden. Sie gehen also auf den Erwerber über. Dieser wird „der persönliche Schuldner" (aM. **RG. 69** 283), während bei dem Übergebenden nur eine Haftung verbleibt. Das ergibt der Wortlaut und die folgerichtige Zuendeführung des Gedankenganges des RG. (55 f. Anm. 8).

2. OLG. **23** 21 (Celle). Der Begriff der Vermögensübernahme erfordert, daß die Vertragschließenden sich bewußt sind, daß nicht nur eine Übertragung einzelner, wenn auch das Vermögen des Veräußerers erschöpfender Vermögensgegenstände vorliegt, sondern der Übergang eines Vermögenskomplexes. Liegt eine Vermögensübernahme in diesem Sinne vor, so ist ohne Bedeutung, ob sie entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt und ob einzelne im Verhältnisse zum Ganzen unbedeutende Vermögensstücke von dem Übergang ausgeschlossen bleiben (Annahme der Vermögensübernahme beim Verkauf eines „Bürgerwesens" nebst sämtlichem Zubehöre).

3. Ist die Sicherungsübereignung Vermögensübertragung nach § 419? a) Hoeniger, Die Sicherungs-Übereignung von Warenlagern. Mannheim und Leipzig 1911, Bensheimer (= DNotV. **11** 177—229). Bei der Sicherungsübereignung kann der Tatbestand des § 419 leicht gegeben sein, so z. B. bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern, wenn der Schuldner außer dem Warenlager nichts mehr besitzt (vgl. **RG. 69** 419). Es empfiehlt sich in solchen Fällen eventuell, d. h. für den Fall, daß der Übereignungsvertrag gültig ist, klagend oder widerklagend gemäß § 419 von dem neuen Eigentümer unmittelbar Zahlung zu verlangen (222—224). b) Weißler, Zur Frage der Sicherungsübereignung, DNotV. **11** 546—556, gibt die Möglichkeit der Anwendung des § 419 auf Sicherungsübereignungen zu, zumal RG. schon die Übertragung der hauptsächlichsten Vermögensteile als Vermögensübertragung bezeichnet (DNotV. **10** 429). Doch läßt sich einwenden, daß der Übereigner keinesfalls den Hauptteil seines Vermögens weggibt, da er ja den Anspruch auf Rückübereignung behält; vgl. **RG.** JW. **11** 320 Nr. 7 (554). c) Dagegen OLG. **22** 215, R. **11** Nr. 1888 (Hamburg). Keine Vermögensübertragung im Sinne von § 419 ist die Sicherungsübereignung, auch nicht der Verkauf nur der einzelnen

Mobilien und Warenbestände, ohne die Geschäftsforderungen (deren Ausschluß bei einem im Betriebe befindlichen Geschäfte kaum denkbar ist) und ohne daß das Geschäft als solches mit dem Werte, den die Kundschaft darstellt, veranschlagt ist.

4. **RG.** II. **76** 1, R. **11** Nr. 35. § 419 erfordert einen rechtswirksamen Übernahmevertrag und gewährt den Gläubigern nicht einen selbständigen, von einem Übernahmevertrag unabhängigen Anspruch aus dem bloß tatsächlich erfolgten Übergange des Vermögens ihres Schuldners.

5. Verhältnis zu § 311. **RG.** II. **76** 1, LeipzZ. **11** 142 Nr. 16, R. **11** Nr. 36. Die Voraussetzungen der §§ 419, 311 sind nicht identisch. Das Anwendungsgebiet des § 419 geht vielmehr über dasjenige des § 311 hinaus. Insbesondere hat § 419, der bezweckt, dem Übernehmer eines Vermögens durch Vertrag eine von der Willkür der Vertragschließenden unabhängige Haftung für die Schulden des Übertragenden aufzuerlegen, Anwendung zu finden auf obligatorische Verträge, die die Veräußerung einzelner, von den Beteiligten speziell bezeichneten Vermögensstücke zum Gegenstande haben, wenn diese Vermögensstücke tatsächlich das ganze Vermögen des Veräußerers ausmachen und die Beteiligten sich dessen bewußt sind.

6. PosMSchr. **11** 168 (Posen). Anwendung des § 419 auf einen Gutsüberlassungsvertrag zwischen Vater und Sohn. Gleichgültig ist, daß dem Vater die notwendigsten Kleidungsstücke und einige geringwertige, der Pfändung entzogene Sachen sowie der vereinbarte Anspruch auf das Ausgedinge verblieben.

Sechster Abschnitt. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

Vorbemerkung: Hingewiesen sei auf die Judikatur zu § 426 Nr. 4: Beseitigung der Ausgleichungspflicht gemäß § 254.

Literatur: Kaufmann, Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen (Fischers Abhandlungen **22** Heft 2). München 1912. Beck.

§§ 420 ff. 1. *Kaufmann 94, 104 ff. Die Vorschriften dieses Abschnitts finden auf die Forderungen einer Gesellschaft keine Anwendung, wohl aber auf ihre Schulden. Denn diese gehören im Gegensatze zu jenen zwar zur Gesellschaftssphäre, nicht aber zur Gesamthandsphäre (Gesellschaftsvermögen), und es bleiben deshalb auf die Schulden die allgemeinen Regeln — und nur diese — anwendbar, während die Forderungen nach den Grundsätzen der gesamten Hand behandelt werden müssen (vgl. § 718).

2. Hallbauer, Eine zivilrechtliche Bestimmung des Zuwachssteuergesetzes, R. **11** 713—717, erörtert die sich aus mehreren Zwischenverkäufen ergebende gesamtschuldnerische Haftung aller Beteiligten für den gesamten Wertzuwachs (§§ 27, 5, 32 WZuwG.), die Ausgleichung der Beteiligten untereinander und die zur Vermeidung von Ausfällen erforderlichen ausdrücklichen Vereinbarungen.

§ 420. 1. *Kaufmann (s. vor §§ 420 ff.). Neben der proratarischen Haftung von einzelnen Gesellschaftern für zur Gesellschaftssphäre (nicht aber Gesamthandsphäre, Gesellschaftsvermögen — s. Vorbem.) gehörige Schulden wird regelmäßig auch eine Gesamthaftung mit dem Gesellschaftsvermögen als vereinbart gelten müssen. Diese fällt nur weg (regelmäßig) bei Schulden aus §§ 683 und 741 (Geschäftsf. o. Auftr. — Gemeinsch.), weil hier keine Abrede auch nur nebenhergeht, aus deren Willen man eine Vereinbarung jenen Inhalts entnehmen könnte. Hier bleibt es also bei reiner Teilhaftung (105).

2. **RG.** I. 22. 2. 11, **75** 308, JW. **11** 400, LeipzZ. **11** 378 Nr. 2, BankA. **11** 286. Der teilbare und nach § 420 geteilte Anspruch auf die Tantieme steht nur dem einzelnen Mitgliede des Aufsichtsrats einer AktG., nicht diesem als

einer Einheit zu. Der Aufsichtsrat ist nicht selbst wiederum eine Gesellschaft oder gar eine selbständige Rechtspersönlichkeit.

§ 422. 1. Rechtsverhältnis, wenn zwei Schuldner, von denen der eine ex contractu, der andere ex delicto haftet. HansGZ. **11** Hptbl. 259 (Hamburg). Ob § 422 in solchem Falle (unechter Solidarität) die Modifikation erleidet, daß der ex contractu in Anspruch Genommene sich die Rechte des Gläubigers gegen den ex delicto Haftenden rechtswirksam zedieren lassen kann, bedarf hier nicht der Entscheidung, da eine solche Zession nur so lange mit Rechtswirkung erfolgen kann, als der Gläubiger noch eine Forderung gegen den ex delicto Haftenden besitzt, also spätestens bei Leistung des ex contractu Haftenden. Ist diese Leistung aber ohne Zession der Rechte gegen den ex delicto Verpflichteten erfolgt, so hat der Gläubgier keine Rechte mehr, die er zedieren kann.

2. Abs. 2. *Kaufmann 110 (s. vor §§ 420 ff.). Die „durch die Gesellschaft" erklärte Aufrechnung der Privatforderung eines Gesellschafters gegen eine sämtliche Gesellschafter solidarisch ergreifende Gesellschaftsschuld ist zwar nicht aus den Gründen von **RG. 31** 81, wohl aber deswegen unter allen Umständen wirksam, weil die Aufrechnungserklärung „der Gesellschaft" betreffend eine Gesellschafts schuld nur eine kumulierte Erklärung aller Gesellschafter — also auch des in Aufrechnungslage befindlichen — darstellt, indem die bestehende gesamthändische Bindung die Gesellschaftsschulden unberührt läßt (s. § 718).

§ 425. Literatur: Leonhard, Die Abtretung des Anspruchs gegen einen von mehreren Gesamtschuldnern, R. **11** 241—246. — Reichel R. **11** 328.

1. SeuffA. **66** 331 Nr. 169 (Rostock). Nach der Üblichkeit des Wechselverkehrs mit Banken, die regelmäßig Wechsel nur diskontieren, wenn sie mehrere Unterschriften tragen, muß angenommen werden, daß in der Regel die von einem Mitaussteller erwirkte Prolongation auch zugunsten der übrigen Mitaussteller wirken soll, daher muß auch jeder Mitaussteller eines Bankwechsels ohne weiteres als ermächtigt gelten, die Stundung auch für die übrigen Mitaussteller zu erwirken, solange sie nicht diese Ermächtigung eingeschränkt oder widerrufen haben oder ihrerseits den Wechsel einlösen.

2. R. **11** Nr. 1715 (Stuttgart). Sind Eheleute Gesamtschuldner, so muß im Zweifel eine durch einen Ehegatten abgegebene Anerkenntniserklärung als verjährungsunterbrechend auch gegenüber dem anderen wirken. Die Ausnahme: soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt, trifft nach natürlicher Auffassung hier zu.

3. Die Abtretung des Anspruchs gegen einen von mehreren Gesamtschuldnern. Separatzession. a) Leonhard, R. **11** 241—246, bekämpft die herrschende Lehre, welche zu den im § 425 nicht besonders erwähnten Reflexmöglichkeiten auch die Einwirkung der Zession des Rechtes gegen einen der Schuldner rechnet. Nach Leonhard ist entweder der Anspruch gegen den anderen Schuldner stillschweigend mitabgetreten oder die Zession ist ungültig oder höchstens durch Konversion aufrechtzuerhalten, nämlich durch Umdeutung in eine einfache Eintreibungsvollmacht gegenüber nur einem der Gesamtschuldner oder auch nach Lage des Falles bei Abtretung an einen Nichtgesamtschuldner in eine Zession der vollen Forderung mit einer für den Zedenten vorbehaltenen Eintreibungsvollmacht gegenüber dem nicht ausdrücklich abgetretenen Gesamtschuldner. b) Hiergegen *Reichel, R. **11** 328. Separatzession nicht erwünscht, aber zulässig. Zulässig auch Abtretung der Forderungen gegen alle an einen der Gesamtschuldner; Folge: der Zessionar selbst wird frei (Abtretung insoweit = Erlaß), die Mitschuldner schulden dem Zessionar fort, jedoch nur nach Maßgabe ihres Regreßverhältnisses zum Zessionar als Mitschuldner.

§ 426. 1. **RG.** JDR. **9** Nr. 1 a jetzt auch LeipzZ. **11** 151 Nr. 3, EisenbE. **27** 409.

2. OLG. **22** 215, R. **11** Nr. 1889 (Hamburg). Von mehreren Teilempfängern eines verfrachteten Kahnes hat derjenige Empfänger, der seine Löschzeitquote überschreitet und dadurch eine Liegegeldforderung verursacht, allein für diese aufzukommen und ist dementsprechend dem Empfänger, der dieserhalb vom Schiffer in Anspruch genommen ist, hierfür erstattungspflichtig. Dies ist als stillschweigendes Einverständnis aller Empfänger anzusehen. Nur bei außergewöhnlichen Umständen könnte etwas anderes gelten.

3. R. **11** Nr. 1890 (Rostock). Die Schankkonzessionssteuer, für die nach der Steuerverordnung neben dem Inhaber der konzessionspflichtigen Wirtschaft der Grundstückseigentümer als Gesamtschuldner haftet, hat im Verhältnisse der Gesamtschuldner zueinander mangels besonderer Abrede der Konzessionsinhaber zu tragen.

4. Beseitigung der Ausgleichungspflicht gemäß § 254. a) **RG.** VI. 22. 12. 10, **75** 251 (255), JW. **11** 217, LeipzZ. **11** 297 Nr. 15, R. **11** Nr. 702. Die anderweitige Regelung, auf welche § 426 hinweist, kann durch ein Vertragsverhältnis gegeben sein und nicht nur ausdrücklich, sie kann sich auch aus den Verhältnissen von selbst ergeben. Es ist zu prüfen, wer in dem Verhältnisse der Gesamtschuldner dem anderen gegenüber der allein oder der vorwiegend Schuldige ist. Verteilung des Schadens gemäß der entsprechend anzuwendenden Bestimmung des § 254 nach den Umständen, nach der Schwere des Verschuldens und dessen Bedeutung für die Verursachung des eingetretenen Erfolges. Die Anordnung der gleichmäßigen Verteilung des Schadens bei der Ausgleichung auf die Gesamtschuldner ist eine Hilfsregel, die nur Platz greift, wo ein anderweitiger Verteilungsmaßstab nicht gegeben ist. b) **RG.** VI. 19. 6. 11, JW. **11** 753, BayRpflZ. **11** 336, LeipzZ. **11** 772 Nr. 8, WarnE. **11** 439, DJZ. **11** 1218, R. **11** Nr. 3056 und 3070. Diese Grundsätze sind nicht auf die Fälle zu beschränken, wo dem einen Gesamtschuldner die Verletzung einer Vertragspflicht gegen den anderen zur Last fällt, sie gelten auch, wenn beide Gesamtschuldner aus unerlaubter Handlung haften, und sind insbesondere auch auf den Ausgleichungsanspruch des aus § 1 HaftpflG. ersatzpflichtigen Eisenbahnunternehmers anwendbar. Die anderweitige Regelung kann eben nicht nur durch ein Vertragsverhältnis, sondern auch durch das Gesetz oder die Natur des besonderen Rechtsverhältnisses gegeben sein. Eine solche anderweite gesetzliche Regelung enthält § 254. Die Anwendung des § 254 kann auch nicht nur Teilung, sondern den Rückgriff auf den vollen Ersatz begründen. c) Keine Ausgleichungspflicht in den Fällen des § 840, wenn den einen Gesamtschuldner Gefährdungshaftung (HaftpflG. § 1), den anderen Verschuldungshaftung trifft. α. OLG. Dresden JDR. **9** Nr. 2 b jetzt auch EisenbE. **27** 285, Sächs. OLG. **32** 546. β. OLG. Naumburg JDR. **9** Nr. 2 c jetzt auch EisenbE. **27** 331.

§ 427. 1. *Kaufmann (s. vor §§ 420 ff.). Die Vorschrift darf nicht auf eine durch einseitiges Rechtsgeschäft von mehreren eingegangene Verpflichtung Anwendung finden, wie die herrschende Meinung will. Das Gesetz würde sonst bestimmen: „... Verpflichten sich mehrere durch Rechtsgeschäft ...“, welcher Fassung nichts im Wege gestanden hätte (105).

2. *Kaufmann (s. vor §§ 420 ff.). Wegen der Anwendbarkeit der Vorschrift auf die Gesellschaftsschulden vgl. Bem. zu § 718 und vor §§ 420 ff. Nr. 1.

3. Tarifvertrag. **RG.** III. JW. **11** 1014 Nr. 4. Kein Gesamtschuldverhältnis zwischen dem vertragschließenden Verband und den einzelnen Arbeitern. Denn der Verband hat sich nicht durch Vertrag gemeinschaftlich mit den Arbeitern zu derselben Leistung verpflichtet. Vgl. auch §§ 611 ff. Nr. II 2 b.

4. OLG. Kiel JDR. **9** Nr. 2 jetzt auch OLG. **22** 217.

§ 428. Literatur: Löwe, Unechte Gesamtgläubigerschaft? KGBl. 11 29—30.

1. Loewe, KGBl. **11** 29—30. Gesamtgläubigerschaft gemäß § 428 liegt nur vor, wenn die Ansprüche der mehreren Gläubiger einen einheitlichen Entstehungsgrund haben. Bestehen dagegen mehrere Ansprüche mit selbständigem Rechtsgrunde, die nur zufällig auf denselben Gegenstand gerichtet sind, so finden §§ 428, 430 keine Anwendung. Man kann hier von unechter Gesamtgläubigerschaft sprechen. Der Schuldner kann sich nur durch Hinterlegung (§ 372 BGB., §§ 72—77 ZPO.) helfen.

2. OLG. **22** 218, R. **11** Nr. 1891 (KG.). Aus dem Rechte des Schuldners, an den einen Gesamtgläubiger zu leisten, folgt nicht das Recht, dem anderen die Leistung zu verweigern. Dies ist nur dann richtig, wenn er an den ersten wirklich geleistet hat und nicht schon, wenn er nur sagt, er sei berechtigt, an den ersten zu leisten. Sonst könnte keiner der Gesamtgläubiger für sich allein die ganze Leistung fordern und das widerspricht der klaren Bestimmung des § 428.

§ 432. *Kaufmann 97 ff. (s. vor §§ 420 ff.). Zu Unrecht gibt **RG. 70** 32 auch den einzelnen Gesellschaftern die Rechte des Paragraphen: denn während unverbundene Gesamtgläubiger möglichst voneinander befreit dastehen sollen, ist die gegenseitige Beschränkung das innerste Wesen der Gesamthand. Soll diese Beschränkung zurückgedrängt werden, so bedarf es einer besonderen Bestimmung, wie sie z. B. in dem entsprechenden § 2039 für Miterben enthalten ist, dessen Vorhandensein schon an und für sich e contrario die Meinung des RG. zu widerlegen geeignet erscheint.

Siebenter Abschnitt. Einzelne Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Kauf. Tausch.

Literatur: Cohn, Schadensersatz wegen Betrugs beim Kaufe, JW. **11** 137—140. — Flechtheim, Der nachträgliche Eigentumsvorbehalt, JW. **11** 345—348. — Freudenthal, Voraussetzungen des Verzugs des Käufers bei dem Kaufe auf Abruf. Halle 1911. — Fromherz, Trächtigkeitszusage und Verjährung, GruchotsBeitr. **55** 222—234. — Gerhard, Die Abnahmepflicht des Käufers nach dem BGB. — Gottschalk, Bedeutung einer Garantiezusage für die Mängelanzeige des § 377 HGB. und die Verjährungsfrist des § 477 BGB., JW. **11** 482—484. — Heuer, Über Vertragsklauseln in bezug auf Abladung und Verschiffung des Kaufgegenstandes im überseeischen Handelsverkehre, LeipzZ. **11** 102 bis 118. — Heyer, Der Gefahrübergang beim Kaufe mit Eigentumsvorbehalt. Berlin 1911. — Oertmann, Die Entstehung der ädilizischen Ansprüche, SeuffBl. **11** 1—8. — Thiele, Drei Fragen aus der Lehre vom Grundstückskaufe, DNotV. **11** 624—635.

I. Allgemeine Vorschriften.

§ 433. I. 1. *Gerhard, Abnahmepflicht des Käufers. Die Abnahmepflicht, eine selbständige klagbare Schuldnerverpflichtung, die vertraglich ausgeschlossen werden kann, bedeutet eine Verpflichtung des Käufers zur körperlichen Wegnahme der Ware. Mit der Abnahme geht die Ware aus dem Besitze des Verkäufers in den des Käufers über und zwar ist die tatsächliche Gewalt, die der abnehmende Käufer über die Sache erlangt, regelmäßig als Eigenbesitz zu betrachten. Der Erwerb des Eigentums ist mit der bloßen Abnahme nicht verknüpft, da diese für sich allein noch nicht die Äußerung des Willens enthält, Eigentümer zu werden (42). Mit einer Annahme als Erfüllung braucht sich die Abnahme nicht zu verbinden (46). Voraussetzung der Abnahmepflicht ist, daß der Verkäufer sich im Besitze der Sache befindet. Eine Ware, die der Verkäufer selbst erst bei einem Dritten, z. B. bei einem Großhändler gekauft und noch nicht abgenommen hat und auf die er nur einen obligatorischen Anspruch hat, braucht der Käufer bei dem Dritten nur auf Grund besonderer Vereinbarung abzunehmen. Ist die Sache nicht im unmittelbaren, sondern im mittelbaren Besitze des Verkäufers, so wird, wenn der Verkäufer, um seiner Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung zu genügen, dem Käufer den dinglichen Her-

ausgabeanspruch abtritt und sich mit ihm über den Eigentumsübergang einigt, die Abnahmepflicht infolge der Beendigung des Besitzes des Verkäufers und infolge des Eigentumswechsels hinfällig. Ist der Verkäufer im Besitze der Sache und wird zwischen ihm und dem Käufer ein Rechtsverhältnis vereinbart, vermöge dessen der Käufer den mittelbaren Besitz erlangt (constitutum possessorium), so liegt in dieser Verabredung ein Verzicht des Verkäufers auf alsbaldige Abnahme; ein dauernder Verzicht auf den Abnahmeanspruch ist jedoch in der Vereinbarung eines solchen Rechtsverhältnisses im Zweifel nicht zu erblicken (75). Eine weitere Voraussetzung der erfolgreichen Erhebung des Abnahmeanspruchs ist die Mangelfreiheit der Kaufsache. Der Käufer einer bestimmten Einzelsache, die schon zur Zeit des Kaufabschlusses mangelhaft war, kann ihre Abnahme nicht wegen der mangelnden Erfüllungsbereitschaft des Verkäufers, sondern nur einredeweise auf Grund seiner Gewährleistungsansprüche verweigern. Zur Verweigerung der Abnahme ist der Käufer auch dann berechtigt, wenn er nicht wandeln, sondern mindern will (67). Wird die Abnahme verweigert, so wird dadurch die Ablieferung vereitelt. Diese ist der mit der Abnahme korrespondierende Akt. Sie ist diejenige Handlung, durch die die Ware aus der Verfügungsgewalt des Verkäufers in die des abnahmebereiten Käufers gelangt (76). Gegenstand der Abnahmepflicht sind nicht nur bewegliche Sachen, sondern auch Grundstücke. Der Grundgedanke, der zur Anerkennung der Abnahmepflicht der beweglichen Sachen geführt hat, muß auch bei Grundstücken zur Geltung kommen. Dieser Gedanke geht dahin, daß der Verkäufer in seinen Interessen nicht dadurch beeinträchtigt werden soll, daß er aus Gründen, die beim Käufer liegen, zu dem verkauften Gegenstand in Beziehungen verbleibt, deren Lösung er auf Grund des Kaufgeschäfts erwarten durfte. Der Verkäufer hat bei Grundstücken ein Interesse am Übergange des Eigentums auf den Käufer, insbesondere wegen der auf dem Grundstücke ruhenden privat- und öffentlich-rechtlichen Lasten. Demgemäß ist die Entgegennahme der Auflassung eine zur Erfüllung der Abnahmepflicht gehörige Verpflichtung des Käufers (53 ff.). Der obenbezeichnete Gedanke spricht grundsätzlich auch für die Bejahung der Frage, ob der Käufer eines Rechtes zur Abnahme, d. h. zur Übernahme des Rechtes durch Mitwirkung bei der Rechtsübertragung verpflichtet ist und ob ihn bei Rechten, die zum Besitz einer Sache berechtigen, eine Verpflichtung zur Abnahme der Sache trifft (58). Vgl. weiter oben Ziff. I 1 zu zu § 196, zu § 271 und Ziff. II 1 zu § 326 und unten zu § 888 ZPO.

2. *Freudenthal, Voraussetzungen des Verzugs des Käufers bei dem Kaufe auf Abruf: Der Kauf auf Abruf ist als betagter Kauf aufzufassen.

3. Heuer, LeipzZ. **11** 102 ff. Der Umstand, daß die Ware zu einer bestimmten Zeit verladen sei, kann nicht als eine ihr innewohnende Eigenschaft angesehen werden, weil es sich dabei nicht um einen bleibenden Zustand handelt (vgl. **RG. 71** 309). Nur in denjenigen Fällen, in denen eine gewisse Zeit der Abladung in einem bestimmten Hafen im Verkehre zugleich als Merkmal der Provenienz der Ware und einer besonders guten Ernte gilt, hat der Käufer bei Nichteinhaltung der Abladefrist ein Recht auf Wandelung des Kaufes wegen Mangels zugesicherter Eigenschaft. Bei einem Kaufe mit fester Abladefrist ist jedoch als stillschweigend vereinbart anzusehen, daß die Abladung binnen der bestimmten Frist dieselbe Bedeutung für die dem Käufer bei Nichteinhaltung dieser Frist zustehenden Rechte haben solle, wie das Versäumen der rechtzeitigen Leistung bei einem Fixgeschäfte. Der Käufer kann daher bei Andienung nicht rechtzeitig abgeladener Ware ohne weiteres vom Vertrage zurücktreten, ohne an die Beobachtung der Bestimmung des § 326 BGB. gebunden zu sein. Der Abladeklausel nahe verwandt ist die Erwartungsklausel. Diese Klausel kommt meist nur bei Käufen aus zweiter Hand vor, wenn bezüglich derselben Ware von der ersten Hand bei ihrem Kaufe Abladung binnen bestimmter Frist bedungen ist. Die hinsichtlich der Beobachtung der Abladefrist

entwickelten Regeln finden auf die Erwartungsklausel entsprechende Anwendung, indem der Verkäufer für so rechtzeitige Verladung der Ware aufzukommen hat, daß sie normalerweise innerhalb der gesetzten Frist im Inlande erwartet werden kann (vgl. HansGZ. **06** 309, **07** 19). Daß die Erwartungsklausel ebenso wie die Abladeklausel, die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft der Kaufsache bedeute, wie Staub (8) § 376 Anm. 38 annimmt, ist unzutreffend. Beim Verkauf einer als schwimmend bezeichneten Ware unter Hinzufügung der Zeit, seit welcher die Ware ungefähr schwimmend ist, ist zu berechnen, wann die Ware, um die angegebene Zeit unterwegs zu sein, spätestens im Verschiffungshafen abgeladen sein mußte und es gelten hinsichtlich des so ermittelten Zeitpunkts gleichfalls alle Regeln über Wahrung der Abladefrist (vgl. **RG. 30** 59). Ist der Zeitpunkt, seit welchem die Ware schwimmt, im Kaufvertrage nicht angegeben, so ist der Berechnung die Annahme zugrunde zu legen, daß das die Ware heranbringende Schiff spätestens beim Abschlusse des Kaufes abgefahren sei. Ist der Name des transportierenden Dampfers hinzugefügt, so gilt nur die Lieferung der Ladung dieses Dampfers als Vertragserfüllung und braucht das Angebot aus einem anderen, wenn auch rechtzeitig abgefahrenen Dampfers vom Käufer nicht angenommen zu werden. Die Ausdrücke „Verladung" und „Verschiffung" werden im allgemeinen im Handelsverkehre lediglich synonym mit „Abladung" gebraucht.

4. Heuer, LeipzZ. **11** 115. Der Handelsverkehr hat der Benutzung des vorgeschriebenen Transportmittels und der Einhaltung des für die Beförderung angegebenen Weges eine so wesentliche Bedeutung für die Erfüllung des Verkäufers beigelegt, daß eine Abweichung von der Vorschrift das Angebot des letzteren als nicht vertragsmäßig und den Käufer zur Zurückweisung der nicht auf die vorgeschriebene Weise herangebrachten Ware berechtigt erscheinen läßt. Ist „Kasse gegen Dokumente" verkauft, so ist der Käufer also nur dann zur Einlösung verpflichtet, wenn sie in zweifelsfreier Weise die Beobachtung dieser Vertragsklauseln ergeben. Der bloße Umstand, daß die Ware auf bestimmte Art und Weise transportiert ist, kann als eine Eigenschaft derselben nicht angesehen werden, eine Wandelung des Kaufes kann demnach nicht in Frage kommen. — Die nicht klauselmäßige Beförderung der Ware berechtigt den Käufer nicht, ohne weiteres endgültig vom Vertrage zurückzutreten. Soweit noch Erfüllung möglich ist, muß er zunächst gemäß § 326 BGB. verfahren, ehe er die weiteren aus dieser Bestimmung ersichtlichen Rechte geltend machen kann.

5. *Collatz, Zur Theorie der Realgeschäfte und der ungerechtfertigten Bereicherung: Auch der sog. Realkauf (Baarkauf, Handkauf) ist, wie alle Realgeschäfte, Konsensualkontrakt.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 14. 2. 11, HoldheimsMSchr. **11** 149. Es besteht, abgesehen von besonderen Umständen, keine Erkundigungspflicht des Käufers bezüglich des Eigentums des Verkäufers an der zu verkaufenden Sache. Das Unterlassen solcher Erkundigung stellt daher kein Verschulden des Käufers dar, das seinen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gegen den Verkäufer ausschließt, falls dieser wegen mangelnden Eigentums oder Alleineigentums zur Leistung der verkauften Sache außerstande ist. Das gilt auch dann, wenn der Käufer die Anregung zum Abschlusse des Kaufvertrags gegeben hat.

2. **RG.** 18. 10. 10, GruchotsBeitr. **55** 629. Illoyales Verhalten des Käufers gegenüber dem Verkäufer ohne eine erhebliche Verletzung der durch den Kaufvertrag begründeten Pflichten berechtigt den Verkäufer nicht zum Rücktritte vom Vertrage.

3. KGBl. **11** 80 (KG.). Hinsichtlich der Nummern von Kraftdroschken wird in Berlin durch die andauernde tatsächliche Übung der Polizeibehörde ein dauerndes tatsächliches Verhältnis geschaffen, das dem Eigentümer eines mit einer Nummer

versehenen Wagens eine wirtschaftlich verwertbare Macht gibt, die wie ein Vermögensrecht wirkt und auch Gegenstand des Kaufes sein kann. Da dieses tatsächliche Verhältnis aber keine Sache ist, kann Erwerb in gutem Glauben bei solchen Droschkennummern nicht in Frage kommen.

4. OLG. 22 261 (Hamburg). Bei dem Kaufe einer Gastwirtschaft gehen beide Teile selbstverständlich davon aus, daß der Wirtschaftsbetrieb auch für die Folgezeit zugelassen werde. Dennoch kann nicht gesagt werden, daß die Erteilung der Konzession an den Käufer unter allen Umständen als selbstverständliche Bedingung des Kaufgeschäfts anzusehen sei.

5. Internationales Recht (JDR. **9** Ziff. II 10). HansGZ. **11** Hptbl. 29 ff. (Hamburg). Für die Zahlungsverpflichtung des Käufers gilt präsumtiv das Recht des Wohnsitzes bzw. der Handelsniederlassung des Käufers, seines regelmäßigen Erfüllungsorts (vgl. **RG. 55** 105), wenn nicht aus den Umständen stillschweigend die Anwendung eines anderen Rechtes als das seines Erfüllungsorts als vereinbart gilt. Das Recht des Erfüllungsorts des Käufers ist auch anzuwenden, wenn die Zahlungsverweigerung auf das Recht der Wandelung gegründet wird.

§ 434. 1. **RG.** 27. 4. 11, HoldheimsMSchr. **11** 192. Die auf entgegenstehenden fremden Patentrechten beruhende Unbenutzbarkeit einer verkauften Maschine stellt einen Rechtsmangel im Sinne des § 434 dar. Eine den Schadensersatzanspruch ausschließende Kenntnis des Käufers von diesem Mangel liegt nicht vor, wenn ihm gesagt worden ist, daß Patentstreitigkeiten zwischen dem Verkäufer und der fremden Firma schweben, die verkaufte Maschine aber das fremde Patentrecht nicht verletze.

2. PosMSchr. **11** 5 (Königsberg). Bei der Kündbarkeit oder Unkündbarkeit einer Hypothek kann man nicht von einem Rechtsmangel des verkauften Grundstücks im Sinne des § 434 sprechen. Vgl. **RG.** JDR. 8 Ziff. 5 d zu § 459.

3. OLG. **22** 220 (KG.). Die Pachtfreiheit ist keine Eigenschaft eines Grundstücks, die bestehende Verpachtung also auch kein Fehler im Sinne des § 459. Die Pacht ist aber ein Recht, welches von Dritten, den Pächtern, gegen den Käufer geltend gemacht werden kann (§ 571). Der Verkäufer hat also nach § 434 das Grundstück frei von Pacht zu verschaffen. Kann er das nicht, so darf der Käufer nach §§ 440, 320 seine Gegenleistung, also die Entgegennahme der Auflassung und die Kaufgeldzahlung verweigern, bis ihm der Verkäufer das Grundstück frei von Pachtrechten verschafft.

§ 436. 1. SchlHolstAnz. **11** 131 ff. (Kiel). Die im Interesse der Allgemeinheit polizeilich festgesetzte Benutzungsbeschränkung aller an der Straße gelegenen Grundstücke ist zu den öffentlichen Lasten zu rechnen, die der Eintragung in das Grundbuch nicht fähig sind. Dies trifft auch dann zu, wenn man mit **RG. 66** 316 unter öffentlichen Lasten im Gegensatze zu den Nutzungen nur solche Leistungen versteht, die aus dem Grundstücke zu entrichten sind; sie sind eben Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen.

2. PosMSchr. **11** 5 (Königsberg). Die auf Grund der Kreisordnung durch Beschluß des Kreistags festgesetzten Chausseebaubeiträge sind eine öffentliche Last.

3. HansGZ. **11** Beibl. 257 (Hamburg). Die Siel- und Beleuchtungsabgabe in Hamburg ist buchungsfähig und wird in das Grundbuch eingetragen. Der § 436 findet demnach auf sie keine Anwendung.

§ 437. 1. *Rabel, RheinZ. **3** 478. a) § 437 ist eine wahre Ausnahme von § 306; unrichtig daher **RG. 51** 94 und **68** 292. b) Der Verkäufer eines Rechtes haftet aus dem Vertrag auf Rechtsverschaffung, erst in zweiter Linie auf Schadensersatz; unrichtig reden zahlreiche Entscheidungen nur von „Garantie".

2. PosMSchr. **11** 6 (Königsberg). Der Käufer eines landschaftlich beliehenen Grundstücks, dem im Kaufvertrag ein — wie sich demnächst herausstellt, gar nicht

bestehendes — Tilgungsguthaben mitverkauft ist, kann von dem Verkäufer Ersatz des vollen positiven Erfüllungsinteresses verlangen.

3. OLG. 22 229 (KG.). Der § 440 gibt allgemein für den Fall, daß der Verkäufer eines Rechtes seine Verpflichtungen aus den §§ 433, 437 nicht erfüllt, dem Käufer auch die Rechte aus den §§ 320—327. Diese Vorschriften treffen allerdings nicht unmittelbar den Verkauf eines nicht bestehenden Rechtes, bei dem die Unmöglichkeit der Leistung von Anfang an vorhanden ist. Aber dem Grundgedanken der §§ 320 ff. ist der Satz zu entnehmen, daß im Falle des § 437 ausnahmsweise die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung rechtlich ebenso zu behandeln sei, wie die erst nachträglich eintretende Unmöglichkeit (vgl. **RG. 73** 211, JDR. **9** Ziff. 4).

§§ 437, 438. *Reichel, LeipzZ. **11** 475. Abtretung der Forderung hat im Zweifel Mitübergang des dem Zedenten gegen den Vorzedenten zustehenden Gewährschaftsanspruchs aus §§ 437, 438 zur Folge; § 401 ist analog anzuwenden; unrichtig **RG. 60** 370.

§ 443. **RG.** 17. 3. 11, **75** 436, JW. **11** 448. Gibt sich der Verkäufer den Anschein, als ob er das Bestehen einer Dienstbarkeit für zweifelhaft halte, während er bestimmte Kenntnis von ihrem Bestehen hat, so verschweigt er dem Käufer einen wesentlichen, gerade das Bestehen der Dienstbarkeit betreffenden Umstand. Ein solches auf Täuschung berechnetes und hierzu geeignetes Verhalten des Verkäufers muß nach der Verkehrsauffassung und nach den Grundsätzen von Treu und Glauben als gleichbedeutend mit arglistigem Verschweigen des Mangels im Rechte selbst angesehen werden und die im § 443 bestimmte Folge haben, daß der Verkäufer auf die vertragliche Ausschließung seiner Haftbarkeit für Mängel im Rechte sich nicht berufen kann.

§ 446. 1. *Heyer, Gefahrübergang. Was unter Übergabe im Sinne des § 446 zu verstehen sei, ist bestritten. Die einen sagen, Übergabe bedeute hier ebenso wie an anderen Stellen des Gesetzes Besitzverschaffung (vgl. die bei Heyer 23 Anm. 5 Genannten), die anderen sind der Ansicht, daß § 446 nur eine Wiederholung des im § 323 aufgestellten Grundsatzes sei und meinen daher, Übergabe könne im § 446 nur im Sinne der Eigentumsverschaffung aufgefaßt werden (vgl. die Vertreter bei Heyer 25 Anm. 19). Die zweite Ansicht ist unrichtig. Es ist davon auszugehen, daß das Gesetz mit demselben Ausdruck immer denselben Sinn verbindet. Das Gesetz versteht aber unter Übergabe stets nur Besitzverschaffung, so auch insbesondere im § 446 Abs. 2, wo Übergabe der Eigentumsverschaffung ausdrücklich gegenübergestellt ist. Für den Fall, daß sich die Übereignung nicht mittels Übergabe, sondern mittels eines Übergabesurrogates vollzieht, fehlt es an einer gesetzlichen Bestimmung. Die Lücke ist nach Analogie der §§ 929 ff. dahin auszufüllen, daß die Übergabesurrogate der „Übergabe" gleichzustellen sind. Dies rechtfertigt sich aus dem Verwandtschaftsverhältnisse, das zwischen der Übergabe und den Übergabesurrogaten besteht. Die entgegenstehende Ansicht Oertmanns (vgl. § 446 Note 1 c) geht darum fehl.

2. SeuffBl. **11** 642 ff. (Stuttgart). Aus der Bestimmung des § 446 BGB. darf nichts weiter gefolgert werden, als daß der Käufer die Gefahr der Sache trägt, so wie diese ihm übergeben ist. Hat sich der Verkäufer zu weiteren Leistungen an der Sache verpflichtet, die ihm, ohne daß er dafür aufzukommen hätte, unmöglich werden, so greift hier die Bestimmung des § 323 Abs. 1 Platz, wonach er den Anspruch auf die Gegenleistung verliert.

3. R. **11** Nr. 1108 (Stuttgart). Belastet der Verkäufer die an den Käufer abzusendende Ware mit einer Nachnahme, deren Höhe den vorauszuzahlenden Betrag übersteigt, so liegt hierin keine, den Übergang der Gefahr auf den Käufer bewirkende „Übergabe", vielmehr ist der Käufer zur Abnahmeverweigerung berechtigt,

gerät also durch diese nicht in einen, den Gefahrübergang bewirkenden Annahmeverzug.

4. Wegen Übergangs der Gefahr bei Abzahlungsgeschäften s. *Hörle, Abzahlungsgeschäfte oben S. 139.

§ 449. Umsatzsteuer (JDR. **5**, **6**, **9**). **a)** **RG.** 1. 2. 11, JW. **11** 363. **a)** Sind nach der Steuerordnung eines Kreises Erwerber und Veräußerer des Grundstücks gesamtschuldnerisch zur Zahlung der Umsatzsteuer verpflichtet, so wird hieran durch § 449 BGB. nichts geändert. Die Umsatzsteuer gehört nicht zu den „Kosten der Auflassung und Eintragung". Kosten sind nur Gebühren und Auslagen, die durch den Veräußerungsakt selbst veranlaßt werden, während die Umsatzsteuer von der durch diesen Akt herbeigeführten Eigentumsveränderung erhoben wird (vgl. OLG. **9** 31, **13** 408). **b)** **RG.** 12. 12. 10, R. **11** Nr. 704. Hat in einem notariellen Kaufvertrage der Käufer von den Kosten des Vertrags diejenigen des gesetzlichen Stempels, der Verkäufer die sämtlichen übrigen Kosten übernommen, so fällt eine beiden Parteien nicht bekannte kommunale Umsatzsteuer im Verhältnisse der Parteien zueinander dem Verkäufer zur Last. **c)** SchlHolstAnz. **11** 90 (Kiel). Die in einem notariellen Kaufvertrag übernommene Verpflichtung des Erwerbers, die Umsatzsteuer zu tragen, bezieht sich auch auf eine erst nach Abschluß des Kaufvertrags eingeführte Umsatzsteuer. **d)** Bad. Rpr. **11** 1 (Karlsruhe). Zu den nach § 449 vom Käufer eines Grundstücks zu tragenden Kosten der Auflassung und Eintragung gehört nicht nur die durch das RStmpG. vom 15. Juli 1909 in Tarif-Nr. 11 d für die Auflassung von Grundstücken eingeführte Reichsstempelsteuer von 1/3 pCt., sondern auch der im § 90 G. angeordnete Zuschlag von 100 pCt. dieser Abgabe.

§ 452. *Hörle, Abzahlungsgeschäfte, GruchotsBeitr. **55** 182. § 452 ist auf Abzahlungsgeschäfte nicht anwendbar.

§ 454. *Hörle, GruchotsBeitr. **55** 187. § 454 ist auf Abzahlungsgeschäfte nicht anwendbar.

§ 455. 1. Gefahrübergang beim Eigentumsvorbehalte (vgl. zunächst JDR. **9** Ziff. I 1). *Heyer, Gefahrübergang 22 ff. Über den Gefahrübergang im Falle des § 455 bestehen zwei Meinungen. Die einen sagen, die Gefahr geht mit der Hingabe der Sache an den Käufer über (Staudinger § 455 Nr. 7; Staub, Exkurs zu § 382 HGB. Nr. 67; Düringer-Hachenburg 53 ff.; Scherer § 446, 5 I; Neumann, Handausgabe §§ 446, 455 Nr. 3; Kohler, Bürg. R. II §§ 93, 248 ff.; Cosack I § 122, 4; Kisch, Unmöglichkeit 67 f.; Stern 95 f.; Jaffé § 9; Kahn, R. **05** 546 f.; Pudor, JW. **05** 566 f.; SeuffA. **62** 59, **63** 100 f.; R. **05** 592), die anderen verlegen den Zeitpunkt des Gefahrüberganges auf den mit Eintritt der Bedingung sich vollziehenden Eigentumsübergang (Planck § 446; Oertmann § 446, 1 c; Komm. von RGRäten § 455; Dernburg, Bürg. R. II 1 S. 18 § 171; Endemann I § 160 a Nr. 22; Crome II 416 § 213; **RG. 64** 336 f., **65** 245 f., **66** 347 f.). Einigkeit herrscht allgemein darüber, daß § 446 auch für § 455 gilt. Die Streitfrage dreht sich also um die Auslegung des Wortes Übergabe im § 446. Da hierunter nur die Besitzverschaffung, nicht aber die Eigentumsverschaffung verstanden werden kann, ist die erste Ansicht, nach welcher die Gefahr sich mit der Hingabe der Sache an den Käufer vollzieht, die allein richtige. Die Hingabe muß aber auf Grund des Kaufes, d. h. zwecks Übereignung erfolgen, es genügt also nicht die Übergabe auf Grund eines neben dem Kaufvertrage vielleicht herlaufenden Gebrauchsüberlassungsvertrags (s. oben Ziff. 1 zu § 446).

2. Schlotter, LeipzZ. **11** 50. Der Eigentumsvorbehalt ist mangels besonderer Vereinbarungen nur ein subsidiäres, lediglich zur Sicherung der Kaufgelderforderung bestimmtes Recht (vgl. Jaffé, Eigentumsvorbehalt beim Kaufe;

Jaeger, KO. 291). Er ist ein Nebenrecht, auf das die Vorschrift des § 401 BGB. Anwendung findet.

3 Eigentumsvorbehalt nach Übergabe der Kaufsache. a) Flechtheim, JW. **11** 345 ff., spricht sich im Gegensatze zu **RG. 49** 170 und **54** 396 für die Wirksamkeit der Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts nach erfolgter Lieferung der Ware aus. Ebenso auch Simmet, JW. **11** 705, die Ansicht des RG. werde nicht dem Willen der Parteien gerecht und wirke auch dadurch moralisch schädlich, daß sie einem Vertragschließenden die Möglichkeit gebe, entgegen der früheren Vereinbarung sein Wort zu brechen. **b**) RheinA. **108** 145 (Düsseldorf). Der Verkäufer, der sich erst nach der Übergabe durch Eigentumsvorbehalt sichern will, braucht die Sache, die er zu diesem Zwecke zurückkauft, sich nicht erst körperlich wieder zurückgeben zu lassen, sondern er kann diese Übergabe dadurch ersetzen, daß er die zurückgekaufte Sache dem Gegner von neuem, nunmehr unter Vorbehalt des Eigentums verkauft.

4. Über *Hörle, Abzahlungsgeschäfte vgl. oben S. 139.

II. Gewährleistung wegen Mängel der Sache.

§§ 459 ff. I. 1. **Oertmann,** SeuffBl. **11** 1 ff. Die ädilizischen Ansprüche entstehen sofort mit dem Mangel (aM. **RG. 53** 70 ff., JDR. **2** Ziff. 4 b zu §§ 459 ff.), aber sie belasten den Verkäufer nur, falls der Mangel zugleich ein im Momente des Gefahrüberganges noch bestehender ist, können daher vorher nur insoweit geltend gemacht werden, als aus dem jetzigen Bestehen des Mangels ein Schluß auf dessen Fortbestand gezogen werden darf. Die ädilizische Haftung ist daher vor dem Gefahrübergange nur eine auflösend — nicht aufschiebend, denn der Mangel ist ja bis auf weiteres da — bedingte. Vgl. auch Oertmann, JDR. **8** Ziff. I 3 a zu § 433.

2. *Ebbecke, R. **11** 746 f. In der Wandelung und Minderung ist ein Rücktritt wegen irrtümlicher Voraussetzung zu sehen. In der Minderung liegt ein teilweiser Rücktritt insofern, als der Käufer durch die Minderung von der Verpflichtung zur Zahlung des vollen Kaufpreises sich frei macht und nur noch zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet bleibt, den er ohne den Irrtum bewilligt haben würde. Steht dem Käufer das Recht der Wandelung zur Seite, so braucht er die Sache nicht erst abzunehmen. Er kann, auch wenn es noch nicht zur Ablieferung gekommen ist, die Aufhebung des Vertrags nach den Grundsätzen des Rechtes der Wandelung verlangen, sobald der Verkäufer mit der Lieferung im Verzug ist.

3. Ebbecke, Zusicherung, R. **11** 817 ff., behandelt die Zusicherung, die einem anderen Vertrag als Nebenabrede oder in einem besonderen Garantievertrag eingefügt wird, sowie den Vertrag, durch den ein Dritter dem Gläubiger gegenüber die Haftung für die Zahlung des Schuldners übernimmt. Eine besondere Bedeutung hat die Zusicherung bei Erteilung einer Legitimationsurkunde, die aaO. 826 erörtert wird. Zum Schlusse wird kurz die stärkere Wirkung der Zusicherung im Falle der Errichtung einer Aktiengesellschaft gestreift.

II. 1. **RG.** 11. 3. 11, JW. **11** 539 hält daran fest, daß die Gewährleistungsansprüche beschränkt sind auf die Geltendmachung von Mängeln der übergebenen Kaufsache, wobei es bei Grundstücken genügt, wenn zwar noch nicht die Übergabe, wohl aber bereits die Eintragung des Käufers als Eigentümer im Grundbuch erfolgt ist (vgl. **RG. 53** 73, JW. **05** 230, GruchotsBeitr. **53** 940).

2. OLG. **22** 223 (Marienwerder) wendet die Grundsätze von der Gewährleistung beim Sachkauf entsprechend auf die Veräußerung einer Lizenz an.

3. **RG.** R. **11** Nr. 310. Wird bei einem schriftlichen Kaufvertrage mit Gewährsausschluß mündlich bemerkt, für eine bestimmte Eigenschaft hafte Verkäufer „so wie so", so ist dies als eine neben der Urkunde aufrechterhaltene Abrede anzusehen.

§ 459. 1. Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche (JDR. 8 Ziff. 2, **9** Ziff. 1). OLG. **22** 226 (Hamburg). Für die Entscheidung der Frage, ob ein Fehler vorliegt, welcher die Tauglichkeit der Ware zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder mindert, ist auch die Art und der Preis der Ware von Bedeutung. — Perserteppiche ohne jeden Fehler gibt es nicht. Ein Preis von 270 M. für einen Perserteppich von der angegebenen Größe (ca. 3 : 4 m) ist ein so niedriger, daß die Parteien offenbar mit Fehlern des Teppichs gerechnet haben. Sog. Schönheitsfehler, wie Webeknoten, geringe Beutelung, können daher bei einem solchen Teppich nicht als Fehler im Sinne des § 459 gelten.

2. Begriff der Zusicherung (JDR. **8** Ziff. 4, **9** Ziff. 2). **RG.** 9. 2. 11, R. **11** Nr. 1110, HoldheimsMSchr. **11** 150. Eine bei Gelegenheit von Verkaufsverhandlungen von dem Verkäufer abgegebene Erklärung, die für den Wert der Kaufsache von Bedeutung ist, kann als Zusicherung im Sinne des § 459 Abs. 2 nur dann erachtet werden, wenn beide Vertragsteile darüber einig sind, daß seitens des Verkäufers für die Richtigkeit der Erklärung eingestanden werden solle. Ferner können Gegenstand einer Zusicherung im Sinne dieser Bestimmung nur Behauptungen tatsächlicher Art sein, deren Richtigkeit objektiv nachgeprüft werden kann, dagegen nicht bloße Urteile oder Schätzungen. Diese sind objektiv nicht geeignet, als Zusicherungen zu dienen, mag der Verkäufer ihre Richtigkeit auch bestimmt versichert haben. Soweit einer Schätzung von dem Verkäufer wissentlich bestimmte unwahre Behauptungen zugrunde gelegt sind, kann das Recht auf Anfechtung des Vertrags oder Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung begründet sein, aber eine vertragliche Zusicherung des auf Schätzung beruhenden Ergebnisses liegt in einem solchen Falle nicht vor.

3. Zugesicherte Eigenschaften (JDR. **7** Ziff. 7, **8** Ziff. 6, **9** Ziff. 3). **RG.** 21. 1. 11, JW. **11** 322. Als eine die Gewährspflicht des Verkäufers begründende zugesicherte Eigenschaft kann ein den Wert oder die Tauglichkeit der Sache bestimmendes oder beeinflussendes rechtliches oder tatsächliches Verhältnis nur dann in Betracht kommen, wenn der Verkäufer sich dafür eingesetzt hat, daß es zur Zeit des Vertragsschlusses und namentlich zu der für die Gewährleistung maßgebenden Zeit des Gefahrüberganges schon besteht. Das Einstehen dagegen dafür, daß ein gewisser Erfolg oder Umstand später eintreten wird, kann nur Gegenstand eines sog. Garantievertrags sein, und zwar auch dann, wenn der Erfolg oder Umstand für die Verwertbarkeit oder die Bewertung der Sache von Bedeutung ist (vgl. **RG. 52** 431).

4. Begriff der Eigenschaften (JDR. **9** Ziff. 4). **a) RG.** 21. 1. 11, JW. **11** 322. Die „Baureife" eines Grundstücks kann als Eigenschaft anzusprechen sein, wenn darunter die Tatsache verstanden ist, daß der Bebauung öffentlich-rechtliche Hindernisse, insbesondere die auf Grund des FluchtlinienG. vom 2. Juli 1875 erlassenen, die Bebauungsbefugnis betreffenden ortsstatutarischen Bestimmungen nicht entgegenstehen. **b) RG.** 11. 5. 11, JW. **11** 646, GruchotsBeitr. **55** 914 ff. Die Freiheit und Ungestörtheit des Wohnungsgenusses vor Beeinträchtigungen Dritter, die kraft öffentlicher oder privater Befugnis das Grundstück ihrerseits betreten dürfen, ist als eine Eigenschaft anzusehen.

5. Hypothek (JDR. **8** Ziff. 5 d, **9** Ziff. II 2 zu §§ 459 ff.). PosMSchr. **11** 5 (Königsberg). Die Kündbarkeit oder Unkündbarkeit einer Hypothek kann nicht als Sachmangel des verkauften Grundstücks bezeichnet werden. Bei der Zusicherung der Unkündbarkeit kann auch nicht die Zusicherung einer Eigenschaft angenommen werden. Die Zusicherung der Unkündbarkeit ist deshalb aber nicht immer ohne Bedeutung. Es ist vielmehr unter Umständen anzunehmen, daß durch eine solche Zusicherung der Verkäufer die Verpflichtung übernehmen soll und will, dafür zu sorgen,

daß der Gläubiger die Hypothek während der angegebenen Zeit stehen läßt, oder das Geld zur Auszahlung der Hypothek zu beschaffen.

6. Einzelne Sachmängel (JDR. **7** Ziff. 5, **9** Ziff. 5). a) OLG. **23** 24/25, PosMSchr. **11** 31 (Königsberg). Der Begriff „Fehler" im § 459 Abs. 1 Satz 1 ist denkbar weit gefaßt; es sind keineswegs ausschließlich physische Mängel darunter zu begreifen. Ist das Fabrikat einer verkauften Maschine durch Gebrauchsmuster zugunsten eines Dritten geschützt, so ist die Maschine mit einem Fehler behaftet, der ihre Tauglichkeit zum Gebrauch aufhebt oder mindert. b) OLG. **22** 224 (München). Hat der Verkäufer von Brillanten dem Käufer, der nur fehlerlose Ware erwerben wollte, vollständige Reinheit der gekauften Ware zugesichert, so kann er sich zur Abwehr des Wandelungsverlangens wegen Fehlerhaftigkeit nicht darauf berufen, es sei im Juwelenhandel üblich, Steine, die einen mit bloßem Auge nicht erkennbaren Fehler haben, dem kaufenden Publikum gegenüber als rein zu bezeichnen, während bei Geschäften der Juwelenhändler unter sich als rein nur diejenigen Steine angesprochen werden, die auch bei Besichtigung mit einer Lupe keinen Fehler aufweisen.

§ 460. Eger, SächsRpflA. **11** 330, empfiehlt de lege ferenda die Anwendbarkeit des § 460 auf den Werkvertrag auszudehnen, sonst komme man im Erfolge darauf hinaus, dem Unternehmer eine Haftung für culpa in contrahendo aufzubürden.

§ 462. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 911. Die rechtskräftige Abweisung des Wandelungsanspruchs steht der Kaufpreisminderung nicht entgegen, da es sich um zwei verschiedene selbständige Ansprüche handelt.

2. **RG.** 16. 6. 11, HoldheimsMSchr. **11** 309. Das bloße Verlangen von Schadensersatz wegen Nichterfüllung schließt die spätere Geltendmachung des Wandelungsrechts nicht aus.

§ 463. 1. a) Cohn, JW. **11** 137 ff., wendet sich gegen **RG.** 1. 10. 10, JDR. **9** Ziff. II 1 a und führt aus: Das BGB. stellt in Übereinstimmung mit dem PrALR. für den Anspruch auf Schadensersatz das Restitutionsprinzip an die Spitze. Der Geldanspruch ist ein Surrogat, er beschränkt sich darauf, nur von dem zum Ersatze verpflichtenden Umstande zu sprechen, ohne auf den Grund der Entstehung des letzteren einzugehen. Der Grund der Entstehung bedingt aber den Umfang des Ersatzes. Für den Fall des Betrugs als Grund läßt sich die negative Ausdrucksweise des Gesetzes in eine positive Form bringen: Der Betrüger muß sich so behandeln lassen, als ob das, was er arglistig vorgespiegelt hat, auf Wahrheit beruhte (vgl. **RG. 58** 409). Nur damit wird der Betrüger dem Restitutionsprinzipe gerecht. Der Betrüger wird bei seiner Erklärung festgehalten; er muß den Zustand herstellen, der bestehen würde, wenn das wahr wäre, was er vorgespiegelt hat. b) Auch Hagen, JW. **11** 348 f., polemisiert gegen die neuere Rechtsprechung des RG. (JW. **10** 934, **11** 213), wonach sich der von **RG. 59** 155, **63** 110, **66** 335 ausgesprochene Grundsatz, daß der beim Vertragsschluß arglistig Getäuschte beim Vertrage stehen bleiben und Ersatz des durch die Täuschung zugefügten Schadens verlangen könne, nur auf wissentlich falsche Zusicherungen über Eigenschaften der Kaufsache bezieht.

2. SchlHolstAnz. **11** 139 (Kiel) schließt sich der vom **RG. 66** 335, (JDR. **6** Ziff. 2 a) vertretenen analogen Anwendung des § 463 Satz 2 BGB. auf arglistige Vorspiegelung wertsteigernder Eigenschaften nicht an. Es fehlt an der Gleichheit des Rechtsgrundes, da das arglistige Verschweigen von Mängeln im Sinne des § 463 Satz 2 nur solche Mängel betrifft, für deren Abwesenheit der Verkäufer nach § 459 schon aus dem Vertrage haftet (**RG. 67** 146), der Anspruch also ein vertraglicher ist (vgl. **RG. 66** 87), während bei der arglistigen Vorspiegelung, die nicht vertragsmäßige Zusicherung ist, ein Anspruch aus dem Vertrage nicht in Frage kommen

kann. Vielmehr kann sich die Haftung nur nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlung bestimmen. Wegen des Eingreifens dieser Grundsätze fehlt es aber auch an einer Lücke im Gesetze, die für eine analoge Rechtsschöpfung Raum ließe. Vgl. besonders auch JDR. **7** Ziff. I.

3. **RG.** 8. 11. 10, JW. **11** 93, SeuffA. **66** 183, SächsRpflA. **11** 32. Der § 463 will nicht die allgemeine Vorschrift des § 459 abändern, wonach sich für die Wandelung die Haftung für Fehler auf die Zeit des Gefahrüberganges beschränkt, sofern etwa der Sache zur Zeit des Kaufes zugesicherte Eigenschaften fehlen oder Fehler arglistig verschwiegen worden sind, sondern will nur dem Käufer bei dem Vorliegen dieser Voraussetzungen das weitere Recht gewähren, an Stelle der Wandelung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. § 463 regelt nur die Voraussetzungen für diesen besonderen Schadensersatzanspruch und läßt die für den Wandelungsanspruch unberührt.

4. SchlHolstAnz. **11** 138 (Kiel). Eine analoge Anwendung des § 463 Satz 2 auf die arglistige Vorspiegelung wertsteigernder Eigenschaften eines gegen Entgelt veräußerten Rechtes (Hypothek) ist unzulässig. Der Anspruch auf Schadensersatz kann in solchen Fällen nur auf § 826 oder § 823 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit § 263 StGB. gestützt werden.

5. **RG.** 13. 5. 11, JW. **11** 647. Für die Berechnung des dem Schadensersatzanspruche zugrunde zu legenden Minderwerts eines Grundstücks kommt es darauf an, um welchen Betrag zur Zeit des Kaufabschlusses nach der Anschauung des Verkehrs das Grundstück infolge des vorhandenen Schwammes und infolge der auch bei Beseitigung des Schwammes zunächst bestehenden, bleibenden Schwammverdächtigkeit minderwert war.

6. **RG.** BayRpflZ. **11** 308. Der Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung kann auch bei teilweiser Stundung des Kaufpreises in voller Höhe in bar verlangt werden.

7. *Thiele, DNotV. **11** 624. Das Vorhandensein von Inventar ist nicht eine Eigenschaft eines Grundstücks. Die Zusicherung des Vorhandenseins gewisser Inventarstücke begründet daher zunächst nur einen Anspruch auf Nachlieferung, nicht aber auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz.

§ 464. **RG.** 23. 3. 11, JW. **11** 486. Die Annahme als Erfüllung setzt kein Anerkenntnis der Tadellosigkeit voraus, ist vielmehr sehr wohl vereinbar mit gleichzeitigen Vorbehalten und Mängelrügen.

§ 465. 1. Rechtliche Natur des Wandelungsanspruchs (JDR. **1**, **2**, **3** zu §§ 462, 465, **4**, **5**, **6**, **9** zu § 465). FrankfRundsch. **45** 118 ff. (Frankfurt) lehnt im Gegensatze zu Dernburg, BGB. II 2 S. 57, Oertmann, BGB. zu §§ 462 und 465, Planck, BGB. zu § 462 Note 3 die Vertragstheorie ab. (Ebenso Staudinger, Neumann, Enneccerus, Eccius, GruchotsBeitr. **43** 316 ff., Heymann, GruchotsBeitr. **46** 509 ff.) Mit den Vertretern der Restitutionstheorie wird angenommen, daß unter „Rückgängigmachung des Kaufes" im § 462 die Rückgewähr, die unmittelbare Rückgängigmachung der Vertragsleistungen zu verstehen ist und daß im § 465 nicht eine Festlegung des Begriffs der Wandelung in dem Sinne zu finden ist, daß Wandelung die vertragsmäßige Aufhebung des Kaufvertrags sei, sondern daß durch § 465 lediglich der Zeitpunkt festgelegt wird, in welchem die Bindung des mängelrügenden Käufers an seine Wahl eintreten soll.

2. Oertmann, SeuffBl. **11** 8. Erfüllungsort für die Wandelung und Minderung ist der Wohnort des Verkäufers im Momente des Vertragsabschlusses oder der etwaigen späteren Entstehung des Mangels.

§ 467. 1. Wandelungsklage bei Versteigerung des Grundstücks (JDR. **2** Ziff. 3 a, **4**, **6**, **7**, **9** Ziff. 1). **RG.** 14. 2. 11, SächsRpflA. **11** 174.

Befindet sich der Verkäufer mit der Rücknahme des Kaufgrundstücks im Verzuge, so hat der Käufer wegen einer erst nachher eintretenden Zwangsversteigerung nur noch Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

2. **RG.** 19. 1. 11, JW. **11** 321. Bei der durch § 467 vorgeschriebenen entsprechenden Anwendung des § 351 muß anstatt der Rücktrittserklärung die Vollziehung der Wandelung (§ 465) als derjenige Zeitpunkt angesehen werden, bis zu welchem der Eintritt eines Verschuldens der im § 351 bezeichneten Art den Ausschluß des Wandelungsrechts zur Folge hat. — Der Anspruch auf Wandelung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Käufer vertragswidrig unterlassen hat, die ihm unter Eigentumsvorbehalt übergebene Kaufsache gegen Brandschaden zu versichern.

3. OLG. **23** 33 (KG.). Der Käufer kann die Kosten des von ihm und seinem Abnehmer geführten Rechtsstreits aus dem Gesichtspunkte der Wandelung nicht von seinem Verkäufer erstattet verlangen.

4. OLG. Celle, JDR. **9** Ziff. 2 c, auch OLG. **22** 230.

§ 468. OLG. **22** 222, HansGZ. **11** Beibl. 257 (Hamburg). Ist die Größe des Grundstücks im Kaufvertrage falsch angegeben, so liegt hierin nicht ohne weiteres die Zusicherung einer Eigenschaft (vgl. **RG. 53** 73). Vielmehr entscheidet die Absicht der Parteien darüber, ob jene Angabe die Zusicherung einer Eigenschaft bedeuten soll. Bei bebauten Grundstücken pflegt der Preis mehr von anderen Momenten, in erster Linie von der Mieteinnahme und der Grundsteuertaxe, als von dem Flächeninhalt abhängig gemacht zu werden.

§ 470. *Thiele, DNotV. **11** 631. Wird im Falle des Satzes 2 der Zusammenhang mit dem sonst einheitlichen Grundstückskaufvertrage hinsichtlich der Nebensache gelöst, so greifen ausnahmsweise bezüglich der beweglichen Nebensache die im § 477 für bewegliche Sachen geordnete Verjährung und, wenn die Nebensache in Viehstücken besteht, die Vorschriften für Viehkauf (§ 481 BGB.) Platz.

§ 472. 1. R. **11** Nr. 1716 (Hamburg). Bei einem Hauskauf ist es nicht zulässig, wegen eines geringfügigen Mangels des Hauses den Kaufpreis in der Weise zu mindern, daß die Kosten für die Beseitigung des Mangels vom Kaufpreis abgesetzt werden. Bei beweglichen Sachen mögen in vielen Fällen die Reparaturkosten einer nach § 472 BGB. berechneten Minderung gleichkommen, im Grundstückshandel bedeutet aber keineswegs jeder relativ noch so unbedeutende und unschwer abstellbare Fehler bei einem Grundstücke von bedeutendem Werte notwendig stets eine Verringerung des Verkaufswerts des Grundstücks um denjenigen Betrag, welcher zur Abstellung des Fehlers erforderlich ist.

2. SchlHolstAnz. **11** 279 (Kiel). Auch bei einem Tausche ist der Minderungsanspruch durch das Verlangen eines Geldbetrags geltend zu machen. (Näheres vgl. Oertmann [3] Anm. 5 zu § 473.) — Es ist ohne Bedeutung, wenn in einem Falle, in dem wegen Schwammes gemindert wird, tatsächlich Trockenfäule vorliegt.

3. SeuffBl. **11** 743 (Nürnberg). Gesetzlicher Erfüllungsort für den Minderungsanspruch ist derjenige Ort, an dem der Verkäufer seine Hauptverbindlichkeit zu erfüllen hat.

§ 473. Langheineken, BayRpflZ. **11** 176. Die Vorschrift, daß sich bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache die Minderung des Kaufpreises, wenn er nur in vertretbaren Sachen besteht, durch verhältnismäßige Herabsetzung an den vertretbaren Sachen zu erfolgen hat, bezieht sich nicht auf Stücksachen, sondern nur auf Mengesachen. Vgl. Näheres o. zu § 91.

§ 476. PosMSchr. **11** 66 (Marienwerder). Die Nichterwähnung von Umständen, die zu Zweifeln an dem Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaft Anlaß geben können, bedeutet kein arglistiges Verhalten, falls andere Verhältnisse bis

dahin solche Zweifel — die sich später als begründet herausstellen — unbeachtet haben erscheinen lassen.

§§ 476, 477. **RG.** 12. 7. 11, JW. **11** 808. In Verfolg der **RG. 66** 335 vertretenen Ansicht ist der § 476 und Satz 1 des § 477 auch auf den Fall zu erstrecken, daß der Verkäufer das Vorhandensein einer Eigenschaft arglistig vorspiegelt und damit das Nichtvorhandensein dieser Eigenschaft arglistig verschwiegen hat.

§ 477. *I. 1. Thiele, DNotV. **11** 627. Bezieht sich ein Gewährleistungsanspruch auf ein mit einem Grundstücke verkauftes Zubehörstück, so greift nicht die sechsmonatige Verjährung für bewegliche Sachen, sondern die einjährige für Grundstücke Platz. Anders, wenn gemäß § 470 Satz 2 BGB. Wandelung nur gerade wegen des beweglichen Zubehörstücks verlangt wird.

2. Gottschalk, JW. **11** 482 ff. Bei Übernahme einer Garantie geht die Absicht der Parteien regelmäßig nicht dahin, die Verjährungsfrist um die Garantiezeit zu verlängern; durch die Garantieübernahme wird nur der Beginn der Verjährung hinausgeschoben, dieser wird also von dem Zeitpunkte der Ablieferung auf den der Entdeckung des Mangels verlegt. Vgl. Bucerius, JDR. **6** Ziff. I 1 zu § 459.

3. Fromherz, GruchotsBeitr. **55** 22. Trächtigkeitszusage und Verjährung s. unten Ziff. 1 zu § 492.

II. 1. **RG.** DJZ. **11** 339, SeuffA. **66** 356. Die Verjährung des Anspruchs auf Gewährleistung beginnt bei formlosem Vertrag über Grundstücke nicht schon mit der Übergabe, sondern erst mit der Auflassung.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 191. Wenn der Verkäufer einer Maschine nach deren Ablieferung die übliche Garantie auf ein Jahr erweitert, indem er sich verpflichtet, mangelhaft werdende Teile der Maschine binnen Jahresfrist kostenlos zu ersetzen, so beginnt die Verjährung des Nachbesserungsanspruchs mit der Entdeckung des Mangels und nicht schon mit der Abnahme.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 917 ff. Wird vereinbart, daß die Untersuchung einer Ware an einem anderen Orte als dem Bestimmungsorte, z. B. an einem überseeischen Orte stattfinden soll, so folgt daraus allein noch nicht die Hinausschiebung des Anfangspunkts der Verjährung des § 477 bis zur Ankunft der Ware an dem letzteren Orte. Um dieses anzunehmen, müssen besondere Umstände vorliegen, aus denen eine stillschweigende Übereinkunft der Parteien in der bezeichneten Richtung zu folgern wäre.

4. RheinA. **108** 235 (Düsseldorf). Nach Verjährung des Rechtes auf Wandelung ist auch bei rechtzeitig erfolgter Mängelrüge die Rückforderung des gezahlten Kaufpreises ausgeschlossen.

5. OLG. Braunschweig, JDR. **9** Ziff. 2, jetzt eingehender OLG. **22** 234.

§ 478. 1. Bab, SeuffBl. **11** 428. Mit der Mängelanzeige erklärt der Verkäufer, daß er aus der Mangelhaftigkeit der Ware Rechte für sich herleiten, d. h. einen Wandelungs- oder Minderungsvertrag abschließen wolle (oder sich diese Rechte vorbehalte). Der Abschluß eines solchen Vertrags ist aber kein Rechtsgeschäft, das dem Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt. Ein beschränkt geschäftsfähiger Käufer ist also nicht imstande, die von ihm in der Mängelanzeige angekündigte Handlung nach § 107 BGB. selbständig vorzunehmen oder zu veranlassen. Die Mängelanzeige erheischt demnach volle Geschäftsfähigkeit des Anzeigenden. AM. Klein, JDR. **9** Ziff. 2.

2. **RG.** 19. 10. 10, JW. **11** 33, SeuffA. **66** 184. Nach Vollendung der Verjährung bleibt für den Käufer, der den Mangel dem Verkäufer rechtzeitig angezeigt hat, kein noch so beschränkter Anspruch aus der Gewährleistung übrig, sondern er hat nur das Recht behalten, die Zahlung des noch ausstehenden Kaufpreises zu verweigern. In der Regel wird er hierzu nur verteidigungsweise gegenüber der

Kaufpreisklage des Verkäufers in der Lage sein, eine Leistungsklage wird er schon nach dem Inhalte des ihm verbliebenen Rechtes an sich nicht erheben können. Dieses Recht kann jedoch für eine Feststellungsklage verwendet werden. Dadurch, daß Gewährleistungsrechte vorliegen, die den Käufer, der rechtzeitig gerügt hat, berechtigen, trotz vollendeter Verjährung seiner Wandelungs- oder Minderungsansprüche die Zahlung des noch ausstehenden Kaufpreises ganz oder teilweise zu verweigern, ist ein besonderes, dieses Verweigerungsrecht umfassendes Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Verkäufer entstanden, das zwar kein selbständiges, sondern nur der Ausfluß eines weitergehenden Rechtsverhältnisses, des Kaufgeschäfts ist. Aber dies genügt für ein Rechtsverhältnis, um die Voraussetzung einer Feststellungsklage bilden zu können.

3. OLG. 23 29 (Braunschweig). Der § 478 gilt auch gegenüber der Klage auf Abnahme der Kaufsache. (Dies wird aus der Entstehungsgeschichte gefolgert und auf die unannehmbaren praktischen Folgen hingewiesen, die ein Ausschluß der Anwendbarkeit dieser Bestimmung haben würde.)

§ 481. *Thiele, DNotV. **11** 632. Ist ein Grundstück mit Vieh als Zubehör Gegenstand des Kaufes, so gelten bezüglich der Gewährleistung für Mängel des Viehes nicht die Regeln des Viehkaufs, sondern die allgemeinen Regeln. Eine Ausnahme tritt nur ein, wenn gemäß § 470 Satz 2 bezüglich eines als Zubehör eines Grundstücks dienenden Viehstücks Wandelung begehrt wird.

§§ 482 ff. OLG. **23** 30 (Posen). Der Käufer eines Pferdes kann sich auf ein arglistiges Verschweigen des Verkäufers nicht nur bei Hauptmängeln berufen. Die bloße Berücksichtigung von Hauptmängeln, wie sie neben Festsetzung besonderer Gewährfristen und kürzerer Verjährungsfrist zur Sicherheit des Verkehrs im Viehhandel für den Regelfall eingeführt ist, würde bei arglistigem Verhalten des Verkäufers der Absicht des Gesetzes, das gegen Handeln wider Treu und Glauben besonders scharf vorgeht, nicht entsprechen.

§ 492. 1. *Fromherz, GruchotsBeitr. **55** 222, Trächtigkeitszusage und Verjährung. Zusicherung der Trächtigkeit auch ohne Fristbestimmung ist rechtswirksame Zusicherung einer Eigenschaft. Für die an Viehkäufen beteiligten Personen ist es schlechterdings unverständlich und widerspricht daher Treu und Glauben im Verkehre, daß ein Verkäufer, der für eine erst später als 6 Wochen ihr Ende erreichende Trächtigkeit garantiert hat, schon 6 Wochen nach der Übergabe die Verjährung der Ansprüche aus §§ 492, 463 BGB. in Ansehung dieser zugesicherten Eigenschaft einwenden könne. Die Zusicherung enthält daher eine stillschweigende Vereinbarung, daß der Beginn der sechswöchigen Verjährungsfrist bis zu dem Zeitpunkte hinausgeschoben wird, in welchem das Tier unter normalen Umständen werfen muß, also bis zum Ablaufe der längsten Trächtigkeitsdauer. Etwaige Abreden über den Zeitpunkt des Beginns der Trächtigkeit oder die Dauer im Zeitpunkte der Übergabe sind zugrunde zu legen. Es gibt kaum eine schlüssigere Handlung, aus welcher dieser Parteiwille entnommen werden kann, als die mit der Zusicherung abgegebene Erklärung, womit der Verkäufer dafür einzustehen verspricht, daß in einem Zeitpunkt ein Junges erscheine, der erst später als 6 Wochen nach der Übergabe eintritt (vgl. § 477 Abs. 1 Satz 2 [§ 255] BGB., **RG. 62** 433). Die Vereinbarung einer Gewährfrist im Sinne von §§ 482 ff. ist darin in der Regel nicht zu erblicken.

2. a) Lasker, DJZ. **11** 984, führt aus, daß § 492 bei Wegfall einer Gewährfrist dem Käufer die Rechte, die ihm nach der Verjährung seiner Mängelansprüche verbleiben, unabhängig von jeder Anzeige gebe, und daß das Fehlen der Anzeigepflicht auf Gesetzesirrtum zurückzuführen sei, den die Praxis nicht korrigieren könne. b) Demgegenüber weist Weinmann, DJZ. **11** 1271 darauf hin, daß Literatur und Praxis bereits aus der im § 492 BGB. vorgeschriebenen „entsprechen-

den" Anwendung der §§ 487—491 gefolgert hätten, daß in den Fällen des § 492 Satz 1 beim Fehlen einer Gewährfrist eine Anzeigepflicht nach § 478 gegeben sei. Vgl. auch IDR. **9** Ziff. 6.

3. DIZ. **11** 1160 (Oldenburg). Daß eine Kuh dem Käufer statt in trächtigem, in abgekalbtem Zustande geliefert wird, ist lediglich die Folge eines physiologischen Vorganges. Dieser Umstand stellt keinen Mangel der Kuh dar. Sah die Kuh infolge des Kalbens schlecht aus, so mag das den Käufer berechtigen, vorübergehend die Abnahme zu verweigern, bis er Sicherheit über ihren Gesundheitszustand hat. Keineswegs folgt daraus ein Recht, die Abnahme dauernd zu verweigern.

§ 493. OLG. **22** 237 (KG.). Zu den Veräußerungsgeschäften des § 493 rechnet das Gesetz, wie aus den §§ 731—757 BGB. hervorgeht, auch die Auseinandersetzung zwischen Gesellschaftern, sofern hierbei einem von ihnen ein gemeinschaftlicher Gegenstand zugeteilt wird. In solchem Falle hat ihm wegen des Mangels der Sache jeder der übrigen Gesellschafter zu seinem Anteil in gleicher Weise wie der Verkäufer Gewähr zu leisten. Diese Vorschriften gelten auch für die offene Handelsgesellschaft (§ 105 HGB.).

III. Besondere Arten des Kaufes.

1. Kauf nach Probe. Kauf auf Probe.

§ 494. R. **11** Nr. 1112 (Colmar). Ein Kauf nach Probe liegt auch dann vor, wenn der Käufer im Laufe der Verhandlungen über den Abschluß eines größeren Kaufgeschäfts zunächst zur Probe eine geringe Menge der ihm angebotenen Ware kauft und dann, ohne etwas davon aufzubewahren, ein weiteres Geschäft über eine jener Probe entsprechende Ware abschließt.

§ 495. 1. OLG. **23** 32 (Hamburg). Für die Frage, bis zu welchem Zeitpunkte die Billigung erklärt werden muß, ist entscheidend, ob überhaupt eine „Frist", d. h. eine Erklärungsfrist vereinbart ist. Das Gesetz stellt eine Vermutung über eine solche vereinbarte Frist namentlich nicht in der Richtung auf, daß wenn die Parteien abgemacht haben, es solle die Ware „auf 8 Wochen zur Probe" gekauft und übergeben sein, diese acht Wochen nicht nur als Gebrauchs-, sondern auch als Erklärungsfrist gelten.

2. SächsRpflA. **11** 542 (Dresden) behandelt einen Kauf auf Umtausch.

2. Wiederkauf.

§ 497. **RG.** IW. **11** 320, BayNotZ. **11** 286. Durch die Einräumung eines Wiederkaufsrechts entsteht nicht bloß ein bedingter Anspruch auf Abschluß eines späteren Rückverkaufsvertrags, sondern bereits ein auf Rückübertragung des Eigentums gerichtetes bedingtes Rechtsverhältnis zwischen den Vertragschließenden, kraft dessen der Berechtigte bei Eintritt der Bedingung — d. h. bei Abgabe seiner Erklärung, daß er das Wiederkaufsrecht ausübe — ohne weiteres die Rückgewähr verlangen kann. Aus dieser rechtlichen Natur der Wiederkaufsvereinbarung folgt, daß die letztere, sofern sie sich auf ein Grundstück bezieht, zu ihrer Gültigkeit der im § 313 BGB. vorgeschriebenen Form bedarf.

3. Vorkauf.

§ 505. **RG.** IW. **11** 448, SeuffA. **66** 396. Nach § 505 Abs. 2 hat die Ausübung des persönlichen Vorkaufsrechts nur zur Folge, daß der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten vereinbarten Bedingungen zustande kommt; keineswegs hat sie aber die Folge, daß der Berechtigte an die Stelle des Dritten tritt und dieser sein Vertragsrecht einbüßt. Sein Vertragsrecht bleibt vielmehr völlig unberührt. Sieht sich daher der Verpflichtete, um nicht den Anspruch des Vorkaufsberechtigten zu

verletzen, außerstande, den Vertrag seinem Käufer gegenüber erfüllen zu können, so ist er diesem eventuell wegen Nichterfüllung nach den §§ 325, 326 BGB. ersatzpflichtig: Hat er aber die Kaufsache dem Käufer ungeachtet des Vorkaufsrechts eines anderen einmal übereignet, dann hat er nur geleistet, was er zu leisten schuldig war, und der Käufer hat seinerseits ein Recht erworben, das ihm weder vom Vorkaufsverpflichteten, noch — sofern man vom dinglichen Vorkaufsrecht absieht — vom Vorkaufsberechtigten wieder entzogen werden kann, gleichgültig, wie sich demzufolge das Verhältnis zwischen den beiden Genannten gestaltet. Keine Bestimmung des Gesetzes deutet darauf hin, daß die Ausübung des Vorkaufs den zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten abgeschlossenen und bestehenden Vertrag zum Erlöschen bringt, oder es müßte die Wirksamkeit des Kaufes von der Bedingung, daß das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werde, abhängig gemacht sein.

IV. Tausch.

Literatur: Warschauer, Grundstückskauf und Grundstückstausch, DNotV. **11** 814—823.

§ 515. *Warschauer, DNotV. **11** 814 ff. Tausch ist die Hingabe einer individuellen Sache gegen eine andere, Kauf die Hingabe einer individuellen Sache gegen Geld. Die Eigenschaft einer individuellen Sache als solcher muß objektiv nach wirtschaftlichen und Verkehrsanschauungen festgestellt werden, nicht nach dem subjektiven Ermessen der Parteien. Das subjektive Ermessen kann niemals aus einer individuellen Sache einen Rechnungsposten, einen geldgleichen Wertmesser und damit aus einem Tausche einen Kauf machen. Ein Kauf, bei dem der Kaufpreis durch Hingabe einer individuellen Sache an Zahlungsstatt berichtigt wird, unterscheidet sich vom Tausche dadurch, daß im Kaufvertrage der Kaufpreis in Geld ausgedrückt und dann nachträglich anstatt des Geldes eine individuelle Sache gegeben wird, während beim Tauschvertrage von vornherein zwei individuelle Sachen einander gegenüber stehen. Vgl. auch DNotV. **10** 89 ff.

Zweiter Titel. Schenkung.

Literatur: Eckstein, Das Schenkungsversprechen, seine Erfüllung und sein Verhältnis zur Realschenkung, ACivPr. **107** 384—426. — Stützel, Schenkung und Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses zum Vorteil eines anderen im BGB. Nürnberg, 1911.

§ 516. I. 1. a) *Eckstein, Schenkungsversprechen, ACivPr. **107** 384 ff. Die Schenkung ist ein Realvertrag. Auch in der sog. Realschenkung ist wesentlich nur das obligatorische Moment, von dem der (dingliche) Erfüllungsvertrag, obwohl zeitlich und äußerlich zusammenfallend, zu trennen ist. Schenkung und Schenkungsversprechen sind juristisch identisch. Schenkungsversprechen ist der Schenkungsvertrag selbst (nicht Schenkung der Forderung auf die schenkweise Zuwendung, nicht Versprechen einer späteren Schenkung); durch ihn wird der Gegenstand selbst, nicht die Forderung auf ihn zugewendet. Zuwendung nur Erfüllungsakt nicht Schenkung. Zeitpunkt der Schenkung nur der der Erteilung des Schenkungsversprechens. Konsequenzen für das engere Schenkungsrecht gering (Auflage, Widerruf usw.; darüber 405 f.); für Anfechtung usw. erheblich. Vorstehendes gilt nur vom formgerechten Schenkungsversprechen. **b)** *Collatz. Realschenkung (Handschenkung) ist Konsensualkontrakt. Vgl. oben Ziff. I 5 zu § 433.

2. *Fischbach, Sammelvermögen, RheinZ. **3** 276. Das Spendungsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft sui generis und von der Schenkung wohl zu unterscheiden. Vgl. unten zu § 1914.

II. 1. **RG.** 10. 1. 11, R. **11** Nr. 976. Wird einem Angestellten vor oder bei seiner Entlassung mit Rücksicht auf die in der Vergangenheit liegenden, geleisteten

Dienste und deren lange Dauer eine Pension versprochen, so liegt, wenn der Angestellte die Pension nicht als eine unentgeltliche Zuwendung, sondern als eine weitere nachträgliche Entlohnung der geleisteten Dienste auffaßt (**RG. 70** 18), eine Schenkung nicht vor. Denn diese erfordert die Einigung beider Teile darüber, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. Daß der Arbeitgeber bei dem Versprechen der Pension den Willen hatte, eine unentgeltliche Zuwendung zu machen, genügt nicht, das Versprechen zu einer Schenkung zu machen.

2. a) **RG.** 11. 2. 11, GruchotsBeitr. **55** 920 führt in Übereinstimmung mit der ständigen neueren Rechtsprechung (**RG. 67** 204, JW. **08** 71, vgl. JDR. **7** Ziff. III 3 zu § 1624) aus, daß eine Ausstattung, auch soweit sie das den Vermögensverhältnissen des Ausstattenden entsprechende Maß übersteigt, nicht als Schenkung anzusehen sei, wenn die Parteien auch nur subjektiv die Ausstattung als Gegenleistung für die Heirat ansehen, die der zukünftige Schwiegersohn in Aussicht stellt. **b**) **RG.** 16. 1. 11, JW. **11** 278, GruchotsBeitr. **55** 923, PosMSchr. **11** 39. Verpflichtet sich der Vater der Braut für den Fall, daß ein Onkel des Bräutigams dessen Schulden bezahlt, diesem Onkel gegenüber zur Gewährung einer Mitgift, so liegt eine Schenkung nicht vor. (Die auf den Willen des einen Teiles gestellte Bedingung ist nicht unzulässig, vgl. **RG. 72** 385.)

3. ElsLothNotZ. **11** 226 (LG. Colmar). Wenn in einer als „Schenkung" bezeichneten Urkunde der Beschenkte Gegenleistungen übernimmt, die den Wert des ihm übertragenen Gegenstandes übersteigen, so liegt keine Schenkung, sondern eine nach dem Verkehrssteuergesetze versteuerbare entgeltliche Übertragung vor.

4. HessRspr. **12** 5 (LG. Darmstadt). Die Bestellung einer Sicherheit für einen Dritten ist nur dann eine das Vermögen des Gläubigers bereichernde unentgeltliche Zuwendung, wenn die gesicherte Forderung schon bei Bestellung der Sicherheit weder in Gegenwart noch Zukunft einen Vermögenswert mehr hatte.

§ 517. 1. *Stützel, Schenkung und Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses zum Vorteil eines anderen im BGB. Die einfachste Rechtfertigung der Schlußbestimmung des § 517 ist diese: Erbschafts- bzw. Vermächtnisausschlagung zum Vorteil eines anderen ist kein Schenkungsakt, weil überhaupt keine „Zuwendung" seitens des Ausschlagenden vorliegt; im Falle der Ausschlagung setzt sich das Gesetz automatisch in Bewegung und weist ohne irgendeine Mitwirkung des Ausschlagenden die Erbschaft bzw. das Vermächtnis dem Nächstberechtigten kraft eigenen Rechtes zu (§§ 1953 Abs. 1, 2, 2180 Abs. 3 BGB.). Die bisherige Rechtfertigung der Schlußbestimmung des § 517, es fehle Zuwendung „aus dem Vermögen" des Ausschlagenden, erscheint, soweit sie in Erbschaft und Vermächtnis nur angefallene, noch nicht endgültig erworbene Rechte sieht, im Hinblick auf den Wortlaut des § 517, der Erbschaft und Vermächtnis als etwas Eigenes neben, nicht aber unter solchen Rechten aufführt, bedenklich.

2. Vgl. auch unten zu § 1822 Nr. 2.

§ 518. 1. *Ebbecke, R. **11** 636 ff. Wird nach formgerechter Beurkundung des Schenkungsversprechens dem Schenker eine Erleichterung bewilligt und verpflichtet sich dieser dafür zu einer Leistung, so bedarf diese Abänderung nicht der Schenkungsform, da die von dem Schenker übernommene neue Leistung sich nicht als ein Schenkungsversprechen, sondern als eine Gegenleistung darstellt. — Die von dem Gläubiger erzwungene Erfüllung, insbesondere die von diesem vorgenommene Aufrechnung ist nicht geeignet, den Mangel der Schenkungsform zu heilen. Die formheilende Wirkung der Erfüllung darf nicht so aufgefaßt werden, als wenn mit der Leistung des Versprochenen das Schenkungsversprechen auch hinsichtlich etwaiger Schadensersatzansprüche aus §§ 523, 524 verbindlich geworden wäre. Soweit es sich um diese Schadensersatzansprüche handelt, ist eben der Vertrag nicht erfüllt worden.

2. *Eckstein, Schenkungsversprechen und seine Erfüllung, ACivPr. **107** 384 ff. Das Schenkungs*versprechen* ist der Schenkungs*vertrag* selbst, durch ihn wird der *Gegenstand* selbst zugewendet, nicht der *Anspruch* auf ihn. Die spätere Leistung ist bloßer Erfüllungsakt (387). Diese Auffassung trifft nur für das formgerechte, nicht für das formlose Schenkungsversprechen zu (404). Konsequenz (405/10): grundsätzlich maßgebend Moment der Versprechenserteilung. Selbst im Pflichtteilsrechte (§ 2325) kommt es nicht auf den Zeitpunkt der *Leistung* des Gegenstandes, sondern den des *Versprechens* an (411 ff.). Entsprechende Konsequenzen für das Schenkungssteuerrecht und die Gläubigeranfechtung 420 ff.

3. **RG.** 2. 11. 10, JW. **11** 37. Die nachträgliche Verpflichtung des Verkäufers, eine vom Käufer übernommene für eine Bank eingetragene Grundschuld löschen zu lassen, falls diese die Grundschuld an den Käufer abträte, enthält ein Schenkungsversprechen.

4. **RG.** 18. 5. 11, BayRpflZ. **11** 307. Ein Bankguthaben kann durch formlose Abtretung der Forderung verschenkt werden, ohne daß zugleich das Bankkontobuch übergeben werden muß.

5. **RG.** 9. 10. 11, JW. **11** 1016. Ist der zu einer schenkweise übergebenen Aktie gehörige Gewinnanteilscheinbogen dem Beschenkten nicht mitübergeben, so ist insoweit die Schenkung nicht vollzogen.

6. **RG.** JDR. **9** Ziff. 3 auch SeuffA. **66** 94.

§ 531. R. **11** Nr. 706 (Naumburg). Unentgeltlich in Erwartung künftiger Eheschließung geleistete Dienste können nicht auf Grund Widerrufs wegen Undankes bezahlt verlangt werden. Dienste können nicht Gegenstand einer Schenkung sein, weil sie nicht aus dem vorhandenen Vermögen des Gebers fließen; es kann höchstens der Anspruch auf die schon erworbene Vergütung schenkweise erlassen werden.

§ 534. **RG.** 17. 1. 11, HessRspr. **11** 14. Bei der Schenkung, durch die einer sittlichen Pflicht entsprochen wird, ist nicht vorausgesetzt, daß sich die sittliche Pflicht gerade aus dem Verhältnisse des Schenkers zum Beschenkten ergibt, sie kann vielmehr auch aus dem Verhältnisse des Schenkers zu einem Dritten hervorgehen.

Dritter Titel. Miete. Pacht.

Literatur: Grau, Tod in fremden Räumen, JW. **11** 624—626. — Klein, Zu BGB. § 571 Abs. 2 Satz 2, HessRspr. **11** 43—46. — Mittelstein, Beiträge zum Mietrecht, SeuffBl. **11** 257—263, 416—419, 503—506. — Stern, Zum Begriff künftiger Entschädigungsforderungen, JW. **11** 1009—1011.

I. Miete.

§ 535. I. 1. *Reichel, Einspruch des Mieters gegen Umbau des Miethauses, DJZ. **11** 531. Der vertragsmäßige Mietgebrauch versteht sich nach Treu und Glauben. Der Mieter kann daher solche bauliche Maßnahmen nicht hindern, die ihn nur geringfügig beeinträchtigen, dem Vermieter oder Grundstückserwerber aber höchstnötig sind und unaufschiebbar erscheinen (hierzu ein Fall aus der Praxis des LG. Leipzig).

2. Schumann, DJZ. **11** 703. Soweit es sich bei Plakatreklame um Anbringung der Plakate an Immobilien, wie Hausgiebeln, Bahnhofswänden, Straßenlaternen usw. handelt, liegt Sachmiete vor. Anders jedoch bei der Reklame durch an Mobilien, und zwar in den Betriebsmitteln öffentlicher Verkehrsanstalten, wie Eisenbahnen, Straßenbahnen, Omnibussen usw. angebrachte Plakate. Hier ist Leistungsgegenstand nicht nur die Überlassung der Wagenflächen zum Anbringen der Plakate, sondern die Vorführung der Plakate an die Fahrgäste zwecks Inaugenscheinnahme. Ein solcher Vertrag fällt unter keine der Typen des besonderen Teiles des Rechtes der Schuldverhältnisse, ist vielmehr als gegenseitiger durch den All-

gemeinen Teil des zweiten Buches des BGB. geregelter, obligatorischer Vertrag aufzufassen.

3. Wölcke, Das Recht des Fernsprechnebenanschlusses, EisenbE. **27** 376 ff., legt dar, daß das Rechtsverhältnis zwischen Telegraphenverwaltung und Fernsprechteilnehmer als Miete aufzufassen sei. Von den Regeln des BGB. über die Miete unterscheidet sich das Fernsprechanschlußverhältnis hauptsächlich dadurch, daß der Teilnehmer verpflichtet ist, der Telegraphenverwaltung den Mietzins vierteljährlich im voraus zu entrichten und daß die Verwaltung das Recht hat, auch ohne Abmachung in gewissen Fällen den Anschluß ohne Kündigung aufzuheben. Auch das Rechtsverhältnis zwischen dem Inhaber des Hauptanschlusses und dem des Nebenanschlusses ist in allen Fällen, wo dieser jenem gegenüber sich zu einer Gegenleistung verpflichtet hat, als Aftermiete anzusprechen, zu der die Telegraphenverwaltung als Vermieterin dem Inhaber des Hauptanschlusses in den Bestimmungen über Fernsprechnebenanschlüsse die Erlaubnis erteilt hat. AM. Laubhardt, R. **10** 548 ff., JDR. **9** Ziff. IV 10 zu § 611.

4. Pickardt, Schaustellungsvertrag 28. Der Schaustellungsvertrag, durch den der Schausteller verpflichtet wird, den Besucher zur Beobachtung eines Gegenstandes zuzulassen, ist weder als Mietvertrag noch als Werkvertrag noch als Mittelding zwischen beiden anzusehen. Es ist überhaupt keiner der im besonderen Teile des Rechtes der Schuldverhältnisse behandelten Vertragstypen für ihn zutreffend, vielmehr stellt er einen contractus sui generis dar.

II. Aus der Praxis. 1. Sachmiete und ähnliche Verträge. **a)** SchlHolstAnz. **11** 228 ff. (Kiel). Die Überlassung eines Elektrizitätszählers gegen Entgelt ist nicht als Miete, sondern als Zuschlag zu dem für die Lieferung der elektrischen Kraft zu zahlenden Preise anzusehen. **b)** SchlHolstAnz. **11** 187 (Kiel). Eine Vereinbarung über das Stellen von Pferden, Wagen und Kutscher zum Transporte von Gegenständen ist nicht ein Frachtvertrag, sondern ein aus Miete — soweit die Dienste des Kutschers zur Verfügung zu stellen waren — und aus Dienstvertrag gemischter Vertrag. **c)** PosMSchr. **11** 67 (Marienwerder) über Sachmiete in Ansehung eines Dreschsatzes. **d)** **RG.** 10. 2. 11, R. **11** Nr. 1113. Nicht erst durch die Bestellung von Speisen und Getränken, sondern schon durch den Eintritt des Gastes, der als solcher auftritt, in die Gasträume, entsteht ein Vertragsverhältnis zwischen dem Wirte und dem Gaste über die Benutzung der Räume, kraft dessen der Wirt dem Gaste für die Sicherheit des Verkehrs in den Räumen haftet.

2. **a)** OLG. **22** 267 (Hamburg). Der Mietvertrag setzt nach § 535 ebenso wie nach allgemeinem Sprachgebrauche nicht voraus, daß die Sache dem Mieter übergeben wird; er setzt nur voraus, daß dem Mieter ein Gebrauch der vermieteten Sache gewährt wird. Dafür ist eine Besitzübertragung zwar oft, aber nicht immer erforderlich. **b)** OLG. **22** 241 (KG.). Versichert der Mieter in dem Mietvertrage, daß er ein den Mieträumen entsprechendes Mobiliar als unbeschränktes Eigentum besitze, so liegt eine arglistige Täuschung des Vermieters nur vor, wenn das dem Mieter gehörige Mobiliar nicht so beschaffen ist, wie Leute von seinem Stande nach den bei ihnen herrschenden Lebensgewohnheiten Wohnungen von der Art der vermieteten auszustatten pflegen. **c)** SeuffBl. **11** 143 f. (LG. München I). Die Bestimmung des Mietvertrags, daß die Mieträume bei Beendigung der Miete vom Mieter in dem gleichen Zustande zurückzugeben sind, ist dahin auszulegen, daß die ordnungsgemäße Abnutzung dem Mieter gestattet und nicht von ihm zu vertreten ist, und daß er nur für eine außergewöhnliche Verschlechterung der Wohnung aufzukommen hat.

3. BayRpflZ. **11** 31 (LG. München I). Sind Räume als „Wohnung und Geschäftsraum" (es handelte sich um einen Kunsthandel) vermietet worden, so hat der Vermieter den Mietgegenstand in einem Zustande zu überlassen und erhalten, der seine Benützung als Geschäftsraum ermöglicht. Treu und Glauben mit Rück-

sicht auf die Verkehrssitte erfordern es daher auch, daß der Vermieter dafür sorgt, daß diese Betriebsräume des Mieters so leicht und bequem als möglich zu erreichen sind, zum mindesten, daß nicht der Zugang in einer Weise versperrt wird, wie sie nur bei Häusern verkehrsüblich ist, die ausschließlich Wohnungszwecken dienen.

4. Ausbedingung einer besonderen Wohnungsentschädigung. a) SeuffBl. **11** 217 (LG. München I). Die Vereinbarung einer besonderen neben dem Mietzinse zu zahlenden Entschädigung für Abnutzung im Falle des Auszugs des Mieters innerhalb zweier Jahre verstößt gegen die guten Sitten. **b**) Hiergegen wendet sich Mittelstein, SeuffBl. **11** 257. Den Ausführungen Mittelsteins treten Levinger, SeuffBl, **11** 414 und Straub, Bay. RpflZ. **11** 253 ff. entgegen, doch hält Mittelstein, SeuffBl. **11** 416 ff., seine Auffassung aufrecht.

5. KGBl. **11** 124 (KG.). Der nicht unstreitige Grundsatz, daß die Erteilung der Schankerlaubnis bei Mietverträgen über ein Schanklokal stillschweigende Vertragsbedingung sei, gilt jedenfalls nicht schlechthin, sondern höchstens als Regel dergestalt, daß die Umstände des einzelnen Falles die Annahme des Gegenteils nicht ausschließen.

6. OLG. **23** 37, KGBl. **11** 111 (KG.). Darin, daß das Gesetz vom 2. Juni 1910 den Betrieb des Stellenvermittelungsgeschäfts des Mieters unmöglich gemacht hat, ist die Unmöglichkeit eingetreten, die Mieträume zu dem im Vertrag allein vorgesehenen Zwecke zu benutzen.

§ 536. 1. OLG. 22 244 (KG.). Ein Gebrauchsrecht des Mieters ist nur hinsichtlich derjenigen Zugänge anzuerkennen, welche erforderlich sind, um dem Mieter den vertragsmäßigen Gebrauch der Mietsache zu ermöglichen; ein Recht auf Benutzung aller Treppen des Hauses steht dem Mieter nicht zu.

2. BreslauAK. **11** 10 (Breslau). In der Aufnahme eines Konkurrenzbetriebs in dasselbe Haus kann in der Regel eine Störung im Sinne des § 536 nicht erblickt werden. Vielmehr ist der Hausbesitzer, wenn er sich nicht etwa zum Ausschlusse von Konkurrenzgeschäften verpflichtet hat, im allgemeinen berechtigt, Konkurrenzgeschäfte in dasselbe Haus aufzunehmen, ohne hierdurch vertragsbrüchig zu werden. Im Einzelfalle kann jedoch unter Umständen, ohne daß eine ausdrückliche Vereinbarung vorliegt, ein Mietvertrag nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gemäß § 157 in Verbindung mit § 133 dahin auszulegen sein, daß dem Vermieter die Aufnahme eines Konkurrenzgeschäfts in dasselbe Haus nicht gestattet sein soll.

§ 539. Schadensersatzanspruch aus § 539 und deliktische Haftung des Vermieters. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 926, JW. **11** 540. Der aus dem Mietvertrag nach § 538 erwachsene, im vorliegenden Falle vom Kläger zufolge des § 539 verwirkte Schadensersatzanspruch — wegen Nichterfüllung — ist auf nichts anderes gerichtet, als der deliktische Schadensersatzanspruch: auf Ersatz des durch die Mangelhaftigkeit der Sache erlittenen Schadens. Dessenungeachtet kann nicht daraus, daß für das Mietverhältnis § 539 eingreift, geschlossen werden, auch der deliktische Schadensersatzanspruch könne zufolge des dort gesetzlich unterstellten Verzichts nicht mehr geltend gemacht werden. Die deliktische Haftung des Beklagten, wie sie von der Klage beansprucht, vom angefochtenen Urteil angenommen ist, beruht auf dem vom RG. vielfach (**RG. 54** 53; 58 333; WarnE. **08** Nr. 499; BGB., Komm. der RGR., Bem. 6 a zu § 823) ausgesprochenen Rechtssatz, daß, wer einen Verkehr auf seinem Grundstück eröffnet, auch für Gefahrlosigkeit des Verkehrs zu sorgen hat, und daß mangelhafte Erfüllung dieser Pflicht Schadensersatzpflicht gemäß § 823 BGB. nach sich zieht. Diese Verletzung einer Verkehrspflicht, die jedem gegenüber besteht, ist und bleibt widerrechtlich auf seiten des Beklagten auch dann, wenn, was dahingestellt bleiben kann

(Staudinger, BGB. § 539 Bem. II), die Verletzung des zwischen den Parteien bestehenden Mietverhältnisses es nicht mehr wäre.

§ 542. 1. Longard, DJZ. **11** 332. Die Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist ist Rücktritt für die Zukunft. Dieser wird wirksam mit dem Augenblicke seiner begründeten Kundmachung. Ein Mieter, der eine Wohnung gemietet und mit Möbeln ausgestattet hat, ist meist nicht in der Lage, am Tage der Kündigung die bisher innegehabte Wohnung aufzugeben und eine andere zu beziehen. Ein wirksamer gesetzlicher Schutz wird dem Mieter nur gewährt, wenn man ihm nicht nur das Recht der sofortigen Beendigung des Mietverhältnisses, sondern auch das der Kündigung mit angemessener Frist bzw. auf den nächsten Endtermin eines Kündigungsabschnitts wahlweise zugesteht. Um den Vermieter nicht ungebührlich zu beschweren, müßte der Mieter verpflichtet sein, ihm bei der Kündigung bindend zu erklären, von welchem der drei Rechte er Gebrauch machen will.

2. Mittelstein, SeuffBl. **11** 504 ff. Hat der Mieter die Befugnis zur fristlosen Kündigung erworben, so kann er sich nicht erst nach einer neuen Wohnung umsehen und, wenn er sich solche verschafft hat, kündigen, sondern er muß ohne Verzug von seiner Kündigungsbefugnis Gebrauch machen. Dann kann es ihm aber nicht verboten sein, wenn sein Interesse es erheischt, nicht per sofort, sondern auf einen späteren Termin zu kündigen. Der Termin, auf den der Mieter kündigen kann, wird so zu bemessen sein, daß der Mieter Gelegenheit hat, während der Zwischenzeit (der Kündigungsfrist) eine neue Wohnung zu finden.

3. a) **RG.** R. **11** Nr. 1527. Der Vermieter kann von dem Mieter verlangen, daß er in mäßigen Grenzen zur Hebung eines während der Mietzeit hervorgetretenen Mangels mitwirkt (Befolgung der zur Rattenvertilgung von einem Kammerjäger getroffenen, den Mieter nicht wesentlich belästigenden Anordnungen). Weigert sich der Mieter dessen, so steht ihm das Kündigungsrecht nicht zu. b) ElsLothJZ. **11** 456 (Colmar). Ein Mietvertrag über eine bessere Wohnung kann, schon ehe die Miete beginnt, vom Mieter nach § 542 ohne Innehaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn die Wohnung mit Wanzen behaftet und anzunehmen ist, daß auch bei Beginn der Mietzeit dieser Mangel nicht völlig behoben sein wird. Es bedarf alsdann auch nicht einer vorherigen Fristsetzung auf Beseitigung des Mangels.

4. **RG.** R. **11** Nr. 1907. Der Mieter, dem die Benutzung eines zur Mietwohnung gehörenden Raumes wegen dessen den polizeilichen Vorschriften widersprechender Beschaffenheit untersagt worden ist, kann sich auch dann auf § 542 berufen, wenn er selbst durch Anzeige bei der Polizei die Untersagung der Weiterbenutzung des bis dahin unbeanstandet benutzten Raumes veranlaßt hat.

5. **RG.** R. **11** Nr. 1718. Auch soweit es sich nach Beendigung der Miete um Mietausfallhaftung handelt, sind Mängel der Mietsache durch entsprechende Abzüge zu berücksichtigen.

6. **RG.** 1. 3. 11, **75** 354 ff., JW. **11** 401, DJZ. **11** 762, SeuffA. **66** 398. Der Mieter ist zur Kündigung des Mietverhältnisses ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt, wenn der Vermieter seiner Vertragspflicht, die Mietwohnung in der Zeit vom 1.—15. Mai auf die gewöhnliche Zimmerwärme von 15 Grad Reaumur für den Fall zu heizen, daß die Außentemperatur etwa um 8 Uhr morgens unter 10 Grad Reaumur sinken werde, trotz Aufforderung zur unverzüglichen Abstellung des Heizmangels nicht nachkommt. Vgl. schon JDR. **9** Ziff. 5 und LG. Hamburg, HansGZ. **11** Beibl. 61.

7. SächsOLG. **32** 540 (Dresden). Hat der Mieter die Haftung für zufällige Beschädigung der gemieteten Sache übernommen, so kann er vom Vertrage nicht deshalb zurücktreten, weil der vertragsmäßige Gebrauch der Sache durch einen Zufall unmöglich geworden ist.

8. **RG. 75** 357. Die Aufforderung, einem bestimmten Mangel „unverzüglich" abzuhelfen, enthält eine genügende Fristsetzung im Sinne des § 542; einer näheren Angabe nach Tagen oder Stunden bedarf es nicht.

9. OLG. Colmar, JDR. **9** Ziff. 3 a, ausführlicher auch OLG. **22** 289.

§ 544. 1. **RG.** 29. 3. 11, DJZ. **11** 819, GruchotsBeitr. **55** 931. Die Tatsache, daß ein zum Aufenthalte von Menschen bestimmter Raum (z. B. ein sog. Hängeboden) so beschaffen ist, daß die Benutzung mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbunden ist, wird nicht dadurch beseitigt, daß derartige Räume seit langer Zeit bestanden haben und in sehr vielen Wohnungen zum dauernden Aufenthalte von Menschen benutzt worden sind. — Eine erhebliche Gefährdung der Gesundheit ist nur dann anzunehmen, wenn die Gefahr eine naheliegende und die drohende Gesundheitsbeschädigung selbst eine erhebliche ist.

2. **RG.** R. **11** Nr. 1910. Das Kündigungsrecht erstreckt sich auf den ganzen Mietvertrag, wenn dessen Zweck ohne die gesundheitsschädlichen Räume nicht erreichbar ist.

3. **RG.** R. **11** Nr. 1909. Aus der langen Dauer der Fortbenutzung der Mieträume kann unter Umständen auf deren Unschädlichkeit geschlossen werden.

4. Vgl. Longard Ziff. 1 zu § 542.

§ 545. Géza *Kiß, JheringsJ. **58** 465 ff. Die Frage, ob die im § 545 BGB. für den Mieter vorgeschriebene Anzeigepflicht auch für den Gast gegenüber dem Gastwirte bestehe (vgl. dazu Gumbinner, DJZ. **11** 194—195, Klein, Anzeigepflicht im Schuldrecht, 99 ff., sowie G. Kiß, GrünhutsZ. **36** 424 f.) kann wohl nach der Verkehrsübung, nicht aber nach Interessenabwägung entschieden werden. Der Richter muß stets eine Norm für seine zufällige Entscheidung haben, da er ja nicht nach seiner subjektiven Meinung feststellen darf, was Rechtens ist. Wenn es nun andererseits mit Recht erfordert wird, daß keine sinnlose Buchstabeninterpretation, sondern eine der römischen Interpretation ebenbürtige wirkliche Auslegung stattfinde, so kann dies keineswegs ein Verlassen des positiven Rechtes bedeuten; das im § 242 BGB. (o. Ziff. **1** i zu §§ 241 ff.) kodifizierte Billigkeitsprinzip verweist uns vielmehr auf die Auffassung des Lebens, auf die Verkehrsübung, wie dies bereits von Danz in eminenter Weise beleuchtet worden ist (insbes. neuerdings JheringsJ. **54** 66 ff.), ➳ vgl. jetzt auch DJZ. **16** 566 und Auslegung der Rechtsgeschäfte (3) 112. ⇜

Mit der Abwägung der Interessen kommt man auch hier nicht weit. Vielmehr ist für die Beurteilung der Tunlichkeit der Anzeige die Verkehrssitte maßgebend; die Anzeigepflicht des Gastes muß verneint werden, da eine Verkehrssitte besteht, nach der der Gastwirt die vermieteten Räume entweder selbst täglich einzusehen, oder durch seine Angestellten einsehen zu lassen pflegt. Die Gepflogenheit und nicht die „Möglichkeit" ist ausschlaggebend. Diese Verkehrsübung ist ein „durch § 242 BGB. sanktionierter Gewohnheitsrechtssatz" (Danz aaO.), der als mittelbarer Gesetzesinhalt angewendet werden muß.

§ 548. 1. OLG. **22** 248 (Hamburg). Ein stillschweigender Ausschluß der Haftung des Mieters für die durch Fahrlässigkeit verursachten Verschlechterungen der Mietsache ist darin zu finden, daß der Vermieter für die eine, der Mieter für die andere Hälfte der Vertragsdauer die Versicherung der Mietsache gegen die Gefahr solcher Verschlechterungen übernimmt.

2. Tod in fremden Räumen (vgl. JDR. **2**, **5**, **9** Ziff. 2). **a)** Grau, JW. **11** 624 ff. Die Erben desjenigen, der einer ansteckenden Krankheit erlegen ist, sind verpflichtet, dem Vermieter der Wohnung für denjenigen Schaden Ersatz zu leisten, der ihm durch Desinfizieren und Tapezieren entsteht; bei möblierten Wohnungen wird Erstattung des Wertes des Bettzeugs usw. hinzukommen. Nur für ärztliche Institute, die sich mit der Behandlung gerade solcher Krankheiten be-

fassen, wird man eine Ausnahme machen müssen, da sie in der Lage sind, ihre Unkosten im voraus zu berechnen und demgemäß bei der Festsetzung des Honorars zu berücksichtigen. Ist dem Tode eine nicht ansteckende Krankheit oder überhaupt keine Krankheit vorausgegangen, so treffen die durch Vernichten des Bettzeugs und vorübergehendes Nichtvermieten des Zimmers entstehenden Kosten regelmäßig den Vermieter. Trat der Tod durch Selbstmord ein, so ist eine Ersatzpflicht der Erben für alle notwendig gewordenen Maßnahmen zur Instandsetzung der Mieträume gegeben; der Selbstmörder ist Mieter des Zimmers und hat als solcher alle Veränderungen und Verschlechterungen zu vertreten, die durch einen anderen als den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführt werden. **b)** KGBl. **11** 125 (KG.). Der an einer ansteckenden Krankheit leidende Hotelgast, der trotzdem in dem gemieteten Zimmer verbleibt, hat dem Gastwirte den gesamten Schaden zu ersetzen, der ihm durch Desinfektion des Zimmers sowie Reinigung event. Neubeschaffung der verunreinigten Sachen entsteht. Es muß in einem solchen Falle angenommen werden, daß Wirt und Gast stillschweigend dahin einig geworden sind, daß der Wirt für allen Schaden, der ihm an der Mietsache durch die Krankheit des Gastes entstehe und entstanden sei, entschädigt werden solle.

§ 549. 1. **a)** **RG.** 31. 3. 11, JW. **11** 487, GruchotsBeitr. **55** 934. Dem Mieter steht im Falle der Verweigerung der Zustimmung des Vermieters zu der Abtretung seiner Rechte aus dem Mietvertrage das Kündigungsrecht aus § 549 ebenso zu, wie im Falle der Verweigerung der Gebrauchsüberlassung, insbesondere zur Weitervermietung, da jedenfalls die entsprechende Anwendung des § 549 am Platze ist. **b)** Hiergegen Mittelstein, R. **11** 576. Gebrauchsüberlassung und Abtretung der Mieterrechte sind grundsätzlich verschieden; der Dritte, dem der Gebrauch der Mietsache vom Mieter überlassen wird, ist dem ersten Mietverhältnisse fremd, während die Abtretung der Mieterrechte einen Eintritt in das Mietverhältnis zur Folge hat. Bei einer Abtretung der Mieterrechte würde der Dritte in Rechtsbeziehungen zu dem Vermieter treten und es ist nicht angängig, den Vermieter durch die außerordentliche Kündigungsbefugnis des § 549 Abs. 2 zur Erteilung der Zustimmung zu der Abtretung zu drängen. Auch eine analoge Anwendung des § 549 ist daher ausgeschlossen.

2. KGBl. **11** 124 (KG.). Durch die in Mietverträgen übliche Bestimmung „dieser Vertrag darf an niemand ohne die schriftliche Genehmigung des Vermieters abgetreten werden" wird das Recht des Mieters, im Falle der Versagung der Genehmigung das Mietverhältnis zu kündigen, nicht beseitigt, da offenbar lediglich die Vorschrift des Gesetzes hat wiederholt werden sollen.

3. OLG. **22** 249 (KG.). Ein stillschweigender Verzicht auf das Kündigungsrecht wegen unbegründeter Ablehnung eines Untermieters ist nicht darin zu finden, daß der Mieter dem Vermieter Auftrag gibt, die Wohnung anderweit anzubieten.

4. OLG. **22** 248 (Hamburg). Der Vertrag eines Mieters mit einem Untermieter ist ein richtiger selbständiger Mietvertrag, da es grundsätzlich ohne Bedeutung ist, in welchem Verhältnisse der Vermieter zur Mietsache steht, besonders ob er ihr Eigentümer ist.

5. OLG. **23** 39, FrankfRundsch. **45** 53 (Frankfurt). Der Mieter haftet nicht für eine Handlung seines Untermieters, die jedes inneren Zusammenhanges mit der Erfüllung der im Mietverhältnis als solchen wurzelnden Verpflichtungen entbehrt, sich vielmehr als eine selbständigem Entschluß entsprungene unerlaubte Handlung darstellt.

§ 550. **RG.** 13. 10. 11, **77** 117 ff., JW. **11** 1015. Die Abmahnung soll dem Mieter kundgeben, worin der Vermieter einen seine Rechte verletzenden Mißbrauch der Mietsache erblickt, damit der Mieter von einem solchen Mißbrauch ablasse, und er so die Klage des Vermieters auf Unterlassung (§ 550) und die fristlose Kündigung

(§ 553) abwenden kann. Diesem Zwecke entspricht eine Aufforderung nicht, die nur der allgemeinen Unzufriedenheit des Vermieters mit dem Verhalten des Mieters Ausdruck gibt und ihn im allgemeinen an die Erfüllung seiner Vertragspflichten hinsichtlich der Verwahrung und des Gebrauchs der Mietsache erinnert. Die Abmahnung muß vielmehr die Beschwerden des Vermieters bestimmt bezeichnen (vgl. OLG. **13** 367 [Colmar]).

§ 553. OLG. **22** 253 (KG.). Die außergewöhnliche Kündigung muß den Grund erkennen lassen, aus dem die Befugnis zur einseitigen Vertragsauflösung hergeleitet wird (Niendorff 283). Dies gilt um so mehr, wenn sie sich auf Verletzung der Vertragspflichten und auf eine besondere Vertragsbestimmung stützt.

§§ 553, 554. Schadensersatz neben den §§ 553, 554 (JDR. **2** u. **7** zu § 553, **7** § 554 Ziff. 2, **9** Ziff. 2). 1. OLG. **22** 262 (KG.). Der Vermieter, der wegen vertragswidrigen Verhaltens des Mieters den Vertrag durch seine Kündigung auflöst, kann für den als Kündigungsfolge entstandenen Schaden Ersatz verlangen.

2. OLG. **22** 265, ElsLothJZ. **11** 25 (Colmar). Der Vermieter, der von dem Rechte des § 554 Gebrauch macht, kann nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen (§§ 249 ff. und § 628 Abs. 2 BGB., § 70 Abs. 2 HGB.) von dem Mieter Ersatz des Schadens verlangen, der ihm dadurch entsteht, daß der Mieter durch vertragswidriges Verhalten (§§ 276 ff. BGB.) den Grund zur Auflösung des Mietvertrags gegeben hat. Als Verschulden des Mieters ist auch dessen Zahlungsunfähigkeit (§ 275 Abs. 2 BGB.) anzusehen, falls er nicht den Beweis objektiver Unmöglichkeit der Leistung erbringt.

§ 554. **RG.** 13. 6. 11, **76** 367 ff., JW. **11** 712. Der Mieter, der durch Zahlungsunfähigkeit an der Entrichtung des Mietzinses gehindert ist, hat dem Vermieter allen Schaden zu ersetzen, der diesem durch die auf der Zahlungsunfähigkeit beruhende Nichterfüllung der Leistungspflicht des Mieters widerfährt. Die Ersatzpflicht des Mieters wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Vermieter von dem Kündigungsrechte des § 554 Gebrauch macht. Es kann ein Schadensersatzanspruch auch dann mit Erfolg geltend gemacht werden, wenn die die Ersatzpflicht begründenden Ereignisse in die Zeit des bestehenden Vertrags fallen, die den Betrag und Umfang bestimmenden Tatsachen aber erst in der Zeit nach der durch die Kündigung herbeigeführten Beendigung des Mietverhältnisses hervortreten [aaO. 368 eingehende Literaturangaben]. (Vgl. für die Ersatzansprüche des Mieters schon **RG. 64** 381.)

§ 555. OLG. **22** 262 (KG.). § 555 enthält keine zwingende Vorschrift, nach der die Einbehaltung des im voraus gezahlten Mietzinses durch den Vermieter unter allen Umständen ausgeschlossen wäre. Zunächst steht § 555 nach seiner Entstehungsgeschichte und bei der allgemeinen Vertragsfreiheit des BGB. einer abweichenden Parteiabrede nicht entgegen (Oertmann zu § 555); ferner stellt er nur eine Sondervorschrift für das Mietrecht dar, und es fehlt jeder Anhalt dafür, daß nicht neben ihr allgemeine Rechtsgrundsätze, besonders diejenigen über Schadensersatz, auf das Rechtsverhältnis der Parteien und das Rückforderungsrecht des Mieters anwendbar sein dürfen.

§ 556. 1. SächsRpflA. **11** 561 (Dresden). Hat der Mieter an den Fenstern des ersten Stockes eine Firmenaufschrift angebracht, so ist hierin nicht eine Veränderung der Sache durch den vertragsmäßigen Gebrauch im Sinne des § 548 zu erblicken, sondern eine Herrichtung des Mietgegenstandes für persönliche Zwecke des Mieters, deren Beseitigung auf Grund der im § 556 festgesetzten Rückgabepflicht des Mieters gefordert werden kann.

2. Beweislast bei Beschädigungen der Mietsache (vgl. JDR. **7** Ziff. 2). FrankfRundsch. **45** 36 (Frankfurt). Der Mieter hat zufolge seiner Pflicht zur Obhut nach §§ 548, 556 für alle während der Mietzeit eintretenden und nicht durch vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführten Beschädigungen der Miet-

sache aufzukommen, es sei denn, daß er den Nachweis führt, die Beschädigung habe er nicht zu vertreten.

§ 557. 1. R. **11** Nr. 1286 (Cöln). Ein Anspruch auf Fortzahlung des Mietzinses gemäß § 557 kann nicht darauf gegründet werden, daß der Mieter die Wohnung in einem erheblich veränderten oder verschlechterten Zustande zurückgegeben habe und daß er mit der Rückgabe einiger Schlüssel in Verzug geraten sei. Der Vermieter muß in einem solchen Falle vielmehr eine Schadensersatzklage aus § 558 unter genauer Darlegung seines Schadens erheben.

2. SächsOLG. **32** 540 (Dresden). Hat nach Satz 1 des § 557 der Mieter, falls er die Mietsache dem Mieter, sei es auch ohne Verschulden vorenthält, für die Dauer der Vorenthaltung den vereinbarten Mietzins als Entschädigung zu zahlen, so darf als vom Gesetzgeber gewollt angesehen werden, daß der Vermieter die gleiche Entschädigung als Mindestbetrag seines Schadens ohne weiteres auch dann beanspruchen kann, wenn ihm die Mietsache vom Mieter zwar nicht „vorenthalten", aber doch infolge eines von diesem zu vertretenden Umstandes nicht zurückgegeben wird. Einen höheren Schadensersatz als den Mietzins kann der Vermieter nur dann verlangen, wenn er den Schaden besonders nachweist.

3. **RG.** JDR. **9** auch SeuffA. **66** 186.

§ 558. 1. Rüdenberg, JW. **11** 704. Bei vorzeitiger Rückgabe der Mietsache beginnen die Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen erst mit der Beendigung des Mietverhältnisses zu verjähren (wird aus der Entstehungsgeschichte und dem Zusammenhange des Gesetzes gefolgert). AM. Mittelstein, Miete (2) 295.

2. **RG.** 10. 1. 11, JW. **11** 218 verwirft die Ansicht des KG., daß der § 558 Abs. 1 auf Schadensersatzansprüche wegen Veränderung oder Verschlechterung solcher Sachen nicht anwendbar sei, die der Vermieter während der Mietzeit in Besitz und unter Aufsicht habe, deren Verletzung er also sofort erkennen und auf deren Wiederherstellung er sofort klagen könne.

3. BreslauAK. **11** 66 (Breslau). Eine Verschlechterung der Mietsache liegt schon dann vor, wenn mit ihr irgend etwas vorgegangen ist, wodurch nach den Verkehrsanschauungen die wirtschaftliche Gebrauchsfähigkeit der Mietsache geändert worden ist. Erforderlich ist allerdings, daß eine unmittelbare Einwirkung auf die Mietsache selbst stattgefunden hat, nicht dagegen, daß die Substanz der Mietsache als solche gelitten hat. Auch macht es keinen Unterschied, ob es sich um einen Zustand handelt, der sich zwar an sich wieder beseitigen läßt, dessen Beseitigung aber immerhin gewisse wirtschaftliche Aufwendungen benötigt (es handelte sich um einen gesunkenen Kahn).

§ 559. I. 1. *Klein, SeuffBl. **11** 519. Zur „Einbringung von Sachen" im Sinne des § 559 gehört lediglich eine gewollte Handlung, ein Einbringen von Sachen aus der Vorstellung und dem Willen heraus, die eingebrachten Sachen in der gemieteten Wohnung zur Erreichung von tatsächlichen Zwecken, deren Verwirklichung beim Einbringen von Sachen in eine Wohnung gewünscht wird, zu benutzen. Wer dieses Willensentschlusses fähig ist, kann eine Einbringung von Sachen im Sinne des § 559 wirksam vornehmen, mag er geschäftsfähig sein oder nicht.

2. *Stern, JW. **11** 1009 ff. Der Vermieter, welchem nach dem Mietvertrag ein über § 554 hinausgehendes Recht, unter Umständen „sofortige Räumung der Mieträume zu verlangen", zusteht und der von diesem Rechte Gebrauch macht, hat wegen seines etwaigen Schadens, des Mietausfalls, kein Pfandrecht aus § 559; sein Anspruch auf Ersatz des Mietausfalls ist, da das Mietverhältnis für die Zukunft beendigt ist, nicht mehr Mietzinsanspruch, sondern eine „künftige Entschädigungsforderung" im Sinne des § 559. Die entgegengesetzte Entscheidung des KG. (OLG. **21** 202 ff., JDR. **9** Ziff. II 1) widerspricht der geschichtlichen Entwicke-

lung des Vermieterpfandrechts sowie der früheren Entscheidung des KG. (OLG. **13** 367) und beruht auf einer irrigen, mit den §§ 133, 157 BGB. nicht zu vereinbarenden Auslegung des Vertragswortlauts (vgl. **RG. 54** 301 ff., R. **09** Nr. 1985).

II. Aus der Praxis. 1. HansGZ. **11** Beibl. 217 (Hamburg). Hat ein Dritter die dem Mietpfandrecht unterliegenden Sachen aus der Mietwohnung entfernt, so muß der Vermieter zur Erhaltung seines Pfandrechts binnen einem Monate nach erlangter Kenntnis von der Entfernung die Klage auf Zurückschaffung gegen den Dritten erheben. Eine Klage gegen den Mieter nützt ihm nichts. Auch kann er sich nicht darauf berufen, daß er die Person des Dritten erst später als einen Monat erfahren habe und daß er die Sache im Wege der Zwangsvollstreckung wegen Mieteforderung gepfändet habe.

2. OLG. **22** 250 (KG.). Die Befriedigung des Vermieters aus den seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen erfolgt durch deren Verkauf nach den Regeln des Pfandrechts (§§ 1228 ff. BGB.). Klagt dagegen der Vermieter seine Mietforderung gegen den Schuldner ein, erlangt er daraufhin einen vollstreckbaren Titel und läßt er eine Pfandsache als Vollstreckungsobjekt pfänden und versteigern, so steht dieses Vorgehen vollständig unter den allgemeinen Normen der ZPO., setzt also besonders voraus, daß die Pfandsachen im Eigentume des Mieters, des persönlichen Schuldners, stehen. Ist dieses nicht der Fall, ist insbesondere das Eigentum an den mit dem gesetzlichen Vermieterpfandrechte belasteten Sachen nach der Entstehung dieses Pfandrechts von dem Mieter auf einen Dritten übergegangen, so ist die auf Grund des vollstreckbaren Titels vorgenommene Pfändung unwirksam (vgl. **RG. 60** 72).

§ 560. OLG. **22** 251, SeuffBl. **11** 368 (Hamburg). In dem Falle, daß gepfändete Sachen nicht durch den Gerichtsvollzieher, sondern durch den Mieter oder einen Dritten vom Grundstück entfernt werden, ist eine Fortdauer des Vermieterpfandrechts nicht anzunehmen. Dies gilt auch dann, wenn der Vermieter selbst wegen einer Mietforderung einen eingebrachten Gegenstand hat pfänden lassen, und wenn dann der gepfändete Gegenstand durch den Mieter oder eine dritte Person ohne Wissen des Vermieters entfernt worden ist. Die besonderen Gründe, aus denen zu schließen ist, daß das Pfandrecht im Falle der Entfernung durch den Gerichtsvollzieher fortbestehe, sind bei einer Entfernung der Sachen durch den Mieter oder einen Dritten nicht vorhanden.

§ 561. 1. Über das Verhältnis des § 805 ZPO. zu § 561 Abs. 2 Satz 2 vgl. zunächst JDR. **5**, **6**, **7**, **8** Ziff. 1. — OLG. **23** 39 (KG.) wie KG., JDR. **7** Ziff. 2 a. Das KG. setzt sich auseinander mit **RG. 71** 418, JDR. **8** Ziff. 2 a zu § 560. ➵ Dort muß es 418 statt 468 heißen. ⇜

2. SächsRpflA. **11** 561 (Dresden). Wenn das Pfandrecht des Vermieters gemäß §§ 48, 49 KO. in einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus dem Erlöse der Pfandsache übergegangen ist, so steht der Geltendmachung nicht entgegen, daß er der Entfernung der Sachen trotz Kenntnis nicht widersprochen und auch seine Ansprüche nicht vor Ablauf eines Monats nach der Entfernung gerichtlich geltend gemacht hat (vgl. auch OLG. **19** 3 [Celle], JDR. **8** Ziff. 1 b).

3. OLG. **22** 251, DJZ. **11** 1160, SeuffBl. **11** 368 (Hamburg). Besitzt ein Dritter die ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermieters entfernte Sache, so ist der Anspruch auf Herausgabe zwecks Zurückschaffung in das Grundstück oder Überlassung des Besitzes gegen den Dritten geltend zu machen.

§ 565. BreslauAK. **11** 11 (Breslau). Die im § 565 festgesetzte Frist (Zulässigkeit der Kündigung bei Grundstücksmiete bis zum dritten Werktage) findet bei vertragsmäßig festgesetzter Kündigungsfrist keine Anwendung (aM. Staudinger Anm. V z. § 565).

§ 566. 1. Ist Satz 2 zwingend? (vgl. zunächst JDR. **8** u. **9** Ziff. 1). **a)** PosMSchr. **10** 181 (Königsberg). Der Satz 2 des § 566 bildet eine beabsichtigte Ausnahme von den §§ 125, 139 BGB. Der Miet- und Pachtvertrag gilt beim Mangel der Schriftform selbst dann als auf unbestimmte Zeit geschlossen, wenn diese zeitliche Unbestimmtheit von den Vertragsteilen nicht gewollt ist. **b)** OLG. **22** 256, BreslauAK. **11** 12 (Breslau). Satz 2 des § 566 stellt keine bloße Auslegungsregel, sondern eine Fiktion dar, auf Grund welcher der Pachtvertrag beim Mangel der Schriftform auf unbestimmte Zeit selbst dann gilt, wenn diese zeitliche Unbestimmtheit von den Vertragsteilen nicht gewollt war. Dafür spricht vor allem die Wahl der Worte „gilt als ... geschlossen“, die der bei bloßen Auslegungsregeln üblichen Ausdrucksweise des BGB. nicht entspricht. **c)** Keller, JW. **12** 104. Ein für länger als ein Jahr ohne Wahrung der schriftlichen Form geschlossener Mietvertrag über ein Grundstück ist auch für das eine Jahr nichtig, wenn die Gültigkeit nur für diese Zeit dem Willen der Parteien widerspricht. Da die Parteien nämlich nicht an Vereinbarungen gebunden sein können, die ihrem Willen widersprechen, ist in einem solchen Falle überhaupt kein Vertrag zustande gekommen. **d)** OLG. **22** 258 (Hamburg). Der § 566 Satz 2 schließt die bindende Kraft der außerhalb eines schriftlichen Vertrags vereinbarten Kündigungsfrist, wenn nicht überall, so jedenfalls da aus, wo sie eine längere als die gesetzliche ist. Ebenso BreslauAK. **10** 67 (Breslau). Vgl. auch schon **RG. 59** 245, JDR. **4** Ziff. 4 b.

2. Mündliche Nebenabreden (JDR. **1**, **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 4 a, **9** Ziff. 2). **RG.** 23. 11. 10, JW. **11** 94. Da nach § 566 der über ein Grundstück für längere Zeit als ein Jahr mündlich geschlossene Mietvertrag nicht ungültig ist, vielmehr nur als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt, so ist auch ein nur mündlicher Zusatz zu einem schriftlich geschlossenen Mietvertrage, der für längere Zeit als ein Jahr gelten soll, nicht ungültig (vgl. Planck Anm. 3 z. § 566, Tauber, GruchotsBeitr. **49** 228 ff., Buck, GruchotsBeitr. **48** 723 ff.).

3. **RG.** 7. 3. 11, R. **11** Nr. 1919. Die Gültigkeit des schriftlichen Mietvertrags wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß schließlich im beiderseitigen Einverständnis andere als die ursprünglich vorgesehenen (zur Vertragsbeschreibung im allgemeinen ebenfalls passende) Räume überwiesen werden.

4. *Ebbecke, R. **11** 642 ff. Die schriftliche Beurkundung ist hauptsächlich für den Grundstückserwerber von Wichtigkeit, dient aber auch zugleich dem Interesse der Vertragsteile. Die Nichteinhaltung der Form hat die Kündbarkeit des ganzen Vertrags zur Folge, falls nicht die mündliche Nebenabrede oder die mündliche Abänderung so unwesentlich ist, daß auch ohne sie die Parteien den Mietvertrag geschlossen oder (im Falle der Abänderung) fortgesetzt haben würden.

§ 568. *Klein, SeuffBl. **11** 517. Die Fortsetzung des Gebrauchs der gemieteten Sache durch den Mieter nach dem Ablaufe der Mietzeit wirkt auch dann, wenn Mieter und Vermieter geschäftsunfähig sind.

§ 570. 1. Versetzung (vgl. zunächst JDR. **8** Ziff. 4, **9** Ziff. 1). Mittelstein, SeuffBl. **11** 503. Der Beamte, der am 1. Januar zum 1. Mai versetzt wird, kann nicht auf den 1. April kündigen, weil dieser Termin vor dem Termine, zu welchem die Versetzung angeordnet ist, liegt. Gerade weil der Termin, zu welchem die Versetzung angeordnet wird, maßgebend ist, so kann frühestens zu diesem Termine gekündigt werden, d. h. wenn dieser Termin nicht auf einen Quartalsersten fällt, auf den nächstfolgenden Quartalsersten.

2. Bernhardt, DJZ. **11** 757. Nur die tatsächlich erfolgte Versetzung rechtfertigt die Aufhebung des Mietvertrags nach § 570 (vgl. Planck zu § 570 u. OLG. **7** 465).

§ 571. 1. 1. *Klein, HessRspr. **12** 43—46. Die Mitteilung des Vermieters im § 571 Abs. 2 Satz 2 ist „empfangs"- und nicht „vernehmungs"-bedürftig. Gegen Titze, Lehre vom Mißverständnisse 277 ff.

2. PosMSchr. **11** 33, OLG. **23** 40 (Königsberg). Der § 571 setzt nicht voraus, daß das Mietverhältnis zur Zeit des Eigentumswechsels noch besteht, sondern nur, daß der Mieter sich zu diesem Zeitpunkte noch im Mietbesitze befindet und daß nach dem Übergange des Eigentums auf den Erwerber noch Rechte und Verpflichtungen sich aus dem — wenn auch rechtlich bereits aufgehobenen — Pachtverhältnis ergeben.

§ 572. PosMSchr. **11** 33, OLG. **23** 40 (Königsberg). Der § 572 findet auch dann Anwendung, wenn die Sicherheit nicht von dem Mieter selbst, sondern von einem Dritten für ihn geleistet ist.

§ 573. **RG.** ZBlFG. **11** 540. Der § 573 findet auch bei nachträglicher Bestellung eines Nießbrauchs an dem vermieteten Grundstück Anwendung (vgl. **RG. 68** 10, JDR. **7** Ziff. 3).

II. Pacht.

§ 581. 1. *Liste, Das Wesen der Jagdberechtigung nach preußischem Landesrechte. Der Jagdpachtvertrag ist ein Vertrag über das Grundstück. Wenn das Jagdrecht verpachtet würde, so wäre der verpachtete Gegenstand und das durch die Pacht erlangte Recht identisch. Gegenstand des Rechtsverkehrs sind aber überhaupt nur subjektive Rechte, nicht Einzelbefugnisse. Daraus, daß das Jagdrecht nicht ein mit dem Eigentum am Grundstücke verbundenes selbständiges subjektives Recht, sondern nur eine im Eigentume liegende Nutzungsbefugnis darstellt, folgt, daß beim Jagdpachtvertrage nicht das Jagdrecht, sondern das Grundstück verpachtet wird (unlogisch **RG. 70** 70, JW. **09** 48 ff.). Die Jagdbeute ist gemäß § 99 Abs. 1 BGB. Frucht des Grundstücks, da sie mangels der Eigenschaft eines subjektiven Rechtes nicht unter § 99 Abs. 2 und 3 fallen kann. Die Lehre, daß beim Jagdpachtvertrage das Jagdrecht beim Eigentümer verbleibe, der Jagdpächter nur das Jagdausübungsrecht erhalte, ist abzulehnen, da ein Unterschied zwischen Jagdrecht und Jagdausübungsrecht nicht besteht, ein Jagdausübungsrecht sonach überhaupt nicht existiert.

2. Pacht und ähnliche Verträge (JDR. **1** u. **3** Ziff. 3, **4** Ziff. 2, **5** u. **6** Ziff. 4, **7** u. **8** Ziff. 1). a) **RG.** 1. 3. 11, **75** 404. Der Pachtvertrag kann sich auf irgendeinen Gegenstand beziehen und ist nicht wie der Mietvertrag auf Sachen beschränkt, weshalb ein Lizenzvertrag der Kategorie des Pachtvertrags unterstellt werden kann. Jedoch läßt der eigenartige Inhalt des Lizenzverhältnisses und insbesondere die quasidingliche Natur des Benutzungsrechts die einfache Subsumtion unter den Pachtvertrag wenig empfehlenswert erscheinen. Wenn man nicht analoge Anwendung der Pachtrechtsgrundsätze auf den Lizenzvertrag annimmt, kann man ihn als einen besonderen, eigentümlichen Vertrag betrachten, für den die anzuwendenden Rechtsregeln aus der Natur des Rechtsverhältnisses selbst zu entwickeln sind. b) OLG. **22** 242 (KG.). Ein Vertrag, nach welchem der eine Vertragsteil berechtigt ist, an allen Sonn- und Festtagen in einem von dem anderen Teile gepachteten Saale zum Tanz aufzuspielen und die von den tanzenden Paaren zu zahlenden Geldbeträge einzuziehen, während der Saalpächter gegen Zahlung einer bestimmten Summe für jeden Tanztag die Verpflichtung zur Zahlung der Lustbarkeitssteuer und die Sorge für Heizung, Reinigung und Bohnern des Saales übernimmt, ist kein Pachtvertrag. c) R. **11** Nr. 707 (Naumburg) Pacht liegt auch dann vor, wenn die Ausnutzung eines Rechtes, das einen Ertrag abwirft, gegen Entgelt einem anderen überlassen wird. Der Verpächter der Theaterreklame kann dem Pächter, der mit Entrichtung zweier Zinsraten im Verzuge ist, kündigen, auch wenn er den Anspruch auf den Pachtzins abgetreten hat.

3. ElsLothJZ. **11** 300 (Colmar). Die verpachtende Gemeinde haftet nicht auf Schadensersatz, wenn während der Pachtzeit die Jagdausübung auf einem Teile

der verpachteten Grundstücke deshalb unmöglich wird, weil der Reichsmilitärfiskus diese Grundstücke erworben hat und dadurch selbst jagdberechtigt auf ihnen geworden ist. In diesem Falle hat aber der Pächter einen Anspruch auf verhältnismäßige Herabsetzung des Pachtzinses.

4. R. **11** Nr. 1528 (Colmar). Der Pächter ist nach Treu und Glauben verpflichtet, nicht nur solche Fehler, die ihm als tatsächlich bestehend bekannt sind, sondern auch eine objektiv bestehende Unsicherheit über das Bestehen derartiger Fehler dem Pächter mitzuteilen.

5. SeuffA. **66** 62 (Rostock). Der Eigentümer von Sachen, die ein Pächter mit dem Grundstücke verbunden hatte, hat Anspruch auf Herausgabe gegen den Grundstücksbesitzer, der die Sachen in Besitz genommen hat. Die Herausgabepflicht begründet für den Grundstücksbesitzer die Verpflichtung, die verbundenen Sachen auf seine Kosten herauszulösen.

Vierter Titel. Leihe.

§ 598. 1. ElsLothJZ. **36** 637 (Colmar). Schenkweise Überlassung einer Wohnung ist Leihe. Für die Rückgabe gilt § 604.

2. Sackmiete. Rückgabe der Verpackung. SeuffA. **66** 130 (Celle). Die Abrede, daß die Bierfässer zurückgegeben, eventuell ersetzt werden sollen, ist kein selbständiger Leihvertrag, sondern eine im Hauptvertrage (Kauf) getroffene Nebenabrede. Verjährung der Forderung auf Rückgabe dementsprechend nach § 196 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 in vier Jahren. — Vgl. auch unten § 607 Nr. I 3.

§ 604. HansGZ. **11** Beibl. 156 (Hamburg). Bei precarium ist § 604 nicht anwendbar.

Fünfter Titel. Darlehen.

§ 607. I. Abgrenzung von anderen Verträgen. Gemischte Verträge. 1. Partiarisches Darlehen. Gesellschaft. Hoffnungskauf. **RG.** V. **77** 223. Die Vereinbarung über die Beteiligung des einen Teiles an dem Gewinne der Unternehmungen des anderen Teiles gegen Zahlung einer Geldsumme ist nicht partiarisches Darlehen; denn die Summe sollte nicht selbst zurückerstattet werden, sondern war der Gegenwert für die Gewinnbeteiligung, ist auch nicht Gesellschaft; denn es fehlt an einer gegenseitigen Verpflichtung, die Erreichung des gemeinsamen Zweckes in bestimmter Weise zu fördern; vielmehr liegt ein Hoffnungskauf oder ein diesem verwandtes partiarisches Rechtsgeschäft vor. Das dadurch begründete Rechtsverhältnis konnte nicht durch Kündigung zur Aufhebung gebracht werden und ergibt auf seiten der Klägerin einen Anspruch auf Zahlung erst, nachdem durch die ganz in die Hand des Beklagten gelegte Verwertung der Unternehmung ein Gewinn erzielt ist.

2. Stille Gesellschaft oder partiarisches Darlehen? SeuffA. **66** 285 (Braunschweig). Ein Gesellschaftsverhältnis ist anzunehmen, da der Beklagte selbst die vom Kläger hergegebenen Gelder in seinen Büchern regelmäßig nicht als Darlehen oder in ähnlicher Weise bezeichnet hat, sondern als eingezahltes Kapital oder als Einlage, da er ferner in den Geschäftsbriefen von „unseren Außenständen“, „unserem Kredit“, „unserem Kapital“ und „unseren Gewinnchancen“ spricht und da dem Kläger ein weitgehendes Kontrollrecht eingeräumt war, indem ihm wöchentlich genaue Geschäftsberichte zugesandt wurden, die er mit Prüfungsbemerkungen zurückschickte.

3. Darlehen oder Miete. Sackmiete (vgl. JDR. **9** § 598 N. II 2 a und oben § 598 Nr. 2). OLG. **22** 269 (Marienwerder). Sackmiete ist als Miete, nicht als Darlehen zu behandeln. Nach den Vereinbarungen der Parteien und den Anschauungen des Verkehrs sollten die Säcke nicht in das Eigentum des Empfängers übergehen. Nur aus Gründen der Billigkeit und im Interesse des Verkehrs

gestattet die Verkehrssitte dem Empfänger, wenigstens nicht durchweg gerade die empfangenen Säcke zurückzuliefern.

4. Verbindung von Beleihungsgeschäft und Grundstücksverkauf vgl. § 313 Nr. 3 a.

II. Allgemeines zum Darlehnsvertrag. Das Darlehen als gegenseitiger Vertrag. Anwendung der §§ 320 ff. (s. JDR. **9** Nr. I, **8** Nr. I, **7** Nr. I 1, **6** zu §§ 607 ff. Nr. 1—3, **3** Nr. I 1, **2** Nr. I 1). **a**) OLG. **22** 291 d (Hamburg). Bei einem Darlehen gegen Abtretung von Außenständen ist der Darlehnsnehmer verpflichtet, dem Gläubiger die Kenntnis der Höhe der abgetretenen Forderungen und der Schuldner jederzeit zu verschaffen und ihm das Buch vorzulegen, das zu deren Eintragung vertraglich bestimmt ist. Verweigert der Darlehnsnehmer dies, so kann der Gläubiger die Rechte aus § 326 geltend machen. — Vgl. bereits JDR. **9** Nr. I a. **b**) *Collatz, Darlehen ist Konsensualkontrakt. Vgl. zu § 433 Nr. I 5.

III. Abs. 1. 1. Darlehen trotz Hingabe der Summe an einen Dritten. **RG.** VI WarnE. **11** 472. In der Schuldurkunde ist der Beklagte als Darlehnsempfänger und als Darlehnsschuldner bezeichnet. Da die Darlehnssumme nicht für den Beklagten, sondern für dessen Schwiegersohn, V., bestimmt war, so ergibt sich die Rechtslage, daß der Beklagte das Geld von dem Kläger entlieh, um es seinerseits dem V., dem es der Kläger nicht gegeben haben würde, sei es darlehnsweise, sei es mit anderer Verabredung, zu geben. Daran ändert es nichts, daß das Geld unmittelbar dem V. ausgezahlt worden ist. Ein Kreditauftrag liegt nicht vor (vgl. § 778 Nr. 3).

2. SchlHolstAnz. **11** 100 (Kiel). Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn jemand sich gegen Gewährung eines Darlehens für die Dauer des Bestehens dieser Darlehnsschuld den Bezug von Waren in bestimmtem Betrage durch den Schuldner ausbedingt.

IV. Die Vereinbarung nach § 607 Abs. 2. 1. Die Vereinbarung bewirkt nicht stets das völlige Erlöschen des bisherigen Schuldverhältnisses. **RG.** VI. SeuffA. **66** 357, JW. **11** 151, LeipzZ. **11** 217 Nr. 20, R. **11** Ziff. 482. Eine zwischen Gläubiger und Schuldner gemäß § 607 Abs. 2 getroffene Vereinbarung hat nicht notwendigerweise stets die Wirkung, daß die alte Verbindlichkeit völlig erlischt und eine neue an deren Stelle tritt. Vielmehr ist es auch möglich, daß das bisherige Schuldverhältnis nicht völlig aufgehoben, sondern nur nach Darlehnsgrundsätzen z. B. wegen der Verzinsung, der Kündigungsfristen behandelt werden soll. Ob eine wirkliche Darlehnsschuld begründet worden ist, läßt sich daher nicht für alle Fälle gleichmäßig beantworten. Es kommt auf die Absicht der Parteien an. Wenn der Kläger bei dem Notar geäußert hat, die Hypothek solle als Sicherheit für die Forderung wegen der Töpferarbeiten dienen, und wenn die Beklagten die Schuldurkunde, weil sie über den Empfang eines Darlehens lautete, anfänglich nicht vollziehen wollten und erst durch den Hinweis des Notars, daß diese Fassung allgemein üblchi sei, sich dazu verstanden haben, so erscheint es nicht ausgeschlossen, daß die Parteien der Bezeichnung der Forderung als Darlehen in der Schuldurkunde keine Bedeutung beigelegt und an eine Änderung der rechtlichen Natur der Forderung nicht gedacht haben. Andererseits ist es aber auch möglich, daß die Parteien bewußterweise der Forderung des Klägers die Natur eines Darlehens beigelegt haben, etwa weil die Forderung hypothekarisch eingetragen und die Hypothekenforderung weiterbegeben oder bei Regelung der Hypothekenverhältnisse des Grundstücks der Beklagten irgendwie verwendet werden sollte.

2. Die Vereinbarung setzt eine bestehende Schuld voraus. **RG.** VI. 4. 3. 11, **76** 59, JW. **11** 400 Nr. 9, R. **11** Nr. 1721. Die Vereinbarung, daß das Geld, das aus einem anderen Grunde geschuldet wird, als

Darlehen geschuldet werden soll, setzt eine bestehende Schuld voraus. War die alte Schuld durch Erlaß untergegangen, so kann eine Darlehnsschuld nicht durch bloße dahingehende Willenseinigung der Beteiligten, sondern nur durch nochmalige Hingabe des Darlehnsbetrags stattfinden. Für das Übereinkommen, daß die Klägerin wieder in ihre Gläubigerrechte eingesetzt werden, der Beklagte die Zahlungsverpflichtung neuerlich übernehmen sollte, stand den Parteien nur der Weg offen, daß der Beklagte der Klägerin ein Schuldversprechen (§ 780) erteilte.

§ 608. **RG.** VI. WarnE. **3** 433, R. **11** Nr. 43. Ist für ein Darlehen eine anderweitige Vergütung (Unterbeteiligung) als Zinsen bedungen, so ist diese im Zweifel bis zur Rückzahlung des ganzen Darlehens zu leisten.

§ 609. 1. Zulässigkeit der Kündigung. OLG. **22** 291 d, R. **11** Nr. 2530 (Hamburg). Bei einem Darlehen gegen Abtretung von Außenständen ist der Darlehnsnehmer verpflichtet, dem Gläubiger die Kenntnis der Höhe der abgetretenen Forderungen und der Schuldner jederzeit zu verschaffen und ihm das Buch vorzulegen, das zu deren Eintragung vertraglich bestimmt ist. Verweigert der Darlehnsnehmer dies, so kann der Gläubiger sofort kündigen. Auch die Rechte aus § 326 stehen ihm zu.

2. Wirkung der Kündigung. **RG.** VII. JW. **11** 364. Der Kündigung des hypothekarisch gesicherten Darlehens ist dingliche Wirkung nicht deshalb abzusprechen, weil der das Zahlungsverlangen entgegennehmende Eigentümer sich mit ihr einverstanden erklärt und weil die Fälligkeit nicht bloß durch einseitige Erklärung, sondern durch übereinstimmende Abrede des Gläubigers und des auch persönlich haftenden Eigentümers herbeigeführt ist.

3. Rücknahme der Kündigung. a) **RG.** V. JW. **11** 39, WarnE. **11** 15 Nr. 11. Die Kündigung ist zwar eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, aber sie ist trotzdem nicht widerruflich. Die Kündigung wirkt auch gegen den Kündigenden selbst, er kann sie nicht einseitig wieder zurücknehmen. b) **RG.** V. WarnE. **11** 15 Nr. 11. In der Gewährung der Stundung und in der Annahme der fälligen Hypothekenzinsen liegt keine Rücknahme der Kündigung.

§ 610. Literatur: Stahl, Zur Anwendung des § 610 BGB. auf Abreden über die Prolongation eines Darlehens, BayRpflZ. 11 199.

1. Stahl. In der Abrede über die sogenannte Prolongation eines Darlehens hat man nichts anderes als ein zweites Darlehnsversprechen zu sehen, auf das § 610 BGB. unmittelbar Anwendung findet.

2. WürttRpflZ. **11** 164 (Stuttgart). Kein Rücktritt vom Wechselprolongationsversprechen wegen „veränderter Umstände". Die Prolongationszusage ist nicht für sich gegeben, sondern Bestandteil eines gegenseitigen Vertrags. Der demnach in Frage kommende § 321 gewährt aber kein Rücktrittsrecht. Ferner soll nur die Kreditzusage, nicht derjenige geschützt werden der das Darlehen bereits ausgezahlt hat.

Sechster Titel. Dienstvertrag.

Vorbemerkung:

I. Zu §§ 611 ff.

Das Tarifvertragsrecht ist im Berichtsjahr insbesondere durch die Aufsätze von Landsberg und Rundstein gefördert worden (Nr. II 1b, c, 2a, 3a, 4a, 5). Von beiden wird ebenso wie von Wölbling und Brückner (Nr. II 6) nach wie vor die gesetzliche Regelung verlangt.

II. Zu § 611.

1. Mit dem Theaterrechte beschäftigen sich von Beust und Saeger, deren

Selbstberichte zu §§ 611 Nr. IX 2 und 3, 616, 618 Nr. 6 b, 626 Nr. II 1 b, 634 Nr. 3 und 644 abgedruckt sind.

2. Aus dem den Rechtsanwaltsvertrag betreffenden Material seien hervorgehoben:

a) RG. III 3. 1. 11 zu § 611 Nr. V 1 und 9 c α, β betreffend die zugleich öffentlich-rechtliche Stellung des Anwalts im allgemeinen und die hieraus abgeleitete Fortgeltung der landesrechtlichen Bestimmungen über die Schriftlichkeit von Honorarvereinbarungen.

b) Die Judikatur zur Regreßpflicht, Nr. V 4 ff., insbesondere RG. III 18. 1. 11 über die Beweislast Nr. V 8.

III. Zu § 626.

Wichtige Entscheidungen des RG. I und III, welche typische Tatbestände der Entlassung aus wichtigem Grunde behandeln, sind in Nr. I 1—4 wiedergegeben.

IV. Zu § 630 ist der Selbstbericht Möllmanns hervorzuheben.

Zu §§ 611 ff.

Literatur: Brückner, Der Arbeitstarifvertrag R. **11** 345—358. — Landsberg, Einiges zur Gestaltung des Tarifvertrags. Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger 163—195. Berlin 1911. Weidmann. — Potthoff, Die Probleme des Arbeitsverhältnisses HirthsAnn. **11** 553—555. — Potthoff, Grundfragen des Arbeitsrechts HirthsAnn. **11** 633—636. — Rundstein, Beiträge zur Dogmatik des Tarifvertragsrechts ABürgR. **36** 204—296. — Rundstein, Über den Geltungsbereich der Arbeitstarifverträge bei Kontrahierung mit unbeteiligten Dritten RheinZ. **3** 218—231. — Wölbling, Die Rechtswirkung der Tarifverträge DJZ. **11** 852—855.

I. Das Arbeitsrecht im allgemeinen. a) Potthoff, HirthsAnn. **11** 633—636. Die Sozialpolitik ist ein Zwang zur Freiheit. Alle sozialen Gesetze sind in Wahrheit unparitätisch, einseitig. Die sog. Bevorzugung der Arbeiter in neuester Zeit ist der Versuch, das Arbeitsrecht, das als ein Stück Sachenrecht, Vermögensrecht geboren ist, zu einem Stücke Personenrecht zu machen. Diese Erkenntnis fehlt der Juristenwelt noch durchaus (z. B. Planck, DJZ. **09** 1). b) Potthoff, HirthsAnn. **11** 553—555, behandelt die Probleme des Arbeitsverhältnisses, deren er drei unterscheidet: das privatwirtschaftliche, das volkswirtschaftliche und das politische.

II. Das Tarifvertragsrecht (s. JDR. **9** Nr. II, **8** Nr. II, **7** §§ 611 ff., **6** Nr. 2, **4** zu §§ 611 ff., 631 ff., S. 187 Nr. 3). 1. Wirksamkeit. Vertragsparteien. a) Wölbling, DJZ. **11** 852. Die lange erstrebte und endlich errungene Anerkennung der Tarifverträge wird wieder in Frage gestellt, wenn die Interessenten die Rechtsverbindlichkeit durch die Vereinbarung des Ausschlusses vermögensrechtlicher Ansprüche ausschließen. b) Landsberg, Bonner Festgabe 163 ff., spricht sich im Anschluß an RG. **73** 92 für die Verbandstheorie aus. Die Verbände handeln danach ausschließlich im eigenen Namen. Doch gleichzeitig liegt darin ein Vertrag zugunsten der einzelnen Mitglieder und der von den Verbänden mitbedachten Unorganisierten gemäß § 328. Sie erhalten dadurch unmittelbar für sich das Recht gegen den anderen vertragschließenden Teil auf Vertragserfüllung, von dem vertragszweckgemäßen Augenblick an. Sie verlieren dieses Recht mit ihrem Austritt aus dem Verhältnisse, kraft dessen sie es vertragszweckgemäß erhielten. Es besteht aber fortwährend die Befugnis der ursprünglich vertragschließenden Teile, durch neue Abmachungen bloß unter sich oder auch durch sonstige im Vertrage vorgesehene Mittel (Kündigung, Einigungskommission, Schiedsgericht od. dgl.) die Rechte der Dritten abzuändern oder aufzuheben. Den Dritten ist die Befugnis entzogen, den vertragschließenden Teilen ihre Verpflichtungen mit Wirkung gegen den anderen vertragschließenden Teil oder gegen andere Dritte zu

erlassen. c) Rundstein, ABürgR. **36** 204—296. An sich ist die kombinierte Theorie den anderen beiden vorzuziehen, aber solange keine gesetzliche Vermutung vorhanden ist, kann keine Vertragsschließungsart als Normalform bezeichnet werden. Daher ist eine gesetzliche Regelung erforderlich. Diese hat in der Aufstellung der gesetzlichen Vermutung zu bestehen, daß der Vertragsschluß nicht nur den Verband, sondern auch die Verbandsangehörigen bindet. Bei der Spezialbevollmächtigung des Verbandes durch die Mitglieder (Mehrheitsbeschluß) zum Vertragsabschluß ist die Vermutung aufzustellen, daß diejenigen Mitglieder, welche in einer gesetzlich bestimmten, kurz bemessenen Frist vom Tage der Vollmachterteilung ab gerechnet den Verband nicht verlassen haben, als persönlich verpflichtet erachtet werden. Da aber im Regelfalle die Erteilung von Spezialvollmachten kaum vorkommt, so ist die Aufstellung einer allgemeinen Vermutung erforderlich; danach begründet die Kontrahierung des Verbandes zuerst nur seine Rechte und Pflichten, die einzelnen Verbandsangehörigen sind noch nicht gebunden; erst wenn nach dem Ablauf einer reichlich bemessenen Entscheidungsfrist (von etwa 14 Tagen) der einzelne seinen Verband nicht verläßt, ist anzunehmen, daß er den Verband für und gegen sich gelten lassen will (282). Die Schwierigkeit der Feststellung der Kontrahenten wird am besten durch die Pflicht zur Führung von Mitgliederlisten gehoben. Ähnlich ist die Regelung der französischen Gesetzentwürfe. **d)** Brückner, R. **11** 353. Durch den Vertragsschluß werden sowohl der Verband wie auch die einzelnen durch ihn vertretenen Mitglieder verpflichtet (kumulative Theorie). ➠ Zu Unrecht beruft sich Brückner für diese Ansicht auf **RG. 73** 105, wo von Vertretung der Mitglieder keine Rede ist. ⟵

2. Die durch den Tarifvertrag begründeten Rechte und Pflichten. a) Landsberg, Bonner Festgabe 177. Durch den Tarifvertrag werden nicht nur Unterlassungspflichten, sondern auch positive Tätigkeitspflichten begründet, nämlich die Verpflichtung, mit allen gesetzlich unverbotenen Mitteln, also namentlich auch mit moralischen Mitteln, dahin zu wirken, daß das Ziel des Tarifvertrags erreicht werde. **b) RG.** III. 13. 10. 11, JW. **11** 1014 Nr. 4, R. **11** Nr. 3622. Die vertragschließenden Verbände übernehmen nicht einmal eine Garantie dafür, daß ihre Angehörigen tarifmäßige Dienstverträge schließen, und noch weniger, daß sie sie innehalten. Vielmehr ist meist nur anzunehmen, daß sie lediglich die Verpflichtung eingehen, mit allen ihnen zu Gebote stehenden Mitteln dahin zu wirken, daß ihre Angehörigen keine andere als tarifmäßige Dienstverträge schließen. Nur für die Nichterfüllung dieser Verpflichtung wollen sie eine Schadensersatzpflicht übernehmen. — Auch eine Haftung des Verbandes aus § 427 besteht nicht, da er sich nicht vertraglich gemeinschaftlich mit den Arbeitern zu derselben Leistung verpflichtet hat.

3. Die automatische Wirksamkeit der Tarifverträge. a) Landsberg, Bonner Festgabe 179 ff. Die Wirkung des Tarifvertrags auf die einzelnen Arbeitsverträge ist automatisch, so daß er auch ohne Kenntnis und Willen der Beteiligten zum Teil ihres Arbeitsvertrags wird. Dieser Satz läßt sich bereits als Gewohnheitsrechtssatz begründen. Dogmatisch knüpft er an bekannte Rechtsbildungen im römischen Sklavenrecht an, wo die Abreden, ut manumittatur und ne prostituatur, auf sämtliche Rechtsnachfolger übergingen (lex rei suae dicta). **b)** Brückner, R. **11** Nr. 351. Der Tarifvertrag hat keine automatische Wirkung derart, daß die unvollständige Wiedergabe der tarifgemäßen Bestimmungen im Arbeitsvertrag ohne weiteres durch die darin ausgelassenen des Tarifvertrags ergänzt werde. Es besteht nur ein Anspruch auf Ergänzung des unvollständigen Arbeitsvertrags gemäß der tariflichen Abmachung der Parteien.

4. Die Unabdingbarkeit des Tarifvertrags. a) Landsberg, Bonner Festgabe 187 ff., hält die Unabdingbarkeit weder für erforderlich noch für durchaus brauchbar. Mindestens wären Kautelen erforderlich, etwa dahin, daß ein zentrales Arbeitstarifamt erst durch seine Genehmigung dem Tarifvertrage die Unabdingbarkeit zu verleihen hätte. Die Genehmigung wäre nur bei starker Majorität der Vertragschließenden zu erteilen und von dem Bestande dieser Majorität dauernd abhängig. b) Auch Wölbling, DJZ. **11** 853, spricht sich wiederum gegen die Unabdingbarkeit aus. Sie ist de lege lata widerlegt, aber auch de lege ferenda nicht zu verwerten, sie würde zu einer zunftmäßigen schrankenlosen Autonomie führen. c) Ebenso Brückner, R. **11** 351. Im Falle tarifwidriger Gestaltung des Arbeitsvertrags erwächst dem verletzten Tarifvertragsteil und den Genossen des tarifwidrig Handelnden nur ein Anspruch auf Beseitigung der tarifwidrigen Bestimmung und auf Ersetzung derselben durch die tarifgemäße, unter Umständen auch auf Unterlassung und auf Schadensersatz.

5. Der Geltungsbereich der Tarifverträge. Die Tarifkonformitätspflicht und ihre Durchführung auf der Arbeitnehmerseite. Rundstein, RheinZ. **3** 218—231. Auf Arbeitgeberseite wird die Tarifkonformitätspflicht, d. h. die Verpflichtung, auch mit Außenseitern nur tarifkonforme Verträge zu schließen, ohne Ausnahmen anerkannt. Kann auch auf der Arbeitnehmerseite die Verpflichtung in gleichem Umfange und mit gleicher Intensität aufrecht erhalten werden? Rundstein bejaht die Frage prinzipiell, hält die auf die Durchführung der Tarifkonformität abzielenden Klauseln weder für gesetzwidrig noch für unsittlich und verneint die Annahme Köppes, daß dem Arbeitnehmer infolge der Schwierigkeiten, die Bedingungen des Arbeitsvertrags zu bestimmen, eine im juristischen Sinne unmögliche Leistung zugemutet werde. Jedoch ist die Konformitätspflicht keine zwingende Vorschrift. Sie kann durch Vereinbarung ausgeschlossen werden. Ebenso können bestimmte und gesetzlich fixierte Voraussetzungen aufgestellt werden, die von vornherein die Abweichung von der Tarifnorm rechtfertigen sollen. Hier ist die vom italienischen Entwurf vorgeschlagene Regelung die beste Lösung des Problems: Laut Art. IV des Entwurfs des italienischen obersten Arbeitsrats sind die Arbeiter verpflichtet, auch mit Außenseitern tarifmäßig zu kontrahieren. Jedoch für diejenigen Arbeiter, welche dieser Verpflichtung zuwidergehandelt haben, „soll ein hinreichender Grund, sich der Haftung zu entziehen, in dem Beweis liegen, daß sie, bevor sie sich an Dritte verdungen haben, keine Arbeit bei Arbeitgebern, die in einem Tarifvertragsverhältnis stehen, gefunden haben."

6. Für gesetzliche Regelung der Tarifverträge sprechen sich aus: a) Wölbling, DJZ. **11** 855. Trotz des Mangels eines gewissen Abschlusses des Tarifrechts ist die gesetzliche Regelung der Tarifverträge und die Schaffung eines Reichseinigungsamts erforderlich. b) Brückner, R. **11** 357. c) Landsberg und d) Rundstein. Die Vorschläge dieser beiden Schriftsteller im einzelnen s. oben Nr. 1 b und c, 4 a.

7. Die Tarifverträge in der Praxis der Gewerbegerichte. a) Geltung für Nichtvertragsparteien. GewuKfmG. **16** 429 (GG. Breslau). Tarifverträge gelten auch für Betriebe, die dem vertragschließenden Arbeitgeberverbande nicht angehören, aber nach dem Tarifvertrage arbeiten lassen. b) Einfluß auf die Arbeitsverträge. α. GewuKfmG. **16** 341 (GG. Bremen) hält einen Tarifvertrag für abdingbar. β. GewuKfmG. **16** 381 (GG. Ludwigshafen). Eine bestehende Lohnvereinbarung wird durch die Einführung eines allgemeinen Tarifs, der einen niedrigeren Grundlohn festsetzt, nicht ohne weiteres beseitigt. Der Tarif enthält nach der Verkehrssitte nur die Feststellung eines Mindestlohns. γ. GewuKfmG. **17** 30 (GG. Cöln

22. 12. 10). Die einseitige Lohnminderung war unzulässig, da der Tarifvertrag beide Teile verpflichtet, keine Sondervereinbarung zu treffen. Der Arbeitgeber kann sich nicht darauf berufen, daß er die Lohnminderung bekannt gemacht und daß der Kläger trotzdem weitergearbeitet habe. δ. Dagegen GewuKfmG. **17** 31 (GG. Cöln 7. 3. 11). Der Standpunkt des GG. Cöln in dem Urteile vom 22. Dezember 1910 ist zwar richtig. Da aber die Beklagte trotz dieses Urteils wiederum bekannt gemacht hat, sie zahle den Tariflohn nicht, wäre es Sache der vertragschließenden Verbände gewesen, einzugreifen. So aber verstößt es gegen Treu und Glauben, daß die einzelnen Arbeiter, die monatelang unter Tarifpreis arbeiten und hierdurch ihre tariftreuen Kollegen schädigen, nach Lösung des Arbeitsverhältnisses die Differenz beanspruchen.

§ 611. Literatur: von Beust, Der Bühnenengagementsvertrag 1911. — Dalberg, Dienstverschaffungsverträge, JW. **11** 140—142. — Friedlaender, Zur Lehre von der Pflichtanwaltschaft, JW. **11** 11—15. — Friedlaender, Einige Fragen aus dem Anwaltsrecht, JW. **11** 351—354. — Kohler, Der Bühnenvertrag, DJZ. **11** 52—58. — Korn, Zur Regreßpflicht des Rechtsanwalts gegenüber dem Klienten, JW. **11** 207, 208. — Märklin, Zwei anwaltliche Haftpflichtfälle, JW. **11** 937—938. — Saeger, Aus dem Theaterrechte BraunschwZ. **58** 78—85, 104—113, 131—138, 163—170. — Wolcke, Das Recht des Fernsprechnebenanschlusses, EisenbE. **27** 255—258, 376—379.

I. Abgrenzung von anderen Rechtsverhältnissen (vgl. auch unten Nr. IX ff.). 1. Unterschied zwischen Dienst- und Werkvertrag. a) Vertrag mit Architekten. **RG.** III. 31. 3. 11, JW. **11** 537 Nr. 9, GruchotsBeitr. **55** 942, WarnE. **11** 301, R. **11** Nr. 1923, LeipzZ. **11** 786 Nr. 4 — unter Aufhebung von OLG. Jena, JDR. **9** § 638 Nr. 1 —. Äußerlich gleicht die Tätigkeit des Dienstverpflichteten in allen sozialen Schichten, beim Gelehrten, Künstler und Techniker wie beim Handwerker und dem gewöhnlichen Arbeiter, vielfach derjenigen des Unternehmers, der die Herstellung eines Werkes versprochen hat; auch die Verpflichtung zur Sorgfalt ist bei beiden regelmäßig die gleiche. Rechtlich aber und auch wirtschaftlich ist die Stellung des Dienstverpflichteten eine völlig andere als die des Unternehmers. Darum verbietet sich im allgemeinen die Übertragung der nur für den Werkvertrag gegebenen Vorschriften auf den Dienstvertrag; ganz besonders gilt dies für die Verjährungsvorschrift des § 638. Zu Unrecht hat daher das BerG. den § 638 auf einen Dienstvertrag angewendet, dessen Inhalt die Ausarbeitung eines Planes nebst Zeichnungen und Kostenanschlägen für den Umbau einer Fabrikanlage sowie die Ausschreibung, Vergebung und Überwachung der Bauarbeiten bildet. b) SchlHolstAnz. **11** 229 (Kiel). Der Vertrag zwischen dem Bauherrn und Architekten über die Aufführung eines Gebäudes ist Dienst- und nicht Werkvertrag. Die einzelnen Leistungen des Architekten (Anfertigung des Grundrisses und der Bauzeichnungen, Aufstellung des Kostenanschlags, Abschluß der Verträge mit den Bauhandwerkern und den Lieferanten, Beaufsichtigung des Baues) und nicht der durch sie herbeizuführende Erfolg bilden den Gegenstand des Vertrags. — Rücktritt gemäß § 626 vgl. dort Nr. II 6 b.

2. Dienst- oder Mäklervertrag. OLG. **22** 316, R. **11** Nr. 2537 (München). Die Abrede, daß ein Architekt Beobachtungen über die Erschütterungen eines Hauses durch Maschinen des Nachbarhauses anstelle, ein Gutachten über den Erfolg eines etwaigen Rechtsstreits gegen den Nachbar abgebe und eine Vergütung erhalten solle, falls der Nachbar das Haus kaufe, ist Mäkler-, nicht Dienstvertrag.

3. Dienstverschaffungsverträge. Dalberg, JW. **11** 140—142. Dienstverschaffungsverträge sind z. B. der Vertrag eines Impresario mit einem Varieté über Auftreten der mit ihm reisenden Künstler (OLG. **3** 22), das Zurverfügungstellen eines Schleppers mit Mannschaft für einen Transport (**RG. 56** 360), eines Autos mit Chauffeur, einer Schreibmaschinendame eines messenger-boy.

In den meisten dieser Fälle ist der Kontrahent (z. B. der Inhaber des Schreibmaschinenbureaus) zur Leistung der Dienste überhaupt nicht in der Lage. Der Kontrahent übernimmt aber die Garantie für den Erfolg für die Leistung der Dienste und haftet gemäß § 278 für den Schaden, den der Dienstleistende dem Dienstberechtigten schuldhaft zufügt.

II. Über Anfechtung der Dienstverträge, wonach der Überschuß über 1500 M. an die Ehefrau des Angestellten gezahlt werden soll, s. JDR. 8 1244 AnfG. § 3 Nr. VII 4 und unten AnfG. § 3.

III. Rechte und Pflichten aus dem Dienstvertrag im allgemeinen.

1. Unterlassung anderweiter Dienste (s. JDR. **9** Nr. III 1, 8 Nr. III 2, **7** Nr. III 1, **6** Nr. 4 d). a) **RG.** III. 26. 4. 11, SeuffBl. **11** 635. Daß aus einem vertragsmäßigen Konkurrenzverbot auf Unterlassung der Tätigkeit in einem Konkurrenzgeschäfte geklagt werden kann, ist allgemein anerkannt. Dem steht auch **RG. 72** 393 (JDR. **9** Nr. III 1) nicht entgegen. b) GewuKfmG. **17** 41 (KfmG. Stettin). Das vertragliche Verbot, bei bestimmten anderen Prinzipalen oder in bestimmten Branchen zu arbeiten, ist unsittlich und nichtig.

2. Anspruch auf Fortleistung der Dienste. OLG. **22** 295 (Breslau). Der Dienstverpflichtete hat keinen Anspruch auf die Fortleistung der Dienste. Die grundlose Enthebung von der Dienststellung gibt ihm nur das Recht, für die infolge des Verzugs des Dienstherrn nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung zu fordern und einen wichtigen Grund, seinerseits das Dienstverhältnis fristlos zu kündigen. Die besondere Vertrauensstellung, die er einnahm, vermag den Anspruch nicht zu rechtfertigen; denn das BGB. gewährt gerade bei solchen Vertrauensstellungen im § 627 dem Dienstberechtigten das Recht fristloser Kündigung, ohne das Vorhandensein eines wichtigen Grundes zu verlangen.

3. Konkurrenzklausel in Dienstverträgen. a) Klage auf Unterlassung der Tätigkeit in einem Konkurrenzgeschäfte vgl. oben Nr. 1 a. b) **RG.** I. WarnE. **11** 182. Annahme der Dienstleistungen als Erfüllung mit der Wirkung, daß der Anspruch auf die Vertragsstrafe ausgeschlossen ist, vgl. § 341 Nr. 2 c. c) Konkurrenzklausel bei einfachen Arbeitern. RheinA. **108** I 224 (Düsseldorf). Die Vereinbarung einer Konkurrenzklausel ist auch im Verhältnisse des Dienstherrn zu einfachen Arbeitern zulässig, die nicht zu den im § 133 a GewO. aufgeführten Personen gehören. Der Dienstherr hat ein schutzfähiges Interesse daran, daß geschulte Arbeiter aus seinem Spezialgebiete nicht in ein Konkurrenzgeschäft eintreten.

4. Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht bei Lohnforderungen s. oben § 273 Nr. V.

IV. Einzelne Vertragstatbestände. Vertrag mit Arzt (s. JDR. **9** Nr. IV 1, **8** Nr. IV 1, 2, 3, **7** Nr. II 1, **5** Nr. 6 a, **4** Nr. 4 a, **3** Nr. 6 a, **2** Nr. 6 a, **1** Nr. 1 e, f). 1. Haftung aus Kunstfehlern. BadRpr. **11** 169 (Karlsruhe). Haftung eines praktischen Arztes, der die richtige Diagnose trotz deutlicher Symptome nicht gestellt und hierdurch eine längere und schwerere Erkrankung verschuldet hat, als sie bei richtiger Behandlung gewesen wäre.

2. Honoraranspruch. Über die Haftung der Ehefrau für ärztliche Behandlung s. unten § 677 Nr. III.

3. Grundsätze für die Bemessung der Höhe des ärztlichen Honorars. a) Luxuriöse Lebenshaltung des Patienten. KGBl. **11** 23 (KG.). Es kommt nicht darauf an, ob die Lebenshaltung den wahren Einkommens- und Vermögensverhältnissen entspricht, sondern auf den tatsächlichen Lebenszuschnitt, und der Arzt braucht etwaige pekuniäre Klagen des

Patienten nicht zu berücksichtigen, wenn sie mit dessen sonstiger Lebenshaltung in Widerspruche stehen. **b)** Teuere Apparate. KGBl. **11** 9 (KG.). Der Umstand, daß die Behandlungsweise in der ärztlichen Gebührenordnung nicht aufgeführt ist und teuerere Apparate erfordert, als eine gewöhnliche elektrische Behandlung, rechtfertigt ein Hinausgehen über die Höchstsätze der Gebührenordnung nicht. **c)** Autoritäten. KGBl. **11** 126 (AG. Berlin-Mitte). Ärztliche Autoritäten haben in der Regel Anspruch auf den höchsten Satz der in der GebO. für Ärzte vorgesehenen Vergütung.

V. Vertrag mit Rechtsanwalt (s. JDR. **9** Nr. IV 2, **8** Nr. IV 1, 4, **7** Nr. II 1, **6** Nr. 5 a, **5** Nr. 6 b, **4** Nr. 4 c, **3** Nr. 6 c, **2** Nr. 8 c, **1** Nr. 3). 1. Stellung des Anwalts im allgemeinen. **RG.** III. 3. 1. 11, **75** 98 ff., BadRpr. **11** 247, R. **11** Nr. 982. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Anwalt und der Partei ist zwar der Regel nach als auf einem Dienstvertrage beruhend anzusehen. Allein die Berufsstellung des Anwalts ist zugleich öffentlichrechtlicher Art (**RG. 39** 137, **55** 169, **66** 150). — Vgl. hierzu unten Nr. 9c.

2. Vertragsschluß. **a)** Anfrage des Mandanten als Vertragsantrag. OLG. **23** 40 (Celle). Der Brief des Beklagten an den Anwalt („Möchte hierdurch anfragen, ob Sie wohl bereit sind, für mich am 9. Juni bei dem dortigen AG. eine Vertretung zu übernehmen . . .") enthält nicht nur eine vorläufige Anfrage, deren Bejahung die Voraussetzung für eine demnächstige Erteilung des Auftrags sein sollte, sondern einen festen Vertragsantrag mit dessen Annahme der Vertrag bereits zum Abschlusse kommen sollte. Denn im Verkehre mit dem Anwalt und z. B. auch dem Arzte ist es üblich, die Erteilung des Auftrags in die höflichere Form einer Bitte oder einer Frage zu kleiden, und man geht davon aus, daß, wenn anders der Inanspruchgenommene überhaupt tätig werden will, der Auftrag ohne weiteres durch die Annahmeerklärung zustande kommen soll. — Wenn der Beklagte dann weiter oberflächlich die Sachlage darstellt und diese mit den Worten schließt: „Mußte mir nicht eine angemessene Frist bewilligt werden?", so kann auch daraus nicht mit Sicherheit entnommen werden, daß er von dem Anwalte zunächst Antwort auf diese Frage haben und sich je nach deren Ausfall erst schlüssig machen wollte, ob er ihm Auftrag zur Prozeßvertretung erteilen solle, vielmehr durfte der Anwalt durchaus annehmen, daß diese Bemerkungen zu seiner vorläufigen Orientierung dienen sollten. **b)** Bei der Pflichtanwaltschaft. Friedländer, JW. **11** 11—15. Für den Pflichtanwalt wird eine zivilrechtliche obligatio ex lege begründet, mit der Partei, der er beigeordnet ist, einen Anwaltsvertrag zu schließen (aM. bisher Friedländers Kommentar, Exkurs zu § 39 Anm. 9). Diese obligatio ex lege hat ein Analogon in der zweifellos auch als solche zu qualifizierenden Verpflichtung aus § 30 RAO. Der Vertrag kommt jedoch nicht schon durch einseitige Erklärung der Partei zustande. Vielmehr kann der Anwalt auf Abschluß des Vertrags, bei Verzug auch auf Schadensersatz belangt werden. Konsequenzen: Solange der Vertrag noch nicht geschlossen ist, Verjährung nach § 195, Haftung nur gemäß § 831 BGB.

3. Haftung des Anwalts im allgemeinen. **a)** Haftung mehrerer assoziierter Anwälte. OLG. **22** 293 f α (Hamburg). Wenn zwar die Prozeßvollmacht auf beide Anwälte ausgestellt ist, aber ein Auftrag zu ihrer Benutzung nach Inhalt der Handakten nur dem einen Anwalt erteilt worden und tatsächlich auch nur dieser im Prozesse tätig geworden ist und allein mit dem Mandanten korrespondiert hat, so kann das Unterlassen der Pfändung auch nur diesem als Fahrlässigkeit zugerechnet werden. **b)** Haftung für Referendare. OLG. **22** 293 β (Hamburg). Für mangelnde Beaufsichtigung des bei ihm beschäftigten Referendars haftet der Anwalt. Die Aufsichtspflicht besteht nicht nur im vertraglichen Verhältnisse des Anwalts zu seinem Man-

danten, sondern auch außervertraglich gegenüber dem Gegner (Schuldner), dessen Rechtsgüter durch die ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung berührt werden. (Infolgedessen wurde die Haftung des Anwalts bejaht, da trotz Abschluß eines Vergleichs durch Versehen des Referendars der Auftrag zur Verhaftung im Offenbarungseidsverfahren nicht zurückgezogen wurde.) c) Kenntnis der Judikatur des RG. (vgl. auch JDR. 9 Nr. IV 2 d). α. WürttRpflZ. 11 162 (Stuttgart). Keine Fahrlässigkeit des Anwalts, der sich (bei der Frage der Pfändung der Eigentümergrundschuld) auf die Ansicht Gaupp-Steins verlassen und die entgegengesetzte Ansicht des RG. nicht gekannt hat. β. Vgl. auch unten ZPO. § 486.

4. Haftung bei Prozeßführung. a) Nichterhebung des Einwandes aus § 146 LwUVG. **RG.** III. JW. **11** 537 Nr. 10, ZBlFG. **12** 204, BayRpflZ. **11** 281, R. **11** Nr. 2308, 2310, 2322. Haftung des Rechtsanwalts, der den Einwand aus § 146 LwUVG. zugunsten des von ihm vertretenen Betriebsunternehmers nicht erhoben hat. Ein schuldhaftes Verhalten des Anwalts ist auch dann gegeben, wenn der Mandant weder dem Anwalte noch dessen Bureauvorsteher eine ausdrückliche Mitteilung darüber gemacht hat, daß er der Unternehmer des Unfallbetriebs gewesen sei. Da der Anwalt aus der Klageschrift ersehen mußte, daß sich der Unfall in einem den Reichsunfallversicherungsgesetzen unterliegenden Betriebe zugetragen habe, mußte er sich mit den Wirkungen des LwUVG. auf die Entschädigungspflicht seines Mandanten befassen und erforschen, ob sich nicht eine tatsächliche Unterlage für jenen Einwand ergebe. — Ein konkurrierendes Verschulden des Mandanten liegt nicht vor, von ihm war die Kenntnis der fraglichen Gesetzesbestimmung auch nicht nach ihrem Grundinhalte zu erwarten, ihn trifft kein Vorwurf, daß er die für den Einwand erheblichen Tatsachen nicht von selbst dem Anwalte mitgeteilt hat. — OLG. Jena hatte abgeändert und die Klage abgewiesen. **b**) Nichterhebung der erforderlichen Klage. **RG.** III. SchlHolstAnz. **11** 69, R. **11** Nr. 1120. Der Anwalt, der mit der Durchführung der Rechte gegenüber einer Patentverletzung betraut ist, handelt fahrlässig, wenn er nur die Unterlassungsklage erhebt, den Auftraggeber aber nicht rechtzeitig auf die drohende Verjährung der Schadensersatzklage während des Laufes des Unterlassungsprozesses hinweist. Wenn auch bei der Auftragserteilung ein ausdrückliches Verlangen gerade der Erhebung der Entschädigungsklage nicht stattgefunden hatte, so war diese doch damals nach den Notizen des Anwalts schon in Aussicht genommen worden. Der Anwalt war infolgedessen verpflichtet, den Entschädigungsanspruch im Auge zu behalten und den Auftraggeber auf die nur dreijährige Verjährungsfrist des § 39 PatG. aufmerksam zu machen. **c**) **RG.** III. SchlHolstAnz. **11** 69, R. **11** Nr. 1104. Den Mandanten, welcher einen Anwalt mit der Durchführung der Rechte gegenüber einer Patentverletzung beauftragt hatte, trifft kein eigenes Verschulden, wenn er den Anwalt nicht auf die Erhebung auch der Schadensersatzklage vor Eintritt der dreijährigen Verjährung (§ 39 PatG.) aufmerksam gemacht hat. Eine Kenntnis von der laufenden Verjährungsfrist auf seiten des Mandanten ist nicht dargetan, und so durfte letzterer darauf bauen, daß nach Durchführung der Unterlassungsklage der Entschädigungsanspruch erhoben werde. **d**) Verstreichenlassen der Verjährungsfrist. **RG.** III. JW. **11** 546 Nr. 26, WarnE. **11** 377 Nr. 338. Verschulden des Anwalts, der einen Pflichtteilsanspruch nach Ablauf der drei Jahre (§ 2332) erhoben hat. Hätte er die Verjährungsfrage eingehend geprüft, so hätte er erkennen müssen, daß die Voraussetzungen, unter denen nach Annahme einer Reihe von Schriftstellern (Strohal, Dernburg, Planck, Staudinger) die dreijährige Verjährung nicht Platz greifen soll, nicht vorliegen; mindestens hätte er die Frage für zweifelhaft halten und vorsorglich vor Ablauf der drei Jahre die Klage erheben oder die Partei auf die Gefahr der Verjährung

aufmerksam machen und ihr zur Erhebung der Klage vor Ablauf der Frist raten müssen. e) **RG.** III. JW. **11** 948 Nr. 20, R. **11** Nr. 3432. Verschulden des Anwalts, der auftragswidrig in das Anerkenntnisurteil nur den Zusatz hat aufnehmen lassen, daß die Beklagten „als Erben des B." verurteilt werden. Hierdurch ist die Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß nicht in erkennbarer Weise zum Ausdrucke gebracht. Der Einwand des Beklagten, daß er in Übereinstimmung mit dem amtierenden Richterkollegium und einer bis dahin bei seinem LG. geübten Praxis in dem Zusatz „als Erbe" einen hinreichenden Ausdruck der beschränkten Haftung gefunden habe, kann ihn nicht entlasten. f) **RG.** III. R. **11** Nr. 3626. Wenn die Partei eine Zeugenbenennung erster Instanz nicht in der Berufungsinstanz ihrem Anwalte gegenüber ausdrücklich wiederholt, so kann sie ihren Anwalt nicht wegen Unterlassung des ersten Beweisangebots haftbar machen.

5. Haftung bei der Vertretung im Zwangsversteigerungsverfahren. a) **RG.** III. LeipzZ. **11** 929 Nr. 24, R. **11** Nr. 3640. Wenn bei einem Betrage der zu übernehmenden Hypotheken zu 4000 M. und einem geringsten Bargebote von 95,47 M. gleich das erste Gebot auf 4100 M. lautete, so lag die Annahme, daß der Bieter den Betrag der Hypotheken inbegriffen wähnte, so nahe, daß der Irrtum für jeden auch bei geringer Überlegung erkennbar war. Auch der Anwalt hätte dies erkennen und sich weiter sagen müssen, daß die Klägerin, seine Mandantin, indem sie den ersten Bieter überbot, in dem gle chen Irrtume sich befinden und dadurch geschädigt werden könne. Seine Sache wäre es daher gewesen, die Klägerin aufzuklären. Indem er es nicht tat, verletzte er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. b) **RG.** III. JW. **11** 709 Nr. 5, R. **11** Nr. 2822. Der Anwalt, der den Auftrag übernommen hatte, die Hypothek seines Mandanten durch Zwangsversteigerung aus dem Grundstücke beizutreiben, handelt fahrlässig, wenn er auf die Frage des Mandanten, ob er im Versteigerungstermin anwesend sein solle, sich darauf beschränkt, zu erwidern, er brauche nicht zu erscheinen, er werde seine Interessen schon wahrnehmen. Der Anwalt hatte die Pflicht, den Mandanten eingehend und erschöpfend über die entscheidenden Gesichtspunkte und Umstände zu belehren.

6. Haftung im Offenbarungseidsverfahren dem Schuldner gegenüber. OLG. 22 293 β (Hamburg). Haftung des Anwalts wegen Verhaftung des Schuldners im Offenbarungseidsverfahren trotz Fristgewährung.

7. Haftung insbesondere aus unrichtiger Auskunft (vgl. auch unten Nr. VI 2 b). a) OLG. **22** 326 (KG.). Der Anwalt haftet dem Kläger, der dem X. ein Darlehen gab, dafür, daß er dem Kläger über die von X. zu gewährenden Sicherheiten fahrlässig eine unrichtige Auskunft gab. Der Anwalt, der zunächst nur der Beauftragte des X. gewesen ist, ist durch die Übermittelung der Denkschrift zugleich auch mit dem Darlehnsgeber (→ „nehmer" ist offenbar Druckfehler. Red. ←) in vertragliche Beziehungen getreten und haftet aus dem auftragähnlichen Vertragsverhältnisse gemäß § 276. b) Korn, JW. **11** 207—208, verneint die Frage, ob der Anwalt aus einer rechtlich unrichtigen Auskunft, die er dem Klienten unter Verletzung der ihm gebotenen Sorgfalt in einem bestimmten Falle gegeben hat, haftbar gemacht werden kann, wenn der Klient diese Auskunft in einem zwar tatsächlich verschiedenen, aber rechtlich völlig konform liegenden Falle anwendet und dabei zu Schaden kommt.

8. Beweislast bei Regreßklagen. **RG.** III. 18. 1. 11, SchlHolstAnz. **11** 69. Wird der Anwalt deshalb auf Schadensersatz in Anspruch genommen, weil er es unterlassen hat, eine Klage vor Ablauf der Verjährungsfrist zu erheben, so genügt nicht der Nachweis, daß dem Auftraggeber ein jetzt verjährter Schadensersatzanspruch zustand. Der Beweis, daß der Anwalt durch die nicht rechtzeitige

Einklagung dieses Anspruchs dem Auftraggeber Schaden zugefügt habe, ist erst dann erbracht, wenn dargetan ist, daß der Auftraggeber in dem rechtzeitig anzustrengenden Prozeß obgesiegt haben würde. Es ist zu prüfen, ob im unterlassenen Prozesse dem Auftraggeber die Beweismittel, die er jetzt produziert hat, ebenfalls zur Verfügung gestanden hätten und ob nicht vielmehr die Durchführung der Klage an dem Zeugnisverweigerungsrechte der dem Gegner nahestehenden Personen gescheitert wäre.

9. Der Vergütungsanspruch des Anwalts. a) Bei unzeitiger Kündigung des Anwalts. OLG. **22** 307 (KG.). Der Anwalt, der sich verpflichtet hatte, den Prozeß ohne Vorschuß zu führen, verliert den Gebührenanspruch, wenn er ohne Grund das Mandat kündigt (§ 628 Abs. 1 Satz 2) und der Mandant die Gebühren dem neu bestellten Anwalt noch einmal hat zahlen müssen. **b**) SeuffA. **66** 78, R. **11** Nr. 710 (Augsburg). Ein zunächst vom Schuldner zu seiner Vertretung und zur Berichterstattung beauftragter Rechtsanwalt kann für seine Bemühungen zur Abwendung des Konkurses nicht von den Gläubigern Vergütung verlangen, die ihn in den Gläubigerausschuß wählten. **c**) Schriftlichkeit. Landesrecht. α. **RG.** III. **75** 98 ff., BadRpr. **11** 247, R. **11** Nr. 982. Der Hebung der zugleich öffentlich-rechtlichen Stellung des Anwalts (vgl. oben Nr. 1) soll die Bestimmung des § 93 RAGebO. wie die ihr nachgebildeten der landesrechtlichen Gebührenordnungen dienen (z. B. PrRAGebO. Art. 15, BadVO. vom 8. Oktober 1884 § 24). Sie bezweckt, die grundsätzlich zugelassene Vertragsfreiheit für die Bestimmung der Höhe der Vergütung mit Rücksicht sowohl auf die Stellung der Anwälte wie auf die Interessen der Partei an gewisse Schranken zu binden und gerade hierdurch den Anwalt aus dem Kreise auch der Personen, die sich durch Abschluß eines Dienstvertrags zur Leistung von Diensten höherer Art verpflichten, im Interesse des dem öffentlichen Rechte unterstehenden Teils seiner Berufsstellung herauszuheben (vgl. § 612 Nr. 9). β. **RG.** III. **75** 98 ff., BadRpr. **11** 247, R. **11** Nr. 982. Die Bestimmungen der Landesrechte, nach denen die Vereinbarungen zwischen einem Rechtsanwalt und seinem Auftraggeber über die Höhe der jenem gebührenden Vergütung für den Auftraggeber nur verbindlich sind, wenn dieser sie schriftlich abgeschlossen hat (Pr. RAGebO. Art. 15, BadVO. vom 8. Oktober 1884 § 24), gehören dem öffentlichen Rechte an, sind demnach durch das BGB. nicht außer Kraft gesetzt, und die Vorschriften des BGB. über die Formfreiheit der Verträge beziehen sich auf derartige Verträge nicht, und zwar weder soweit die Deutsche RAGebO. anzuwenden ist, noch soweit die dem Landesrecht überlassene Gebührenregelung in Frage kommt. Die §§ 611 und 612 werden durch § 93 RAGebO. und durch die landesrechtlichen Bestimmungen außer Anwendung gesetzt.

10. Die Rechnungsstellung. Friedlaender, JW. **11** 351—354 (353). Die Rechenschaftsablage (Rechnungsstellung) ist zwar Vertragspflicht, aber nicht vertragsmäßige Dienstleistung (aM. **RG.** JW. **07** 479 Nr. 11, vgl. § 675 Nr. 2). Der Gebührenanspruch entsteht bereits nach Leistung der Dienste. Im Bereiche der RAGebO. kann er jedoch nicht geltend gemacht werden, solange nicht die Voraussetzungen des § 86 RAGebO. erfüllt sind. Auch sonst wird der Partei ein Zurückbehaltungsrecht an der Kostenschuld bis zur Rechenschaftsablage zuzugestehen sein. Die Rechenschaftsablage kann durch Vollstreckung erzwungen werden. Die Verjährung des Gebührenanspruchs wird durch Nichterteilung der Abrechnung weder im Geltungsbereiche der RAGebO. noch außerhalb derselben gehemmt.

11. Die Handakten des Anwalts. **a**) NaumburgAK. **11** 13 (Dresden). Die Pflicht des Rechtsanwalts zur Herausgabe der Handakten gründet sich auf §§ 675, 667 und erstreckt sich auf die Schriftstücke, welche dem Anwalte vom Auftraggeber zum Zwecke der Ausführung des Mandats anvertraut oder auf Grund

von dessen Erledigung in seine Hände gelangt sind, ebenso auf die Urkunden und Entwürfe, die er für die Zwecke der Besorgung der Sache herstellt. **b**) Herausgabe der Handakten des früheren Konkursverwalters an seinen Nachfolger im Amte vgl. § 675 Nr. 4.

VI. Notar (s. JDR. **9** Nr. IV 3 und 4, **8** Nr. IV 5 und 6 a, **7** Nr. II 1 und IV 1, **6** Nr. 5 a, **5** Nr. 6 b, **3** Nr. 6 e, **2** Nr. 6 c). — Vgl. auch unten § 662 Nr. 3. 1. Amtspflicht oder Vertragspflicht? KGBl. **11** 125 (KG.). Wird der Notar deshalb auf Schadensersatz in Anspruch genommen, weil er zu einem für die Partei stempelrechtlich unvorteilhaften Vertrage geraten hat, so kommt nicht eine Amtspflichtverletzung, sondern nur eine Verletzung des Dienstvertrags in Frage.

2. Haftung im allgemeinen. **a**) Verletzung der Gesetze und anerkannten Rechtsprechung. RheinA. **108** I 262 (Cöln). Auf juristischem Gebiete ist Fahrlässigkeit des Notars nur dann anzunehmen, wenn er eine bestimmte Gesetzesvorschrift verletzt oder gegen allgemein anerkannte Rechtsregeln verstoßen hat, wie sie sich in der Rechtsprechung der höchsten Gerichte und allenfalls in der Literatur widerspiegeln. — Vgl. oben Nr. V 3 c und JDR. **9** Nr. IV 2 d. **b**) **RG.** III. LeipzZ. **11** 773 Nr. 10, R. **11** Nr. 3162. Ein Notar (oder Rechtsanwalt) macht sich haftbar, wenn er auch nur über einen scheinbar nebensächlichen Punkt eines von ihm beurkundeten Rechtsgeschäfts den Parteien nicht gewissenhaften Rat erteilt.

3. Einzelfälle. **a**) Schleunige Einreichung der Urkunden bei Gericht. α. **RG.** III. R. **11** Nr. 3896. Die Pflicht des Notars erfordert es, daß er, auch ohne besonderen Hinweis auf die Notwendigkeit rascher Erledigung, die Einreichung der Ausfertigung einer von ihm aufgenommenen, die Bewilligung einer Hypothek enthaltenden Urkunde an das Grundbuchamt vor anderen weniger dringlichen Geschäften vornimmt. Die Einreichung wird in der Regel spätestens vier Tage nach Aufnahme der Urkunde erfolgen müssen. (Vorliegend erfolgte sie erst nach 14 Tagen. Schadensersatz!) β. RheinA. **108** I 163 (Cöln). Im Gebiete des RheinR. ist der Notar nach allgemeinem Geschäftsgebrauche vertraglich zur unverzüglichen Einreichung der von ihm gestellten Anträge beim Grundbuchamte verpflichtet. **b**) **RG.** III. ElsLothNotZ. **11** 101. Der Notar braucht, wenn er von ihm als geschäftskundig bekannten Personen lediglich zur Beurkundung eines Kaufvertrags gerufen wird, sich nicht vorher durch Einsichtnahme des Grundbuchs oder Erhebung einer Abschrift des Grundbuchblatts über die Belastung des Kaufobjekts zu vergewissern, ist dagegen verpflichtet, die Parteien auf ihm bekannte, bei der Verhandlung nicht erwähnte Belastungen aufmerksam zu machen. **c**) Haftung des Notars für die von ihm verschuldete Rangverschlechterung einer verpfändeten Hypothek. **RG.** JDR. **9** Nr. IV 4 b jetzt auch SeuffA. **66** 192. **d**) Ursächlicher Zusammenhang zwischen der unrichtigen Auskunft des Notars und der den Klienten schädigenden Zwangsversteigerung vgl. § 249 Nr. II 5 b. **e**) **RG.** III ZBlFG. **12** 23. Haftung des Notars bei Ratserteilung uud Belehrung. **f**) **RG.** III ZBlFG. **12** 342. Verletzung der dem Notar obliegenden Sorgfalt durch falsche Bezeichnung der Vertragspartei in der notariellen Urkunde und durch Unterlassung der Prüfung der Rechtsgültigkeit des abzuschließenden Geschäfts. **g**) **RG.** III ZBlFG. **12** 343. Versehen des Notars bei Beurkundung eines Vertrags (Nichtaufnahme ihm bekannter Abreden in den Vertrag. Überwiegendes Verschulden der Partei).

VII. Gerichtsvollzieher (s. JDR. **9** Nr. IV 5, **8** Nr. IV, **7** Nr. IV 2, **6** Nr. 5 b). RheinA. **108** I 288 (Cöln). Der Gerichtsvollzieher hat bei Vornahme der Pfändung den objektiven Verkaufswert der Gegenstände nach freiem Ermessen zu schätzen. Für ein Versehen hierbei haftet er nur bei grobem Verschulden. Nicht

schuldhaft handelt er, wenn er bei der Versteigerung auf ein Gebot den Zuschlag nicht erteilt, weil der anwesende Gläubiger mit dem Schuldner oder einem Dritten in nicht aussichtslose Vergleichsverhandlungen eingetreten ist.

VIII. Vertrag mit Bankier s. unten § 676 Nr. V.

IX. Bühnenengagementsvertrag (s. JDR. **9** Nr. IV 7, **8** Nr. IV 10, **3** Nr. 6 d, **1** Nr. 1 b, c). 1. Kohler, in JDR. **9** Nr. IV 7 a heißt es irrtümlich DJZ. **10** 52 ff. statt DJZ. **11** 52—58.

2. *Saeger, BraunschwZ. **58** 104. Wie der Vertrag zwischen dem Theaterunternehmer und einem anderen, durch den ersterer ein Entgelt, letzterer künstlerische Mitwirkung bei der Aufführung von Bühnenwerken zusagt (Engagementsvertrag, Bühnenvertrag), juristisch aufzufassen sei, ist streitig (s. dort die Zitate für die verschiedenen Theorien). Für die Praxis wird sich das Ergebnis gewinnen lassen, jedenfalls den auf Zeit geschlossenen Engagementsvertrag den Regeln des Dienstvertrags zu unterstellen. Bei Gastspielen hervorragender Künstler, die in „Paraderollen" auftreten, wird es sich um entsprechende Werkverträge handeln, die den Erfolg der Arbeit im Auge haben und bei denen die festgesetzte Vergütung auch nur dann gezahlt zu werden braucht, wenn der (ganze) Erfolg erreicht ist. — Legt man den Bühnenvertrag nach Treu und Glauben aus, so wird man aus ihm heraus dem Schauspieler ein Recht auf angemessene Beschäftigung zuerkennen, das gegebenenfalls im Wege der Klage zu erstreiten ist; den Inhalt und die Grenzen des Klagantrags muß dabei der Einzelfall bestimmen (131 ff.). Vgl. ferner §§ 616, 618 Nr. 6 b 626 Nr. II 1 b, 634 Nr. 3, 644.

3. *von Beust, Der Bühnenengagementsvertrag. Der Bühnenengagementsvertrag ist für die Regel Dienstvertrag. Einen besonderen Fall stellen nur die mit notorisch berühmten Kräften („Stars") abgeschlossenen Gastspielverträge dar, wo ein bestimmtes Einzelopus gegen außerordentlich hohes Spielhonorar prästiert wird, und sich deshalb die Qualifizierung als Werkvertrag rechtfertigt. Immerhin führt diese Einteilung eine unnatürlich straffe Trennung der substanziell gleichen Engagements herbei, weshalb heute die Tendenz nach Behandlung aller Theaterengagementsverträge als Dienstverträge strebt. Unrichtig ist angesichts der vom BGB. in §§ 611 ff. und 631 ff. zur Verfügung gestellten Normen die Annahme eines „Innominatkontrakts" des modernen Rechtes (Opet, Theaterrecht 162 ff.; wie hier Cohn, KrVJSchr. **40** 560). Auf alle Bühnenengagementsverträge hat § 618 BGB. als allgemeines Axiom des Arbeitsvertragsrechts Anwendung zu finden. Ferner gibt § 629 dem Schauspieler das Recht auf angemessenen Urlaub zwecks Gastspielen auf Engagement, wenn die Vertragsendigung bevorsteht, da im Bühnenverkehre das Gastieren nach der Verkehrssitte Hauptbestandteil des „Dienstaufsuchens" ist (nicht etwa bloß der wechselseitige schriftliche Verkehr der Parteien mit oder ohne Agentenvermittelung). Nicht erforderlich ist das Requisit erfolgter Kündigung. — Aus der schon von Kohler (Enzykl., Bürg. Recht § 75) geforderten analogen Anwendung der §§ 588 und 603 (Deterioration des zur Pacht oder Leihe übergebenen Objekts) auf den Bühnendienstvertrag geht der Anspruch des Schauspielers auf angemessene Beschäftigung, über welchen die Vertragsnatur an sich keinen Zweifel läßt, mit aller Klarheit hervor. Die heute mehr und mehr zurückgehende „Kündigung in der Probezeit" stellt eine auflösende Bedingung des Vertragsschlusses, die Vereinbarung eines „Probegastspiels" vor Engagementsantritt eine aufschiebende Bedingung des Vertragsschlusses dar, welche dort die sich ergebende Unbrauchbarkeit, hier die Brauchbarkeit des Schauspielers als unumgängliche objektive Grundlage der vom Bühnenleiter abzugebenden Erklärung zum Inhalte hat. Vgl. auch HGB. § 2.

4. Anspruch des Dienstverpflichteten auf Beschäftigung beim Bühnenengagementsvertrage. **RG.** III JDR. **9** Nr. IV 7 b jetzt auch JW. **11** 39, GruchotsBeitr. **55** 1055, LeipzZ. **11** 143 Nr. 23, SeuffA. **66** 228. Vgl. auch oben Nr. 2, 3.

X. Vertrag mit Krankenhaus. Bewachungspflicht. OLG. **22** 292, ElsLothJZ. **11** 481 (Colmar). Bei der Unterbringung eines Kranken in einem Hospitale besteht für gewöhnlich eine besondere Bewachungspflicht nicht. Nachdem aber die Kranke an einem Tage dreimal versucht hatte, aus dem Fenster zu springen, mußten das Hospital oder die mit der Pflege beauftragten Schwestern den Charakter der Krankheit als Selbstmordmanie erkennen. Da das Hospital die Kranke trotzdem ohne Vorbehalt weiter behalten hat, war der Vertrag stillschweigend in einen solchen auf Verpflegung und Bewachung einer Geisteskranken ausgedehnt und das Hospital verpflichtet, alles, was zur Erhaltung der körperlichen Sicherheit diente, zu beobachten.

XI. Fernsprechnebenanschluß (s. JDR. **9** Nr. IV 10). Wolcke, EisenbE. **27** 255—258, 376—379. 1. Der rechtlichen Beurteilung sind nicht die vom Reichspostamte, zuletzt am 1. Juni 1908 zusammengestellten Bedingungen für die Benutzung der Fernsprechanschlüsse zugrunde zu legen, sondern die vom Reichskanzler auf Grund des § 10 FernsprechGebO. vom 20. Dezember 1899 erlassenen „Bestimmungen über Fernsprechnebenanschlüsse vom 31. Januar 1900" (ZBl. **00** 23), in Kraft getreten am 1. April 1900, ergänzt am 15. November 1901, 11. Juli 1903 und 22. März 1907 (ZBl. **01** 409, **03** 446 und **07** 67). 2. Zwischen dem Amte und dem „Nebenteilnehmer" bestehen keine direkten rechtlichen Beziehungen. Der Nebenteilnehmer ist nicht „Teilnehmer" im postalischen Sinne, er benutzt der Verwaltung gegenüber die Nebenstelle nicht kraft eigenen Rechtes, sondern übt nur die Rechte des Teilnehmers aus. 3. Der Vertrag zwischen Amt und Hauptteilnehmer ist nicht Dienst-, sondern Mietvertrag. Von den Regeln des BGB. über die Miete unterscheidet sich das Verhältnis nur dadurch, daß der Mietzins vorauszuzahlen ist, soweit dies möglich ist, daß die Verwaltung auch ohne Vereinbarung in gewissen Fällen das Recht hat, den Anschluß ohne Kündigung aufzuheben und daß für die Kündigung besondere Bestimmungen bestehen. 4. Ebenso ist das Verhältnis zwischen Haupt- und Nebenteilnehmer Mietvertrag (Aftermiete). Die Verpflichtung des Hauptteilnehmers, umzuschalten, ist nicht entscheidend für die Annahme eines Dienstvertrags. Sie kann und wird voraussichtlich in Zukunft durch automatisches Umschalten ersetzt werden.

XII. Rechtsverhältnis zwischen Verleger und Herausgeber einer Zeitschrift. SeuffA. **66** 230 f. (Stuttgart). Bei der Herausgabe einer Zeitschrift kann das zugrunde liegende Rechtsverhältnis in verschiedenartiger Weise geregelt sein; möglich ist, daß der Verleger von vornherein als treibende Kraft die Sache in die Hand nimmt und im Wege des Dienstvertrags einen Herausgeber als Redakteur anstellt. Es ist aber auch denkbar, daß ein wissenschaftlicher Forscher, der sich eine Zeitschrift zur Verbreitung eigener Ideen schaffen will, den Plan zu einer solchen Zeitschrift aufstellt, sich Mitarbeiter sichert und dann als Herausgeber mit einem Buchhändler einen Verlegervertrag abschließt. Im ersten Falle wird dem Verleger, im zweiten Falle dem Herausgeber das Verfügungsrecht über die Zeitschrift zustehen; im ersten Falle wird daher der Verleger, im zweiten Falle der Herausgeber den Vertrag kündigen und die Zeitschrift als sein Unternehmen, als dessen Herr (**RG. 68** 49) unter dem alten Namen fortsetzen können. Es ist aber noch eine dritte Art denkbar, und zwar in der Weise, daß beide gemeinsam den Plan ersinnen und die Herausgabe als eine gemeinsame, durch beiderseitige Beiträge genährte und aufrechterhaltene Angelegenheit betreiben, ohne daß der eine Teil zu dem anderen in einem Abhängigkeitsverhältnisse steht. Dann liegt ein gesellschafts-

ähnliches Verhältnis vor und es steht weder dem einen noch dem anderen zu, den Gegner aus dem gemeinsamen Unternehmen herauszudrängen und dieses für sich ausschließlich in Anspruch zu nehmen. Den Beteiligten bleibt dann, wenn sie nicht mehr zusammenwirken wollen, nichts übrig, als das Unternehmen aufzulösen.

§ 612. Literatur: Hausmeister, Trinkgeldzwang als Verpflichtung zu Lasten Dritter, Naumburg AK. **11** 71. — Hauswald, Anstellung von Kellnern nur gegen Trinkgeld. GewuKfmG. **16** 442—444.

1. Nachträgliche Vereinbarung einer Vergütung. a) **RG.** III. JW. **11** 94 Nr. 16, WarnE. **11** 25, R. **11** Nr. 312. Auch für geleistete Dienste kann eine Vergütung rechtswirksam versprochen werden, ohne daß vor Leistung der Dienste ein Dienstvertrag abgeschlossen sein müßte. Auch § 652 steht der Rechtswirksamkeit nicht entgegen (vgl. § 652 Nr. I 1). Ist hiernach ein entgeltlicher Vertrag rechtswirksam zustande gekommen, so kann von einem Schenkungsversprechen keine Rede sein. b) **RG.** III. GewuKfmG. **16** 392, JW. **11** 230 Nr. 51. Durch die nachträgliche Erhöhung des ursprünglichen, bereits gezahlten Lohnes für schon geleistete Dienste wird für das ganze Dienstverhältnis rückwärts der Lohn erhöht. Die Rechtslage ist geradeso, als ob schon in dem ursprünglichen Dienstvertrage dem Angestellten der erhöhte Lohn oder über seinen Gehalt hinaus noch die Pension zugesagt worden wäre. Schenkung liegt daher nicht vor. — Wegen der Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts vgl. GVG. § 14.

2. Stillschweigende Vereinbarung. **RG.** VII. GruchotsBeitr. **55** 936 (942), WarnE. **11** 120, R. **11** Nr. 988. Die Anwendung des § 612 erfordert nicht den Nachweis eines wenn auch unausgesprochen gebliebenen Parteiwillens, vielmehr gilt die Entgeltlichkeit kraft Gesetzes als gewollt, wenn objektiv, nach den Umständen des Falles, die Leistung nur gegen eine Vergütung erwartet werden konnte. Die Üblichkeit braucht den Beteiligten daher nicht bekannt gewesen zu sein.

3. Vergütung für Entwürfe und ähnliche Vorarbeiten. Vgl. hierüber § 632 Nr. II.

4. a) GewuKfmG. **16** 408 (GG. Nürnberg). Die Vereinbarung, wonach eine Kellnerin ohne Lohn nur gegen Trinkgeld angestellt wird, verstößt gegen die guten Sitten und ist nichtig (§ 138). Eine Abmachung, die sich auf eine von der ganzen Welt als Unfug empfundene Gepflogenheit stützt, kann den guten Sitten nicht entsprechen. Daher ist der angemessene Lohn zu bezahlen. b) Vgl. hierzu Hauswald, GewuKfmG. **16** 442—444, welcher die Unsittlichkeit einer solchen Vereinbarung verneint.

5. OLG. **22** 296 (Naumburg). Keine Bezahlung von Diensten, die in der Erwartung künftiger Eheschließung mit dem Empfänger der Dienste geleistet wurden.

6. OLG. **22** 297 (KG.). Die für einen in Dar es Salam Angestellten vereinbarte Kolonialzulage, die nach dem Vertrage fortfällt, wenn er seinen Urlaub nicht in den Kolonien zubringt, fällt nach sinngemäßer Auslegung auch für den Fall der ungerechtfertigten Entlassung fort, wenn der Angestellte sich durch Verlassen des Schutzgebiets den ungünstigen Lebensbedingungen entzieht, die für die Vereinbarung der Kolonialzulage maßgebend waren.

7. Tantiemen und Gratifikationen. a) GewuKfmG. **17** 65 (KfmG. Breslau). Durch jahrelang regelmäßige Zahlung der Tantieme ist der Tantiemebezug vertragsmäßig geworden, auch ohne ausdrückliche Vereinbarung. b) GewuKfmG. **17** 16 (KfmG. Lichtenberg). Der im Laufe des Jahres ausgeschiedene Angestellte hat Anspruch auf Zahlung der Jahresgratifikation, da diese vorwiegend Gegenleistung für geleistete Dienste ist.

8. Trinkgeldzwang? Hausmeister, NaumburgAK. **11** 71. Eine Verpflichtung zur Zahlung von Trinkgeld in Hotels besteht nicht. Weder wird ein selbständiger Vertrag geschlossen, wie z. B. Oertmann insbesondere hinsichtlich des Hausdieners annimmt, noch ist mit Josef, R. **07** 167, eine stillschweigende Abtretung seitens des Gastwirts an die Angestellten anzunehmen. Vgl. JDR. **4** § 612.

9. Abs. 2. Höhe der Vergütung. a) Die Gebührenordnungen für Anwälte als Taxen? α. **RG.** III. **75** 98 ff., BadRpr. **11** 247, R. **11** Nr. 982. Die reichs- und landesgesetzlichen Gebührenordnungen für Rechtsanwälte sind keine Taxen im Sinne des § 612 BGB., weil als solche immer nur Bestimmungen des bürgerlichen, nicht aber solche des öffentlichen Rechtes in Betracht kommen können (**RG. 68** 197). Vgl. oben § 611 Nr. V 9 c α, β. β. GewuKfmG. **17** 58 (GG. München). Bei Wochenlohn ist der Teillohn für einen Tag vorliegend unter Zugrundelegung von sechs Tagen zu berechnen. Die Sonntage, an denen im Schneidergewerbe gegen besondere Vergütung gearbeitet wird, sind eine Ausnahme. **b)** Honorar der Ärzte s. § 611 Nr. IV 2. **c)** Gleichstellung der städtischen Oberlehrer mit den staatlichen. α. OLG. **22** 301, R. **11** Nr. 2532 (Hamburg). Durch den Anstellungsvertrag zwischen einem Oberlehrer und einer Stadtgemeinde, die in ihrem Ausschreiben erklärt hatte „Das Einkommen regelt sich nach dem Normaletat nebst Nachträgen" ist dem Lehrer völlige und dauernde Gleichstellung mit den staatlichen Oberlehrern zugesichert. Er hat Anspruch auf Nachzahlung der höheren durch die neue Besoldungsordnung (G. vom 26. Mai 1909) mit Rückwirkung seit 1. April 1908 eingeführten Dienstbezüge. — Ebenso β. OLG. **21** 183 (KG.), γ. OLG. Düsseldorf (9. 12. 10) und δ. OLG. Hamm (29. 10. 10). ε. PosMSchr. **11** 106 (Königsberg). Der Anspruch auf Gleichstellung kann sich nicht aus dem Gesetze, sondern nur aus den Anstellungsbedingungen ergeben.

10. Ungerechtfertigte Bereicherung wegen Ausbleibens der Entschädigung. **RG.** IV. WarnE. **11** 303 Nr. 267. Begründeter Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, weil die von den Parteien zum Vertragsinhalte gemachte Voraussetzung, daß der Beklagte die Klägerin letztwillig oder sonst für ihre Dienstleistungen entschädigen würde, nicht erfüllt worden ist.

§ 613. 1. SeuffA. **66** 444, R. **11** Nr. 2856 (Hamburg). Die Unübertragbarkeit des Anspruchs auf Dienste gilt bei Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften (Universalsukzession) nicht. Doch kann durch die Fusion für den Dienstverpflichteten ein wichtiger Grund zur sofortigen Kündigung gegeben sein. Vgl. § 626 Nr. II 3.

2. GewuKfmG. **16** 344/345 (GG. und LG. Stettin). § 613 gilt auch für das Lehrlingsverhältnis. Der Musikerlehrling ist nur in beschränktem Maße verpflichtet, in der Kapelle eines anderen Musikers mitzuspielen. (Nur in der Nähe und nur bei einem gleich guten Musikmeister.)

§ 616. *Saeger, Aus dem Theaterrechte, BraunschwZ. **58** 138 (s. Literatur zu § 611). Ist der Schauspieler für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden am Auftreten verhindert, so kann er neben der Gage auch das „garantierte" Spielgeld verlangen, da der § 616 auch zutrifft, wenn die Vergütung nicht nach Zeitabschnitten, sondern je für die besondere Leistung bemessen ist (Neumann, Handausgabe Anm. 3 zu § 616). — Vgl. ferner §§ 611 Nr. IX 2, 618 Nr. 6 b, 626 Nr. II 1 b, 634 Nr. 3, 644.

§ 618. 1. Ist § 618 ein Schutzgesetz (§ 823 Abs. 2)? OLG. Braunschweig JDR. **9** Nr. 1 b jetzt auch OLG. **22** 299.

2. Beschaffung der Geräte. Wieweit besteht eine Verpflichtung des Dienstberechtigten, für die Ausrüstung der

Angestellten gegen Betriebsgefahr zu sorgen? a) **RG.** III. JW. **11** 727, HansGZ. **11** Beibl. 311, R. **11** Nr. 2857. Ob der Dienstberechtigte Vorrichtungen und Gerätschaften zu beschaffen hat, das ist nicht nach § 618, sondern nach der Natur der Dienste mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 242) zu entscheiden. Der Dienstverpflichtete muß nicht, soweit es die Natur der Dienstleistung gestattet, vor jeder Gefahr geschützt werden. In einem gewissen Umfange muß sich der Dienstverpflichtete selbst schützen. Eine Unterlassung des Dienstberechtigten liegt nur vor, wenn er nach den Anforderungen eines ordnungsmäßigen Verkehrs zur Beschaffung verpflichtet war. Die Annahme des OLG. Hamburg (unten b), daß unter Berücksichtigung der Umstände, der Art und Größe der Gefahr und der Eigenschaften, die die hamburgische Zollverwaltung von ihren Beamten voraussetzen durfte, von ihr die Beschaffung von Filzschuhen, Gummisohlen oder ähnlichem zur Benutzung bei Winterglätte nicht verlangt werden konnte, ist nicht zu beanstanden. **b)** OLG. **23** 41, HansGZ. **11** Beibl. 14 (Hamburg) hatte die Verpflichtung zur Beschaffung von Filzschuhen oder ähnlichem mit den oben zu a referierten Ausführungen verneint.

3. **RG.** III. R. **11** Nr. 1922. Wird ein Gegenstand, der dem Dienstverpflichteten überlassen ist, im Laufe der Benutzung schadhaft, so ist es Sache des Dienstverpflichteten, den Dienstherrn darauf aufmerksam zu machen. Das gleiche gilt aber nicht, wenn der Mangel von Anfang an vorhanden und auch für den Dienstherrn offensichtlich ist. Der Dienstherr muß mit dem Leichtsinne seiner Leute rechnen und deshalb selbst dafür sorgen, daß sie gegen Gefahr für Leib und Leben geschützt sind.

4. HansGZ. **11** Beibl. 193 (Hamburg). Der Dienstherr haftet für den Sturz des Dienstmädchens durch ein Oberlicht, das sich im Fußboden eines von ihr mitzubenutzenden Raumes befindet. Die Fahrlässigkeit des Dienstherrn besteht darin, daß er die Gefährlichkeit des durch die Benutzung des Raumes geschaffenen Zustandes nicht abstellte oder daß er die Gefährlichkeit nicht erkannte, obgleich er sie hätte erkennen können und müssen. Der Anspruch beruht vorliegend nur auf dem Dienstvertrage, nicht auf unerlaubter Handlung. — Mitschuld des Dienstmädchens nach § 254, da sie ohne Anlaß über das Oberlicht wegschritt.

5. HansGZ. **11** Beibl. 219 (Hamburg). Haftung des Theaterunternehmers für Sicherungsvorrichtungen für den Fall, daß Arbeiter den Heizraum zu betreten haben. Löcher, in die heißes Wasser vom Kessel eindringt, müssen verdeckt oder umfriedigt werden, wenn außer dem Heizer selbst noch andere aus dem Heizraum etwas zu holen haben.

6. Anwendung beim Bühnenengagementsvertrag. **a)** Vgl. oben § 611 Nr. IX. **b)** *Saeger, Aus dem Theaterrechte, BraunschwZ. **58** 107 (s. Literatur zu § 611). Bei „Stargastspielen" könnte dem nur für Dienstverträge geschaffenen § 618 BGB. im Interesse des gastierenden Sternes auch für dessen Werkvertrag die Möglichkeit der Anwendung durch § 242 BGB. gegeben werden, — ohne daß der Vertrag dadurch Dienstvertrag würde. Vgl. ferner §§ 611 Nr. IX 2, 616, 626 Nr. II 1 b, 634 Nr. 3, 644.

§ 624. R. **11** Nr. 2858 (KG.). Wirksam kann erst nach Ablauf von fünf Jahren gekündigt werden.

§ 625. *Klein, SeuffBl. **11** 518. Die Fortsetzung des Dienstverhältnisses durch den Verpflichteten nach dem Ablaufe der Dienstzeit wirkt auch dann, wenn der Dienstberechtigte und der Verpflichtete geschäftsunfähig sind.

§ 626. Literatur: Elster, Unmöglichkeit oder Vertragsbruch? GewuKfmG. **16** 422—423. — Krönig, Die Unmöglichkeit der Leistung bei dem gewerblichen Dienstverhältnis. GewuKfmG. **16** 351—352.

I. Allgemeines. 1. Zwingende Natur der Vorschrift. a) **RG.** I. 15. 2. 11, **75** 234, JW. **11** 408 Nr. 26, SeuffA. **66** 314, HansGZ. **11**

Hptbl. 150, LeipzZ. **11** 383, DJZ. **11** 706, R. **11** Nr. 1531. § 626 hat absoluten Charakter. Es ist unzulässig, das Kündigungsrecht aus wichtigen Gründen im voraus auszuschließen oder zu beschränken. Die Vereinbarung kann nur als Moment bei der Entscheidung über die Frage der Wichtigkeit in Betracht gezogen werden. **b**) Unzulässige Beschränkung. **RG.** I. 15. 2. 11, **75** 234, JW. **11** 408 Nr. 26, SeuffA. **66** 314, HansGZ. **11** Hptbl. 150, LeipzZ. **11** 383, DJZ. **11** 706, R. **11** Nr. 1533. Es ist unzulässig, das Kündigungsrecht dadurch zu erschweren, daß Vermögensnachteile (hohe Vertragsstrafen) an die Ausübung des Rechtes geknüpft werden. **c**) **RG.** I. 2. 1. 11, LeipzZ. **11** 305 Nr. 3, GewuKfmG. **16** 349 Nr. 52, WarnE. **11** 187, R. **11** Nr. 1116. Das Dienstverhältnis kann, obwohl einzelne Kündigungsgründe vertragsmäßig festgesetzt sind, auch aus anderen wichtigen Gründen fristlos gekündigt werden. Auf das Recht, aus wichtigem Grunde zu kündigen, kann im voraus nicht verzichtet werden.

2. Verhalten vor Abschluß des Vertrags als Kündigungsgrund. **RG.** I. LeipzZ. **11** 853 Nr. 4, HoldheimsMSchr. **11** 307, R. **11** Nr. 2861. Es besteht kein Rechtssatz, daß der Prinzipal früheres vor dem Abschlusse des Vertrags gelegenes Verhalten des Angestellten, welches er bei sorgfältiger Nachforschung in Erfahrung hätte bringen können, nur dann als wichtigen Kündigungsgrund geltend machen dürfe, wenn es eine besonders schwere Verfehlung darstelle. Dieser Satz würde darauf hinauslaufen, daß der Prinzipal für seine Nachforschung über Qualifikation und Vorleben des Angestellten durch eine Beschränkung seines Kündigungsrechts bestraft werden soll. Für diese Auffassung bietet das Gesetz keinen Raum. Eine andere Frage wäre, ob etwa die früheren Fälle mit Rücksicht auf die längere Vergangenheit so viel von ihrer Bedeutung verloren haben, daß sie nicht mehr als wichtige Gründe gelten könnten.

3. Verhalten nach der Entlassung als wichtiger Grund. **RG.** III. 31. 1. 11, WarnE. **11** 188, GewuKfmG. **16** 348 Nr. 51, R. **11** Nr. 1530. Auch Tatsachen, die nach der einseitigen Entlassung liegen, können als wichtige Gründe zur fristlosen Kündigung verwertet werden. Der entlassene Angestellte ist verpflichtet, sich vertragsmäßig zu halten, solange er das Fortbestehen des Vertrags für sich in Anspruch nimmt. Diese Pflicht hört nicht dadurch auf, daß der Dienstherr dies Fortbestehen leugnet und ihm die Vertragserfüllung unmöglich macht. Eine andere Frage ist, ob nicht dadurch, daß infolge dieses Bestreitens des Fortbestehens die Parteien sich in einem „Kampfverhältnisse" befanden, das seitens des Entlassenen gefallene scharfe Wort einer milderen Auffassung unterliegt, auf Grund deren ihm die Eigenschaft eines wichtigen Grundes abgehen würde.

4. Verhalten des Dienstherrn nach der Entlassung des Angestellten. **RG.** III. WarnE. **11** 188, GewuKfmG. **16** 348 Nr. 51. Der beklagte Dienstherr hat selber durch sein Verhalten kundgegeben, daß er der beleidigenden Äußerung, um deretwillen die Entlassung erfolgt war, nicht die Bedeutung eines wichtigen Grundes beimißt. Denn er hat später den Kläger telegraphisch aufgefordert, bei ihm in Dienst zu treten, und verwahrt sich dagegen, daß diese Aufforderung nicht ernstlich gemeint gewesen sei. Jedenfalls hat er hiermit erklärt, daß er nicht auf dem Standpunkte stehe, es könne ihm ein Vertragsverhältnis zu dem Kläger nicht zugemutet werden.

5. Anspruch aus § 324. OLG. **22** 209 (Naumburg). Der grundlos Entlassene hat drei Tage nach der Entlassung eine Aufforderung des Dienstherrn, zu ihm zu kommen, mit den Worten abgelehnt, er habe keine Zeit dazu, wenn der Dienstherr etwas wolle, solle er zu ihm kommen. Die Weigerung war rechtmäßig. Durch die Entlassung ist die Pflicht des Entlassenen aus dem Dienstvertrage beseitigt und der Schadensersatzanspruch aus § 324 begründet worden. An die Stelle dieses An-

spruchs kann der Dienstherr nicht einseitig wiederum eine Verpflichtung des anderen Teiles zu Dienstleistungen setzen.

6. a) Krönig, GewuKfmG. **16** 351—352. Die Entscheidung des GG. Chemnitz, GewuKfmG. **15** 224, welche bei vertragswidrigem Verhalten des Angestellten Unmöglichkeit der ferneren Dienstleistung annimmt und dem Dienstherrn gemäß § 325 BGB. das Rücktrittsrecht gewährt, ist mit dieser Begründung nicht haltbar. Denn es wird nicht die Leistung, sondern deren Annahme unmöglich gemacht. Doch ist der Angestellte wegen der in seinem Verhalten liegenden positiven Vertragsverletzung schadensersatzpflichtig. Der Dienstherr kann demnach dem Angestellten erklären, daß er ihn nicht weiter beschäftigen könne und gegen seine etwaige Gehaltsforderung mit der Schadensersatzforderung aufrechnen werde. Der Schaden besteht darin, daß ihm die Annahme der Leistung des Schuldners unmöglich gemacht ist und er gleichwohl zur Leistung angehalten werden soll. **b)** Elster, Gew. uKfmG. **16** 422—423, hält es ebenfalls für wünschenswert, die fehlerhafte und lückenhafte Gestaltung des § 123 GewO. durch Fortbildung der Rechtsprechung auszubessern. Dies geschieht am besten durch die Aufstellung des allgemeinen Satzes, daß ein Rücktritt vom Vertrage bei jeder groben Vertragsverletzung statthaft ist. Als höherer Begriff über den einzelnen Fällen der §§ 123, 124 GewO. steht der juristische Begriff des Kontraktbruchs.

II. Wichtige Gründe im einzelnen. 1. Beim Bühnenengagementsvertrage. a) Verheiratung einer Bühnenkünstlerin. **RG.** III. JDR. **9** Nr. II a jetzt auch SeuffBl. **11** 27, SeuffA. **66** 91. **b)** *Saeger, Aus dem Theaterrechte BraunschwZ. **58** 136 (s. Literatur zu § 611). „Kaltstellung" eines Schauspielers gibt neben dem Klagerechte auf angemessene Beschäftigung (s. § 611 Nr. IX 2) einen „wichtigen Grund" ab, wegen dessen ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden könnte. — Dagegen ist die Heirat einer engagierten Künstlerin kein solcher „wichtiger Grund", wenigstens nicht für die Künstlerin; jedenfalls ist aber eine Kündigung aus dem Grunde der Verheiratung der Künstlerin unstatthaft, wenn sie vertraglich ausgeschlossen ist; solcher vertraglicher Ausschluß ist rechtsgültig und verstößt nicht etwa gegen die guten Sitten. Für den Bühnenleiter dürfte jedoch die Heirat der Schauspielerin die sofortige Lösung des Vertrags rechtfertigen, es sei denn, daß der Bühnenleiter die Einwilligung zu einer Heirat gegeben hat. Vgl. ferner § 611 Nr. IX 2, 616, 618 Nr. 6 b, 634 Nr. 3, 644.

2. Verfehlungen höherer Beamter von Aktiengesellschaften. a) **RG.** I. **75** 234, JW. **11** 408 Nr. 26. Es ist ein wichtiger Grund, wenn das Vorstandsmitglied einer AG. mit dieser durch eine vorgeschobene Person Spekulationsgeschäfte macht, so daß die Spekulation eine dem Interesse der AG. entgegengesetzte Tendenz hat. **b)** **RG.** I. HoldheimsMSchr. **11** 280. Die Tatsache, daß der Generaldirektor einer AG. in einer Generalversammlung bewußt unwahre Angaben bezüglich der Unterlassung von Abschreibungen auf ein bestimmtes Konto abgegeben hat, bildet einen wichtigen Grund zu seiner Entlassung, auch wenn das Motiv kein eigennütziges, sondern der Wunsch eines glatten Verlaufs der Generalversammlung war.

3. Fusion von Gesellschaften. SeuffA. **66** 444, R. **11** Nr. 2856 (Hamburg). Wird die Aktiengesellschaft, bei welcher der Angestellte beschäftigt ist, mit einer anderen Aktiengesellschaft fusioniert (Universalsukzession), so kann dies für den Dienstverpflichteten ein Grund zur sofortigen Kündigung sein (vgl. § 613 Nr. 1). Das wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn seine dienstliche Stellung durch die Fusion eine Änderung erfährt, wenn z. B. der bisherige selbständige Betriebsleiter den Weisungen des Leiters der übernehmenden Gesellschaft fortan folgen muß.

4. „Anhaltende Krankheit" als Grund zu sofortiger Entlassung. KorrespAltKaufm. Berlin **34** 104 enthält eine Zusammenstellung der Judikatur über diese Frage.

5. Unwahrhaftes Benehmen im Privatleben. HansGZ. **11** Beibl. 175 (Hamburg) erörtert, inwieweit ein unwahrhaftes Benehmen im Privatleben (Eintragung ins Hotelfremdenbuch unter einem falschen Namen, aus „Marotte") einen Geschäftsherrn zur Dienstentlassung des Angestellten berechtigt.

6. Weitere Einzelfälle. **a**) R. **11** Nr. 2859 (Hamburg). Als ein wichtiger Grund zur Entlassung eines von der Beklagten nach Afrika geschickten Angestellten kann es nicht angesehen werden, wenn der Angestellte, selbst entgegen dem Verbote des Prinzipals, seine Frau nach Afrika nachkommen läßt. **b**) SchlHolstAnz. **11** 229 (Kiel). Berechtigter Rücktritt des Bauherrn von dem mit einem Architekten geschlossenen Vertrag (s. § 611 Nr. I 1 b) auf Grund der Tatsache, daß der Architekt sich Schmiergelder von den Lieferanten zahlen läßt. **c**) OLG. **22** 299, R. **11** Nr. 2541 (Naumburg). Kein Entlassungsgrund das allerdings anstößige Verhalten des Molkereiverwalters, der, ein verheirateter Mann, sich mehrere Male mit einer Arbeiterin getroffen und mit ihr umarmt hat. Denn das Verhalten ist nicht derart, daß es geeignet wäre, seine Autorität bei den Untergebenen zu erschüttern. **d**) OLG. **22** 300, R. **11** Nr. 2539 (Marienwerder). Wenn der Gutsverwalter den Befehlen des Dienstberechtigten lediglich deshalb entgegenhandelt, weil er die von ihm selbst getroffenen Maßnahmen für zweckmäßiger hielt, so liegt hierin keine grobe Widersetzlichkeit, die eine ersprießliche Fortsetzung des Dienstverhältnisses unmöglich gemacht hätte. **e**) OLG. **22** 300 (Colmar). In der Weigerung eines Bäckergesellen, über die zulässige Arbeitszeit (§ 120 e GewO., Bestimmung des Bundesrats RGBl. **96** 55) hinaus tätig zu sein, liegt kein die sofortige Entlassung rechtfertigendes vertragswidriges Verhalten (§ 123 Nr. 3 GewO.).

III. **RG.** I. 15. 2. 11, **75** 234, JW. **11** 408 Nr. 26, R. **11** Nr. 1502, DJZ. **11** 706 — in Bestätigung von OLG. Hamburg, JDR. **9** § 626 Nr. II d —. Wider die guten Sitten verstößt die Vereinbarung, daß das Vorstandsmitglied einer AG. nur dann fristlos entlassen werden kann, wenn es Handlungen begeht, die den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zur Folge haben, sonst aber in jedem Falle Anspruch auf volles Gehalt für 10 Jahre haben soll.

§ 628. 1. **RG.** III. WarnE. **11** 26, LeipzZ. **11** 303 Nr. 2. Es ist rechtlich nicht unmöglich, daß wegen der aus wichtigem Grunde erfolgten Entlassung des Angestellten dem Dienstherrn ein Schadensersatzanspruch im Sinne des § 628 zusteht und daß der Angestellte (Agent) daneben einen Anspruch auf „Entschädigung", „Vergütung" für die Provisionen aus bereits geschlossenen, noch nicht zur Ausführung gelangten Geschäften hat.

2. Unzeitige Kündigung des Anwalts vgl. § 611 Nr. V 9 a.

3. **RG.** III. JW. **11** 106 Nr. 40, LeipzZ. **11** 388 Nr. 3, WarnE. **11** 26. § 628 findet grundsätzlich auf alle Dienstverhältnisse, also in Ermangelung entgegenstehender Sondervorschriften auch auf das Agenturverhältnis Anwendung. Die allgemeinen Bestimmungen der §§ 325, 326 BGB. sind daher ausgeschlossen.

4. HansGZ. **11** Beibl. 119 (Hamburg). Anwendung von § 628 auf das Honorar des Anwalts bei Strafverteidigungen. — Wird das Dienstverhältnis vorzeitig gekündigt, so kann der Dienstverpflichtete nur einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen. — War diese bereits vorausbezahlt, so ist ein entsprechender Teil zurückzuvergüten, jedoch nur nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung, wenn die Kündigung wegen eines vom Verteidiger nicht zu vertretenden Umstandes erfolgte (§ 628 Abs. 1 Satz 3).

5. **RG.** III. **76** 367 (370), R. **11** Nr. 2862. Die Vorschrift des § 628 Abs. 2 beruht auf der Erwägung, daß die allgemeinen Grundsätze es verlangen, demjenigen Teile, der durch sein Verhalten den Grund zur Auflösung des Dienstvertrags herbeigeführt hat, die Pflicht zum Schadensersatz aufzulegen. Die Vorschrift beruht also nicht auf den Besonderheiten des Dienstvertrags. Aus ihr kann daher nicht hergeleitet werden, daß bei anderen Schuldverhältnissen z. B. bei der Miete, eine solche Schadensersatzpflicht nicht besteht.

§ 629. Bühnenengagementsvertrag vgl. § 611 Nr. IX.

§ 630. Literatur: Möllmann, Das Dienstzeugnis. Berlin 1911, Vahlen.

1. *Möllmann. a) Das Zeugnis ist nicht eine Gegenleistung für die Dienste des Angestellten, sondern die Erfüllung einer mittelbar aus dem Dienstvertrage hervorgehenden privatrechtlichen Fürsorgepflicht. Daraus folgt: α. Der Anspruch auf das Zeugnis ist in zwingender Weise gegeben und deshalb ist ein Verzicht auf das Zeugnis oder einen Bestandteil desselben — Art, Dauer, Führung, Leistungen — im voraus unwirksam; β. Unzulässigkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags; γ. kein Zurückbehaltungsrecht am Zeugnisse.

b) Das Zeugnis kann schon von der Kündigung ab verlangt werden, ganz gleich, ob der Dienstherr oder der Angestellte gekündigt hat. Bei Aufhebung des Dienstverhältnisses ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kann das Zeugnis schon mit der tatsächlichen Lösung verlangt werden, ohne Rücksicht darauf, von wem die Lösung ausgegangen ist, und ohne Rücksicht darauf, ob ein die fristlose Aufhebung rechtfertigender Grund vorliegt oder nicht.

c) Das Zeugnis kann auch noch nach der tatsächlichen wie rechtlichen Beendigung des Dienstverhältnisses gefordert werden, soweit die Ausstellung des Zeugnisses dem Dienstherrn noch zuzumuten ist. Darin, daß der Angestellte beim Austritte kein Zeugnis fordert, liegt kein bindender Verzicht.

d) Leistungen sind das Maß des aufgewendeten, durch Schulung erworbenen Könnens oder anders ausgedrückt die gezeigten Kenntnisse, Fertigkeiten, Fähigkeiten.

e) Führung ist alles, was sich nicht als durch Schulung erworbenes Können, nicht als Kenntnisse, Fertigkeiten, Fähigkeiten darstellt und die dienstliche Brauchbarkeit günstig oder ungüstig beeinflußt und im Dienste zutage tritt. Diese drei Erfordernisse müssen also zusammentreffen.

f) Bei dem Lehrlings- und Gesindezeugnisse gibt es kein Wahlrecht zwischen den einzelnen Bestandteilen des Zeugnisses. Dagegen hat bei dem Zeugnisse der §§ 630 BGB., 113 GewO., 73 HGB. der Angestellte das unbeschränkte Wahlrecht zwischen den einzelnen Bestandteilen des Zeugnisses. Es kann auch nachträglich Ausdehnung des auf ursprüngliches Verlangen nur über den einen oder anderen Bestandteil ausgestellten Zeugnisses auf andere Bestandteile gefordert werden, wie auch umgekehrt Einschränkung des ausgestellten Zeugnisses auf Bestandteile nach Wahl des Angestellten verlangt werden kann.

g) Inhalt des Zeugnisses darf nicht das sein, was nicht unter die gesetzlichen bzw. die vom Angestellten geforderten Bestandteile fällt. Deshalb darf namentlich der Entlassungs-, Austritts- oder Kündigungsgrund nur angegeben werden, wenn aus dieser Angabe das Maß der Leistungen oder die Führung erhellt. Verboten sind nicht nur positive, sondern auch negative Merkmale.

h) Es genügt nicht, daß das Zeugnis subjektiv ohne jede Böswilligkeit abgegeben ist. Vielmehr besteht ein Recht auf ein objektiv wahrheitsgemäßes Zeugnis. Deshalb müssen nicht nur die im Zeugnis aufgeführten Tatsachen richtig sein. Das Gericht muß vielmehr auch das über Führung und Leistungen abgegebene Urteil daraufhin prüfen, ob es sich deckt mit der nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ergebenden objektiven Auffassung.

i) Verlangt der Angestellte die Berichtigung des Zeugnisses, so muß der Dienstherr die Richtigkeit des erteilten Zeugnisses beweisen, denn er muß beweisen, daß er seine in der Erteilung eines richtigen Zeugnisses bestehende Leistungspflicht erfüllt hat, er muß also die Tatsachen angeben und beweisen, die ihn zu dem abgegebenen Urteile geführt haben. Soweit der Antrag des Angestellten dahin geht, ihm ein Zeugnis mit dem von ihm verlangten Inhalte zu erteilen, hat natürlich der Angestellte den Beweis für den verlangten Inhalt zu führen, da es sich hier um rechtsbegründende Tatsachen handelt.

k) Das Gericht formuliert im Urteilstenore den Wortlaut des auszustellenden Zeugnisses.

l) Das Zeugnis ist eine Wissens-, aber keine Willenserklärung. Das Urteil geht also auf Vornahme einer Handlung, die in der Abgabe einer Wissenserklärung besteht. Deshalb nicht Vollstreckung gemäß § 894 ZPO., sondern gemäß § 888 ZPO.

m) Der Zeugnisaussteller hat einen Berichtigungsanspruch, weil ein irrtümlich zu günstig ausgestelltes Zeugnis eine irrtümliche Zuvielleistung ist (§§ 812 ff. BGB.).

n) Weil das günstige Zeugnis als Empfehlung dient, haftet der Zeugnisaussteller dem neuen, durch die Unrichtigkeit eines Zeugnisses geschädigten Dienstherrn gemäß §§ 676, 826 BGB.

2. GewuKfmG. **16** 369 (KfmG. Trier). Der Prinzipal ist verpflichtet, dem Handlungsgehilfen bereits bei der Kündigung ein Zeugnis auszustellen.

3. Angabe des Entlassungsgrundes. GewuKfmG. **17** 37 (LG. Hamburg). Der Vermerk in einem Zeugnis „Austritt erfolgt im Streikwege" ist zulässig.

4. GewuKfmG. **17** 63 (LG. Magdeburg). Ein Zeugnis über Führung oder Leistungen allein kann der Arbeiter (§ 113 GewO.) nicht verlangen. Ist das Zeugnis über Führung und Leistung schlecht ausgefallen, so kann der Arbeiter das Zeugnis zurückgeben und ein anderes nur über Art und Dauer seiner Beschäftigung verlangen.

5. Eingehendes Zeugnis über die Art der Beschäftigung. OLG. Posen, IDR. **9** Nr. 2 jetzt auch GewuKfmG. **16** 273, hier als OLG. Marienwerder 8. 7. 10 bezeichnet.

6. Verzicht auf das Zeugnis? OLG. **22** 304 (KG.). Ein Vorausverzicht ist nichtig. Ein nachträglicher, d. h. nach Ablauf der Vertragsdauer und nach beiderseitiger Erfüllung ausgesprochener Verzicht ist wirksam, aber streng auszulegen. Der Dienstpflichtige verliert den Anspruch auf Zeugniserteilung nicht schon dadurch, daß er ihn nicht bei Beendigung des Dienstverhältnisses oder alsbald nach Beendigung oder innerhalb angemessener Zeit geltend macht. Aber auch ein ausdrücklicher Verzicht wird in der Regel nur den Sinn haben, daß gegenwärtig ein Bedürfnis für ein Zeugnis nicht bestehe, und wird dem Dienstpflichtigen den Anspruch nicht für alle Zukunft nehmen.

7. Berichtigung. OLG. **23** 43 (Düsseldorf). Der Zeugnisaussteller, der nachträglich entdeckt, daß das Zeugnis unrichtig sei, hat keinen Anspruch und keine Verpflichtung, dieses zurückzufordern oder dem Angestellten ein anderes Zeugnis oder eine Berichtigung zuzusenden.

8. Haftung aus unrichtigem Zeugnisse. OLG. **23** 42 (KG.). Keine Haftung aus § 826 dem neuen Dienstherrn gegenüber, weil der Zeugnisaussteller ein gutes Zeugnis erteilte, obwohl er den Verdacht einer Unterschlagung des Angestellten hatte, oder weil er die Berichtigung unterließ, nachdem er nachträglich von der Unterschlagung Kenntnis erhalten hatte.

9. OLG. **22** 303, R. **11** Nr. 2542 (Rostock). Entsprechende Anwendbarkeit auf den Privatforstlehrlingsvertrag.

Siebenter Titel. Werkvertrag.

Vorbemerkung:

I. Zu § 631.

1. Daß der Verlagsvertrag im allgemeinen — abgesehen von den Fällen des § 47 VerlG. — nicht Werkvertrag ist und der Verjährungsbestimmung des § 638 daher nicht unterliegt, ergeben zwei Entscheidungen des RG. II, § 631 Nr. I 6a, b, § 638 Nr. VII.

2. Gegen die herrschende Meinung legt Elster mit guten Gründen dar, daß bei Beiträgen für Sammelwerke und Hilfsarbeiten nicht stets, sondern nur unter den Voraussetzungen des § 47 Abs. 1 VerlG. ein Werkvertrag vorliegt, § 631 Nr. I 6c.

II. Zu § 632.

Die prinzipiell wichtige Entscheidung des RG. VII 23. 12. 10 legt dar, unter welchen Voraussetzungen Vergütung für Entwürfe und ähnliche Vorarbeiten zu einem Bauwerk oder einem Werke der bildenden Kunst beansprucht werden kann, Nr. II 1. (Dort ist auch auf die Fragestellung hingewiesen, welche sich aus dieser den Architekten günstigen Entscheidung ergibt).

III. Zu § 648.

Das Verhältnis des § 648 zum BauforderG. wird in einer ausführlichen Arbeit von Höchtl behandelt.

§ 631. Literatur: Elster, Der Bestellungsvertrag im Verlagsrecht. Gew. RSchutz **11** 129—136.

I. Abgrenzung von anderen Rechtsgeschäften. 1. Vertrag mit Landmesser ist Werkvertrag. OLG. **22** 293 β, R. **11** Nr. 2543 (Marienwerder). Der Landmesser, der die Vermessung eines Gutes und die Anfertigung der zur Parzellierung dem Katasteramt einzureichenden Arbeiten übernimmt, hat für einen Erfolg einzustehen, der durch immaterielle Leistungen technischer und wissenschaftlicher Art erzielt wird (JW. **05** 484). Daran ändert es nichts, daß die Vergütung nach Zeitmaß (Tagegeldern u. dgl.) vereinbart ist.

2. Vertrag mit Architekten. Vgl. oben § 611 Nr. I 1.

3. Bohrvertrag. RG. III. JW. **11** 756 Nr. 11. Der Vertrag, durch welchen der Klägerin die Bohrung zu festen Preisen im Akkord übertragen worden ist (Klägerin leistet für die planmäßige Durchführung Gewähr und garantiert für die Erreichung einer bestimmten Teufe, auf ihre Gefahr gehen alle Schwierigkeiten und Unfälle, sie stellt die Bohranlage und Maschinen, sie trägt alle Arbeitslöhne und die Kosten sowie die Schäden am Bohrgeräte, das Bohrhonorar wird nach Maßgabe der erbohrten Meter bezahlt), ist Werkvertrag, nicht Dienstvertrag.

4. Bühnenengagementsvertrag vgl. § 611 Nr. IX.

5. Ausbildung im Gesange. OLG. **22** 295, R. **11** Nr. 2544 (Hamburg). Der Vertrag, eine Dame vollständig im Opern- und Konzertgesang auszubilden, ist ein Werkvertrag. Bei mangelhafter Erfüllung Minderung (vgl. § 634 Nr. 2).

6. Verlagsvertrag. § 47 VerlG. a) RG. I. **74** 359, JW. **11** 94, LeipzZ. **11** 148 Nr. 45, NaumburgAK. **11** 65, R. **11** Nr. 314. Der Verlagsvertrag ist nicht Werkvertrag, mag er immerhin viel Ähnlichkeit mit ihm haben. Selbst in dem Falle, daß der Vertrag über ein erst noch herzustellendes Schriftwerk geschlossen wird, ließe sich gar nicht sagen, welche Partei der Besteller und welche der Unternehmer im Sinne der Bestimmungen des BGB. sein würde. Vielmehr handelt es sich um einen selbständig geregelten Vertrag eigener Art. Demnach auch § 638 nicht anwendbar. b) RG. I. Holdheims MSchr. **11** 282. Fehlt die Verpflichtung des Verlegers, das in Verlag genommene Werk zu vervielfältigen und zu verbreiten,

so liegt kein Verlags-, sondern ein Werkvertrag vor. Wird ein Vertrag ausdrücklich auf § 47 VerlG. gestützt, so zwingt dies zu der Auslegung, daß ein Verlagsvertrag nicht vorliegt. c) Beiträge für Sammelwerke und Hilfsarbeiten. Elster, GewRschutz **11** 129—136. Die herrschende Meinung, welche in den Fällen des § 47 Abs. 2 VerlG. (Beiträge für Sammelwerke oder Hilfsarbeiten) stets einen Werk- und nie einen Verlagsvertrag annimmt, ist unrichtig. Vielmehr ist mit Streißler und OLG. Dresden anzunehmen, daß bei Sammelwerken „den Urhebern der einzelnen Beiträge das Vervielfältigungsrecht nur unter denselben Voraussetzungen zu versagen ist" (also das Vorliegen eines Verlagsvertrags zu verneinen ist), „unter denen dies der erste Absatz des § 47 bei anderen Werken tut", nämlich unter der Voraussetzung, daß ihnen nicht nur durch einen Plan der Inhalt des ganzen Unternehmens, sondern auch die Art und Weise der Behandlung vorgeschrieben wird (vgl. GewRschutz **10** 208, 242, 350). Ist dies nicht der Fall, so liegt auch in den Fällen des Abs. 2 ein Verlagsvertrag vor. Diese Auslegung liegt in der ratio des Gesetzes, im Begriffe des Verlagsvertrags, in der Verkehrssitte und in den wirtschaftlichen Grundsätzen des Verlagsrechts begründet.

II. Rechte und Pflichten beim Werkvertrage. 1. Sorgfaltspflicht des Unternehmers. a) **RG.** VII. WarnE. **11** 181. Hat ein Unternehmer es unternommen, eine Anlage zu einer elektrischen Beleuchtung an einem Hause anzubringen, dessen Zustand besondere Vorsicht erforderte, und hat sein Angestellter durch unvorsichtiges Umgehen mit der Lötlampe einen Brand verursacht, so hat der Unternehmer den Schaden als in der Vertragserfüllung zugefügt zu vertreten. Wegen Verjährung vgl. § 638 Nr. V 2. b) Bewachungspflicht während der Herstellung. OLG. **22** 307 (München). Wer die Bearbeitung einer fremden Sache oder die Herstellung einer Vorrichtung daran übernimmt, hat nicht nur das Werk mangelfrei herzustellen, sondern muß auch die ihm anvertraute Sache während der Ausführung seiner Arbeit und solange er sie in Gewahrsam hat, sorgsam behandeln und vor Beschädigungen schützen. Die bei Vernachlässigung dieser Pflicht entstehende Schadensersatzpflicht hat mit dem Anspruch aus § 635 nichts zu tun und verjährt nicht nach § 638, sondern nach 30 Jahren. So haftet der Hufschmied dafür, daß sich das Pferd zwischen der Abnahme der alten und der Anbringung der neuen Hufeisen durch liegengebliebene Nägel verletzt hat.

2. Erfüllungsort. OLG. **22** 311 v (Celle). Der Ort, wo der zu liefernde Bau errichtet wird, ist in der Regel einheitlicher Erfüllungsort für sämtliche Verpflichtungen. Dies läßt sich auch aus § 641 entnehmen.

3. Beförderungsverträge (s. JDR. **9** Nr. III 1, **8** Nr. IV 2, **7** Nr. IV 1, **6** Nr. 5 e, **5** Nr. 14 a, **4** Nr. 2, **2** Nr. 5 a). a) Wer ist Besteller beim Personenbeförderungsvertrage? OLG. **23** 45 (KG.). Die in den öffentlichen Verkehr gestellten Fuhrwerke sind, wenn sich eine Mehrheit von Fahrgästen zur Benutzung einfindet, dazu bestimmt, diese gemeinsam zu befördern. Wird dabei bestimmt ausgedrückt oder ist aus den Umständen hinreichend erkennbar, daß von ihnen nur einer als Vertragschließender auftritt oder als solcher ausschließlich von dem Kutscher behandelt wird, so hat es dabei sein Bewenden. Trifft dies nicht zu, so muß im Zweifel aus der gleichmäßigen gemeinschaftlichen Benutzung des Fuhrwerkes gefolgert werden, daß jeder für sich als Fahrgast zu gelten hat und mithin als Gesamtgläubiger der Beförderungsleistung i. S. des § 428 ist. b) Pflicht, für sicheren Zu- und Abgang zu sorgen. **RG.** I. JW. **11** 360 Nr. 7. Die Pflicht jeder Transportanstalt, für sicheren Zu- und Abgang der Fahrgäste zu sorgen, beschränkt sich auf die Stationen, für die sie Beförderungsverträge abschließt, und besteht nicht für solche, welche keine fahrplanmäßigen Anlegestellen sind. Vgl. § 254 Nr. III 3. c) Frachtvertrag. OLG. **22** 309 (Hamburg). Obwohl der

Kläger für den vereinbarten Frachtsatz das Holz in einem bedeckten Kahne zu transportieren hatte, aber einen ungedeckten Kahn verwendet hat, liegt eine mangelhafte Vertragserfüllung nicht vor, da das Holz auch im ungedeckten Kahne auf eine im Endergebnis ebensowenig zu beanstandende Weise wie bei Verwendung eines gedeckten Kahnes befördert und abgeliefert worden ist; das Ergebnis entscheidet.

III. **RG.** I. WarnE. **11** 182. Annahme des Werkes als Erfüllung mit der Wirkung, daß der Anspruch auf die Vertragsstrafe ausgeschlossen ist, vgl. § 341 Nr. 2 c.

§ 632. I. Stillschweigende Vereinbarung. Verpflichtung ex lege. **RG.** VII. GruchotsBeitr. **55** 936 (942), WarnE. **11** 120, R. **11** Nr. 988. Die Anwendung des § 632 erfordert nicht den Nachweis eines, wenn auch unausgesprochen gebliebenen, Parteiwillens, vielmehr gilt die Entgeltlichkeit kraft Gesetzes als gewollt, wenn objektiv nach den Umständen des Falles die Herstellung des Werkes nur gegen eine Vergütung erwartet werden konnte. Die Üblichkeit braucht den Beteiligten daher nicht bekannt gewesen zu sein.

II. Vergütung für Entwürfe und ähnliche Vorarbeiten zu einem Bauwerk oder einem Werke der bildenden Kunst. 1. **RG.** VII. 23. 12. 10, GruchotsBeitr. **55** 936, WarnE. **11** 120, R. **11** Nr. 985—987. Die Frage, ob für Vorarbeiten, wenn der Verfertiger derselben den Auftrag zur Herstellung des betreffenden Werkes nicht erhalten hat, beim Mangel einer ausdrücklichen Abrede über ihre Vergütung eine solche beansprucht werden kann, ist nicht allgemein, sondern nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden. Es kommt zunächst darauf an, ob es in der Absicht der Beteiligten lag, die Herstellung der Vorarbeiten überhaupt zum Gegenstand eines Vertrags zu machen oder ob nicht der Künstler die Vorarbeiten lediglich freiwillig und nur in seinem eigenen Interesse, um den anderen zur Auftragserteilung willig zu machen, hergestellt hat. Liegt ein Vertrag vor, so ist er, Entgeltlichkeit vorausgesetzt, ein Dienst- oder Werkvertrag. Rechtlich bedeutungslos ist hierfür, ob die Entwürfe beim Abschlusse des Vertrags bereits fertig vorrätig gewesen sind. Ebensowenig ist es für die Frage, ob es zum Abschluß eines Vertrags gekommen ist, von Bedeutung, ob der Künstler bei der Anfertigung der Entwürfe zugleich den Zweck verfolgt hat, den anderen dadurch zur Erteilung des Auftrags an ihn geneigt zu machen und ihm die Entschließung darüber zu ermöglichen. Hinsichtlich der Entgeltlichkeit — welche vorliegend angenommen worden ist — hat das BerG. mit Recht erwogen, daß es sich um einen Künstler von Ruf handelte, sowie daß der Entwurf zu einem monumentalen, künstlerischen Grabdenkmal einen überaus wesentlichen Teil des zu schaffenden Werkes darstellt. Ebenso ist auf die in derartigen Fällen bestehende Üblichkeit Rücksicht genommen worden. ➸ Hiernach ergibt sich folgende Fragestellung: Verfolgt der Künstler lediglich den Zweck, den Kunden zur Erteilung des Auftrags an ihn zu veranlassen, oder verfolgt er diesen Zweck nur zugleich mit dem anderen Zwecke, jenem schon durch die Entwürfe dienstbar zu sein? Im ersten Falle hat der Künstler keinen Anspruch auf Vergütung. Red. ⟵

2. **RG.** VII. DJZ. **11** 1501. Anspruch auf Bezahlung von „vorläufig kostenlos" ausgearbeiteten Projekten, wenn die projektierten Anlagen dem Unternehmer nicht übertragen oder nicht ausgeführt werden.

3. Keine Bezahlung für Möbelzeichnungen. Gegen die Eisenacher Ordnung. OLG. Hamburg JDR. **9** Nr. I 2 c jetzt auch OLG. **22** 147.

4. ElsLothJZ. **11** 74 (Colmar) billigt den Anspruch auf Bezahlung der Entwürfe und Kostenanschläge für ein Werk zu, dessen Herstellung der Firma nicht übertragen worden ist. Die wirtschaftliche Entwickelung drängt dahin, daß die Zahlung einer Vergütung für nicht ausgeführte Entwürfe wenigstens insofern als der Billig

keit entsprechend angesehen wird, als es sich nicht bloß um die Aufforderung zur Einreichung von Kostenanschlägen und Entwürfen, sondern um die Aufforderung zur Herstellung eines Werkes handelt; als solches ist die Lieferung eines vollständigen Wasserentnahmeprojekts aus dem Rheine anzusehen.

5. KGBl. **11** 36 (LG. II Berlin). Vergütung für Fertigung eines Kostenanschlags eines Handwerkers.

III. Abs. 2. BadRpr. **11** 169 (Karlsruhe). Die sog. Berliner Norm für Architekten ist ein einseitiger Tarif, der nur gilt, wenn sich der Besteller ihr unterworfen hat.

§ 633. Literatur: Eger, Zur Frage der Anwendbarkeit des § 460 BGB. auf den Werkvertrag. SächsRpflA. **11** 330 f.

Eger befürwortet de lege ferenda die Anwendbarkeit des § 460 auf den Werkvertrag auszudehnen.

§ 634. 1. SächsRpflA. **11** 219 (Dresden). In der Erklärung des Bestellers, er trete nach § 326 zurück, liegt das Verlangen nach Wandelung gemäß dem richtigerweise anwendbaren § 634.

2. OLG. **22** 295 (Hamburg). Da der Werkvertrag betreffend die vollständige Ausbildung der Beklagten im Opern- und Konzertgesang insofern mangelhaft erfüllt ist, als die Beklagte nur instand gesetzt ist, als Konzertsängerin gegen Entgelt aufzutreten, so ist Minderung der Vergütung um die Hälfte begründet.

3. *Saeger, Aus dem Theaterrecht, BraunschwZ. **58** 107 (s. Literatur zu § 611). Bei „Stargastspielen", die als Werkverträge aufzufassen sind, wäre eine angemessene Minderung der vereinbarten Vergütung möglich, wenn der „Gast" mangelhaft sein Werk geliefert hätte, also vielleicht „indisponiert" gewesen wäre. Vgl. ferner §§ 611 Nr. IX 2, 616, 618 Nr. 6 b, 626 Nr. II 1 b, 644.

§ 635. 1. Nachbesserungsanspruch neben Schadensersatz. Garantieversprechen. **RG.** VII. WarnE. **11** 189, R. **11** Nr. 1118 und 1117. Ob der neben dem Schadensersatzanspruche gesetzliche (§ 633 Abs. 2) Nachbesserungsanspruch auch in einem Falle ausgeschlossen ist, wo die Fristsetzung mit der vorgeschriebenen Erklärung gar nicht erforderlich war (§ 634 Abs. 2) und auch nicht erfolgt ist, ist mindestens zweifelhaft. In keinem Falle ist aber der aus besonderem Abkommen (Garantieversprechen für Material und Ausführung und Verpflichtung zur kostenlosen Reparatur und Ersatzlieferung) hergeleitete Nachbesserungsanspruch neben dem Schadensersatzanspruch ausgeschlossen.

2. Garantieübernahme. OLG. **23** 46 (München). Der Theaterdirektor, der sich verpflichtet hatte, im Theater des Klägers ein bestimmtes Stück an einem bestimmten Abend aufzuführen, hat damit die Haftung für die Herbeiführung des Erfolges, soweit die Mitwirkung der Mitglieder seines Ensembles dazu erforderlich war, übernommen. Er kann sich nicht auf die Weigerung seiner Schauspieler berufen.

3. OLG. **23** 48 (Colmar). Eine zunächst fehlerhaft abgedruckte Zeitungsannonce ist in der nächsten Nummer alsbald berichtigt worden (§ 633 Abs. 2). Der Inserent muß die Inseratkosten berichtigen, kann aber im Falle eines Verschuldens den Schaden ersetzt verlangen, der ihm durch die zunächst mangelhafte Ausführung der Anzeige entstanden ist. Er macht einen solchen Anspruch geltend, da er infolge des Versehens — die Anzeige hatte die für Halbleinen angegebenen Preise mit denjenigen für Reinleinen verwechselt — zur Vermeidung eines weit höheren Schadens genötigt gewesen sei, das Reinleinen zu Halbleinenpreisen zu verkaufen. Der Anspruch ist unbegründet, da der Inserent, wenn er das Publikum über den Irrtum aufgeklärt hätte, den trotzdem aufrechterhaltenen Anforderungen der Kunden nicht hätte nachzugeben brauchen.

4. Verletzung der Sorgfaltspflicht des Unternehmers vgl. § 631 Nr. II 1 b.

§ 638. Literatur: Bernhard, Was ist ein Bauwerk? DJZ. **11** 795—799.

I. Beginn der Verjährungsfrist. 1. Bei Garantieversprechen. **RG.** II. LeipzZ. **11** 699, HoldheimsMSchr. **11** 191, WarnE. **11** 412 Nr. 370. Ist die gesetzliche Verjährungsfrist vertragsmäßig auf ein Jahr verlängert worden und ist für ein Jahr vom Unternehmer Garantie übernommen worden, so beginnt die Verjährung nicht mit der Abnahme, sondern mit der Entdeckung des Mangels zu laufen. Anderenfalls würde man zu dem unannehmbaren Ergebnisse kommen, daß das Ende der Verjährungsfrist mit dem Ende der Garantiefrist zusammenfallen würde, daß also ein am Schlusse der Garantiefrist entdeckter Mangel trotz der rechtzeitigen Entdeckung wegen Ablaufs der Verjährung nicht mehr hätte geltend gemacht werden können.

2. Vor Abnahme des Werkes? **RG.** III. LeipzZ. **11** 60 Nr. 15. Da eine Abnahme des Werkes unstreitig nicht erfolgt ist, hat die kurzfristige Verjährung des § 638 überhaupt nicht zu laufen begonnen, auch nicht von dem Zeitpunkt an, zu dem der Besteller nach erfolgter Fristsetzung die Abnahme des Werkes endgültig verweigert. Vgl. auch unten Nr. V 2.

II. Arbeiten an einem Grundstücke. a) OLG. **22** 310 α^1 (Marienwerder). Nicht um ein Bauwerk, sondern um Arbeiten an einem Grundstücke handelt es sich bei der Einfügung von Öfen in einem Neubaue. b) Ebenso: OLG. **22** 310 α^1 (KG.) hinsichtlich der Einfügung von Türen, Fenstern in einen Neubau. c) Ebenso: OLG. **22** 310 α^1 (KG.) hinsichtlich des Abreißens eines Gebäudes, so daß der Ersatzanspruch wegen Nichtbeseitigung eines Teiles der Grundmauern in einem Jahre verjährt.

III. Bauwerk. a) Bernhard, DJZ. **11** 795—799. Die herrschende juristische Lehre geht im Anschluß an **RG. 56** 41 (Bauwerk sei eine „unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache") von wirtschaftlichen Gesichtspunkten aus. Im Gegensatze dazu lehrt Bernhard (Regierungsbaumeister, Ingenieur und Privatdozent), der Begriff Bauwerk könne nur vom Standpunkte der technischen Wissenschaft aus erfaßt werden. Hiernach sei das Bauwerk der Gegensatz der Maschine. Bewegung eines Gegenstandes sei Zweck der Maschine, der davon unabhängige Weg und alle seine Teile seien die Bauwerke. Bauwerke seien demnach z. B. Eisenbahnen, Kanäle, Häfen, Brücken, festverankerte Schiffe zu Wohn- und Lagerzwecken, Brunnen und Wasserleitungen, Gasbehälter, Rohrnetze. Definition: Ein Bauwerk ist ein in Verbindung mit dem Erdboden errichtetes Gebilde widerstandsfähiger Körper, welches in seinen einzelnen Teilen sowohl als auch im ganzen den Angriffen der Gebrauchs- und Naturkräfte gewachsen und als Ganzes nicht beweglich ist. Ein Bauwerk dient als Aufenthalt und Weg für ruhende und bewegliche Sachen. b) OLG. **22** 310 β (KG.). Auch die Einfügung der einzelnen Bauteile und Bauglieder (so das Legen von Fußböden), nicht nur die Aufführung des Gebäudes im ganzen stellt die Herstellung eines Bauwerkes dar, dessen Begriff im § 638 kein anderer als im § 648 ist. c) OLG. **22** 310, R. **11** Nr. 45 (Hamburg). Die Heizungsanlage bildet einen wesentlichen Bestandteil des herzustellenden Hauses. Der Heizungslieferant übernimmt also die Herstellung eines Werkes, das einen wesentlichen Bestandteil eines Bauwerkes bildet. Für die Ansprüche wegen Mängel der Heizung gilt die für Bauwerke bestimmte Verjährungsfrist (**RG. 57** 379).

IV. Kurze Verjährung, obwohl der Schadensersatzanspruch gleichzeitig auf Verschulden gestützt wird (vgl. JDR. **7** Nr. 2 b). OLG. **22** 311 (Hamburg). Der Senat beharrt bei den früher entwickelten Grundsätzen, die das **RG. 66** 363 für Ersatzansprüche der Vermieter (Verleiher) wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der vermieteten (verliehenen) Sachen

anwendet. Danach gilt die kurze Verjährung des § 638 auch dann, wenn etwa der Anspruch (wegen Beschädigung des geschleppten Schiffes), abgesehen vom Vertragsverhältnis, auf Verschulden (der Besatzung des Schleppers) gegründet werden kann.

V. § 638 ist nicht anwendbar, wenn der Schaden nicht auf dem mangelhaften Werke selbst beruht. 1. **RG.** VII. 24. 2. 11, GruchotsBeitr. **55** 944, SächsRpflA. **11** 347, JW. **11** 444 Nr. 6, LeipzZ. **11** 383, WarnE. **11** 259, R. **11** Nr. 1724 — wie bereits JDR. **8** § 635 Nr. I 1 und 2 —. Ein Schaden, der nicht aus der mangelhaften Beschaffenheit des gelieferten Werkes selbst entspringt, sondern in der späteren Benutzung desselben und einem dabei vom Besteller erlittenen körperlichen Unfalle seinen Grund hat (der Kläger kam, als er den mangelhaft gelieferten Stuhl benutzte, zu Falle, weil sich plötzlich ein Stuhlbein löste), fällt aus dem Rahmen der im § 635 dem Unternehmer auferlegten Haftung für Schadensersatz wegen Nichterfüllung heraus. Ein aus einer solchen Schadenszufügung hergeleiteter Schadensersatzanspruch verjährt nicht nach § 638, sondern nach § 195.

2. **RG.** VII. WarnE. **11** 181, R. **11** Nr. 1288. Die kurze Verjährung gilt nicht, wenn die elektrische Beleuchtungsanlage, bei deren Herstellung durch unvorsichtiges Umgehen mit der Lötlampe ein Brand am Hause verursacht wurde, vor ihrer Vollendung, also vor ihrer Abnahme durch den Brand zerstört worden ist (vgl. auch oben Nr. I 2) und der Schadensersatzanspruch nicht auf einen Fehler oder Mangel des herzustellenden Werkes, sondern auf eine nebenher, indes in Ansehung der Vertragserfüllung begangene Vertragsverletzung gegründet ist.

VI. Nichtanwendung beim Dienstvertrage. **RG.** III. 31. 3. 11, GruchotsBeitr. **55** 942, JW. **11** 537 Nr. 9, LeipzZ. **11** 786 Nr. 4, WarnE. **11** 301, R. **11** Nr. 1923. Die Bestimmung des § 638 ist auf den Dienstvertrag nicht, auch nicht analog anwendbar. Vgl. § 611 Nr. I 1 a.

VII. Nichtanwendung beim Verlagsvertrage. **RG.** I. **74** 359 (361), JW. **11** 94, LeipzZ. **11** 148 Nr. 45, NaumburgAK. **11** 65, R. **11** Nr. 314 Die Bestimmung ist auf den Verlagsvertrag nicht anzuwenden, es gelten die allgemeinen Verjährungsvorschriften. Vgl. § 631 Nr. I 6 a.

§ 639. Abs. 2. HansGZ. **11** Hptbl. 191/2 (Hamburg). Der Fall des § 639 Abs. 2 lag vor, da der Unternehmer (beim Schleppvertrage) im Hinblick auf seine hinter ihm stehenden Versicherer die Klägerin (Besteller) bei einer Unterredung über deren Kollisionsforderung mit der Äußerung beruhigt hatte: „Wir wollen hoffen, daß die Sache ohne Klage erledigt wird.“ Damit unterzog sich der Unternehmer im Einverständnisse mit der Klägerin der Prüfung des Vorhandenseins des Mangels und der Beseitigung des Mangels. Er wollte und sollte unter Zuziehung seines Versicherers prüfen, ob seinem Werke (Schleppfahrt) ein Mangel, d. h. ein rechtlicher von ihm zu vertretender Mangel anhafte, und event. die Beseitigung dieses Mangels, d. h. den Schadensersatz herbeizuführen suchen.

§ 641. OLG. **22** 311 (Celle). § 641 begründet keine Zug-um-Zug-Leistung.

§ 642. 1. SeuffBl. **11** 363 (München). Kein Anspruch auf Entschädigung, wenn die Unterlassung der Gegenleistung des Bestellers nicht rechtswidrig erfolgt. Daher hat der Maler, dem die Renovation einer Pfarrkirche aufgetragen war, keinen Anspruch auf Entschädigung, wenn das bischöfliche Ordinariat gemäß den verwaltungs- und kirchenrechtlichen Bestimmungen die Fortsetzung der Arbeiten untersagt.

2. Haftung gemäß § 278? Vgl. § 278 Nr. II 4.

§ 644. *Saeger, Aus dem Theaterrecht, BraunschwZ. **58** 106 (s. Literatur zu § 611). Bei „Stargastspielen“ handelt es sich um entsprechende Werkverträge; bis zur „Abnahme des Werkes“, bis zum Schlusse seiner Rolle, seines Sanges hat der betreffende Künstler die Gefahr jeder Art für sein „Werk“ zu tragen; er verliert bei vorzeitigem Aufhören den Anspruch auf das Honorar, wenn

nicht etwa das (vielleicht bis zum dritten Akte einer fünfaktigen Oper gediehene) Werk als Teilleistung entsprechend zu honorieren wäre. Vgl. ferner §§ 611 Nr. IX 2, 616, 618 Nr. 6b, 626 Nr. II 1b, 634 Nr. 3.

§ 645. OLG. Hamburg FDR. **9** Nr. 2 jetzt auch OLG. **22** 312 w.

§ 648. Literatur: Höchtl, Das Reichsgesetz vom 1. Juni 1909 über die Sicherung der Bauforderungen im Verhältnisse zu § 648 BGB., SeuffBl. **11** 520—532, 569—579.

Verhältnis des § 648 zum BaufordG. von 1909. Höchtl: 1. Der zu schützende Personenkreis ist durch das BaufordG. erweitert, indem es allen denen, die an der Werterhöhung mitgearbeitet haben, Unternehmern, Handwerkern, Bauarbeitern wie Lieferanten auch ein Recht an diesem Mehrbetrage zugestanden hat. 2. Auch die schützenden Maßnahmen sind erweitert. Das BaufordG. kennt folgende: a) Bauvermerk (§ 11) und Bauhypothek (§ 27); b) Sicherheitsleistung seitens des Bauherrn (§ 12 Abs. 1); c) Qualifizierte Haftung der Eigentümer fiskalischer und ähnlicher Grundstücke nach § 12 Abs. 2, 3. 3. Das BaufordG. hebt § 648 nicht auf, schließt dessen Anwendung aber grundsätzlich insoweit und so lange aus, als es selbst durch eine der drei zu 2 genannten Maßnahmen im einzelnen Falle den Schutz der Baugläubiger regelt.

§ 649. 1. Die Weigerung des Bestellers, den geforderten Preis zu zahlen, ist keine Kündigung. **RG.** III. WarnE. **11** 28, R. **11** Nr. 315. Die Kündigung des Werkvertrags bezweckt, wie die jedes anderen Vertrags, die Beendigung des Vertragsverhältnisses; sie liegt nur dann vor, wenn der Kündigende sich endgültig und vollständig vom Vertrage lossagen will. Dies liegt nicht vor, wenn der Besteller es nicht abgelehnt hat, den Vertrag mit dem Unternehmer fortzusetzen, sondern nur die Festsetzung anderer Preise beansprucht.

2. Verlangen sofortiger Herausgabe der Ware bei Konkurs des Unternehmers ist Kündigung. **RG.** VII. JW. **11** 770 Nr. 36. Der Besteller hat nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Unternehmers sich nicht nur darauf beschränkt, lediglich Aussonderung und Auslieferung seines Eigentums zu fordern, sondern er hat unter besonderer Betonung dieses Wortes durch Unterstreichung sofortige Auslieferung verlangt und hat später wiederholt zum Ausdrucke gebracht, daß er unverzügliche Herausgabe der Leder begehre. Diese Ausdrücke legen die Auffassung nahe, daß der kundgegebene Wille des Bestellers dahin ging, die Häute sollten sogleich zurückgegeben werden, auch wenn die Gerbung noch nicht beendet sei. Hierin würde eine Kündigung liegen.

3. OLG. **22** 313, R. **11** Nr. 2547 (Hamburg). Kündigung des Bestellers wegen Arbeitseinstellung der Arbeiter des Unternehmers beseitigt den Anspruch auf Werklohn, wenn die Arbeiten infolge der Arbeitseinstellung nicht rechtzeitig fertig werden konnten.

4. OLG. **23** 47 (Hamburg). Stellen sich bei Bauten Änderungen des Bauplans als notwendig heraus, so sind die Unterübernehmer dem Bauherrn (Generalübernehmer) gegenüber verpflichtet, die durch die Änderung verursachten Mehrarbeiten zu leisten, auch ehe sich beide über den Preis für diese Mehrarbeiten geeinigt haben.

§ 650. 1. Kostenanschlag, der nicht unter § 650 fällt. OLG. **22** 314, R. **11** Nr. 2548 (Rostock). § 650 trifft nur den Fall, daß der Kostenanschlag nur zur Orientierung des Bestellers dienen soll, dergestalt, daß dadurch nur die Art der Ausführung des Werkes bestimmt und ein ungefährer Überschlag der Kosten gegeben, die zu entrichtende Vergütung aber nach den bei der Ausführung des Werkes sich ergebenden Kosten und Arbeiten bestimmt werden soll. § 650 Abs. 1 und 2 trifft aber nicht zu, wenn die veranschlagte Summe die feste Entschädigung für die

Herstellung des Werkes sein soll, einerlei, ob die Ausführung teurer oder billiger wurde, so wenn die Parteien nach Vorlegung des Anschlags über den Gesamtpreis verhandelt und einen solchen vereinbart haben.

2. Überschreitung eines Kostenanschlags, der nicht unter § 650 fällt. OLG. 22 314 (Rostock). Die infolge baupolizeilicher Erinnerungen notwendig werdenden Mehrkosten fallen dem Bauherrn zur Last, obwohl er die Arbeit für einen festen Preis verdungen hatte und sich das Werk ohne die Aufwendung jener Kosten nicht herstellen ließ.

Achter Titel. Mäklervertrag.

Vorbemerkung: Zu § 652.

1. Daß im Falle der Anfechtung des vermittelten Vertrags wegen einer vom Auftraggeber verübten arglistigen Täuschung der Mäkler seinen Lohnanspruch verliert, lehrt **RG.** III 10. 5. 11, Nr. V 8.

2. Ebenso verliert der Mäkler seinen Anspruch, wenn er selbst den Auftraggeber getäuscht hat, OLG. Hamburg in Nr. V 9.

3. Wenn der Auftraggeber trotz Verzichts auf Widerruf den Vertrag selbst abschließt, hat er nicht ohne weiteres den Mäklerlohn zu zahlen, sondern Schadensersatz zu leisten. Der Mäkler hat die Beweislast für seinen Schaden: **RG.** III 9. 6. 11 und 21. 6. 09 in Nr. VI 5 a, b und VI 6 a, b. Anders noch die Entsch. des KG. in Nr. VI 5 c.

§ 652. I. Abgrenzung des Mäklervertrags von anderen Rechtsgeschäften. Gemischter Vertrag. 1. **RG.** III. JW. **11** 94 Nr. 16, WarnE. **11** 25. Zulässig ist die Vereinbarung, daß jemand einem anderen für die Bemühungen zur Herbeiführung eines Kaufvertrags eine Summe auch für den Fall verspricht, daß der Kaufvertrag ohne Verschulden eines der vertragschließenden Teile nicht zustande kommt. In diesem entgeltlichen, formfrei gültigen Abkommen ist die Vergütung für geleistete Dienste rechtswirksam versprochen, ohne daß vor Leistung der Dienste ein Dienstvertrag abgeschlossen sein müßte. Der Vertrag ist Dienstvertrag. Vgl. § 612 Nr. 1 a.

2. OLG. **22** 316, R. **11** Nr. 2537 (München). Die Abrede, daß ein Architekt Beobachtungen über die Erschütterungen eines Hauses durch Maschinen des Nachbarhauses anstelle, ein Gutachten über den Erfolg eines etwaigen Rechtsstreits gegen den Nachbar abgebe und eine Vergütung erhalten solle, falls der Nachbar das Haus kaufe, ist Mäkler-, nicht Dienstvertrag. Der Architekt muß also nachweisen, daß seine Tätigkeit für den Kaufabschluß mit dem Nachbarn kausal gewesen ist.

3. OLG. **22** 317 (Marienwerder). Das Versprechen des Beklagten: der Kläger solle den fraglichen Brief an N. richten und dafür eine Vergütung erhalten, wenn N. kaufe, ist nach § 157 nur dahin aufzufassen: Kläger erhalte eine Provision, wenn N. auf den Brief in Verkaufsverhandlungen eintritt, Kläger dabei zugunsten des Beklagten eine Vermittlertätigkeit ausübe und der Kauf daraufhin abgeschlossen würde.

4. Verbindung von Mäklervertrag und Grundstücksverkauf s. § 313 Nr. I 5 b.

II. Nichtigkeit und Unsittlichkeit des Mäklervertrags. 1. **RG.** III. SeuffBl. **11** 768. Nichtigkeit eines Provisionsversprechens für die Vermittelung eines gegen die Strafbestimmungen des § 108 VersUG. vom 12. Mai 1901 verstoßenden Vertrags.

2. RheinA. **108** I 308 (Cöln). Das Versprechen eines Mäklerlohns dafür, daß der andere Vertragsteil in einer Submission ein höheres Angebot als der Versprechende macht, um diesem den Zuschlag zu verschaffen, ist nicht unsittlich, wenn dadurch der sachverständig beratene Besteller nicht zur Bewilligung eines unangemessenen Preises bestimmt wird.

III. Vertragspflichten des Mäklers. 1. **RG.** III. R. **11** Nr. 1924. In der Regel liegt dem Mäkler keine Erkundigungspflicht hinsichtlich der Kreditwürdigkeit der Parteien ob. Diese Pflicht kann ihm aber nach der besonderen Gestaltung des einzelnen Falles obliegen, z. B. wenn die Geschäftsparteien der Ansicht sein und sich darauf verlassen durften, daß der Mäkler ausschließlich in ihrem Interesse tätig sein, daß er sie als Sachkenner beraten werde und daß ihre Interessen vollständig durch den Mäkler gewahrt würden.

2. R. **11** Nr. 1289 (Hamburg). Ist einem Mäkler ein Grundstück zum Verkauf aufgegeben, so ist er verpflichtet, die ihm als Rentabilitätsberechnung aufgegebenen Zahlen auf ihre Richtigkeit nachzuprüfen. Anderenfalls macht er sich dem Gegenkontrahenten, der auf diese Angabe hin das Grundstück kauft, schadensersatzpflichtig.

3. Interessenkollision. OLG. **22** 322 (KG.). Grobe Pflichtverletzung des Mäklers, der sich dem Kauflustigen X. gegenüber erboten hat, das Grundstück selbst vom Auftraggeber zu kaufen und es dann wieder an X. zu verkaufen. Hierdurch mußte der Mäkler in seinem Interesse das seines Auftraggebers schädigen.

IV. Schadensersatzpflicht des Mäklers wegen schuldhafter Pflichtverletzung. 1. a) Wenn die Durchführung des Geschäfts unterbleibt. OLG. **22** 321/2, R. **11** Nr. 2550 (Hamburg). Unterbleibt die Durchführung des ganzen vermittelten Geschäfts, so wird in der Regel die Belastung mit dem Mäklerlohn für den Auftraggeber die Bedeutung eines erlittenen Schadens haben, mit dem der Auftraggeber ohne weiteres aufrechnen kann. Ist aber das vermittelte Geschäft teilweise durchgeführt worden, so bedarf es einer substanziierten Darlegung des entstandenen Schadens. **b)** Wenn das Geschäft trotzdem zustande kommt. OLG. Hamburg, IDR. **7** Nr. 1 b und **8** Nr. II b jetzt auch OLG. **22** 321 f. (Keine Einrede des nicht erfüllten Mäklervertrags, sondern nur Schadensersatzanspruch.)

2. Schadensersatz, wenn der Mäkler seine Pflicht bei Angaben über den Wert des Grundstücks und die Solvenz des Kontrahenten verletzt. OLG. **22** 320 HansGZ. 11 Beibl. 143 (Hamburg). Der Auftraggeber verlangt Schadensersatz, weil er, da der Mäkler seine Pflicht schuldhaft verletzt hätte, infolgedessen mit X. einen ungünstigen Kaufvertrag abgeschlossen habe, von dem er gemäß § 326 wieder zurückgetreten sei. Er verlangt also nicht, daß der Mäkler ihn befreie von den nachteiligen Folgen des durch den Mäkler verschuldeten Vertragsschlusses mit X., — denn diese Folgen hat der Auftraggeber durch seinen Rücktritt beseitigt —, sondern er verlangt, daß der Mäkler ihm den Gewinn aus eigener Tasche zahle, den der Auftraggeber gemacht haben würde, wenn die Angaben des Mäklers über die Vermögensverhältnisse des X. und den Wert seiner Terrains der Wahrheit entsprochen haben würden. Da somit der Kläger nicht die Wiederherstellung des früheren Zustandes, sondern die Herstellung des Zustandes verlangt, den er mit dem Vertrage zu erzielen gedachte, ist der Schadensersatzanspruch nach § 249 BGB. unbegründet. Auch im Falle der Arglist haftet der Mäkler vorliegend nicht.

V. Anspruch auf Mäklerlohn. 1. Vermittelung. Kausalzusammenhang. PosMSchr. **11** 33 (Marienwerder). In vorliegendem Falle, wo es sich um ein landwirtschaftliches Gut mit einem Kaufpreise von einer halben Million Mark handelte, waren an die Vermittelungstätigkeit des Mäklers, eines Händlers aus einem kleinen unbedeutenden Flecken, nicht allzu strenge Anforderungen zu stellen. Nach der Erklärung des Auftraggebers, C. (der Vermittler) solle einen Käufer bringen und das Geschäft vermitteln, sollte zwar nicht der bloße Nachweis eines Käufers, aber doch jede Tätigkeit genügen, durch die mittelbar oder unmittelbar der Entschluß des Käufers, das Gut zu erwerben, wenn auch nur in geringem Um=

fange zugunsten des Auftraggebers ursächlich beeinflußt werden würde. In diesem Sinne genügt es, daß der Käufer mittelbar durch C. auf das Gut hingewiesen worden ist, daß C. den in seinen Händen befindlichen für jeden Kaufliebhaber bedeutsamen Anschlag des Gutes an den Käufer hat gelangen lassen, wodurch dessen Entschluß am nächsten Tage das Gut zu besichtigen, ohne Frage mitbeeinflußt worden ist, sowie, daß ein Dritter noch als Zwischenvermittler des Mäklers bei jener Besichtigung verhandelt hat.

2. „Besorgen" eines Käufers als Vermittelung. PosMSchr. **11** 34 (Marienwerder). Das „Besorgen" eines Käufers ist in der Regel als eine Unterart der Vermittelung zu betrachten, bei der an die zu entwickelnde Tätigkeit des Mäklers jedoch geringere Anforderungen gestellt werden. Eine genügende Tätigkeit in diesem Sinne hat der Mäkler vorliegend aufgewendet, da er den Käufer auf das Grundstück des Beklagten aufmerksam gemacht, es ihm empfohlen hat und mit ihm zur Besichtigung zum Beklagten gegangen ist. Unerheblich ist, daß eine Einigung über den Kaufpreis an diesem Tage noch nicht stattfand, sondern erst einige Tage später und daß bei der letzteren Gelegenheit der Kläger nicht anwesend war.

3. Zustandekommen des vermittelten Vertrags. Identität des vermittelten Vertrags. a) **RG.** III. LeipzZ. **11** 547. Hinsichtlich der Frage, ob der vermittelte Vertrag zustandegekommen ist, ist das Schwergewicht weniger auf die juristische Gestalt als auf den wirtschaftlichen Erfolg zu legen. Von diesem Gesichtspunkt ist es unerheblich, daß der Mäkler seine Tätigkeit für die Vermittelung eines Tauschvertrags mit P. aufgewandt hat, während der wirklich zustandegekommene Vertrag mit D. abgeschlossen worden ist. Denn D. hat auf Veranlassung des P. das Haus aufgelassen und P. die Haftung für die Verbindlichkeiten übernommen. **b)** Jedoch **RG.** III. 22. 9. 11, JW. **11** 939 Nr. 3, LeipzZ. **11** 938 Nr. 5. Grundsätzlich genügt es zur Begründung des Anspruchs auf den Mäklerlohn nicht, daß durch den Nachweis oder die Vermittelung des Mäklers ein Geschäft zustandegekommen ist, welches den gleichen wirtschaftlichen Zweck erfüllt wie das dem Mäkler aufgetragene.

4. **RG.** III. JW. **11** 939, LeipzZ. **11** 938 Nr. 5. Wenn die Provision dem Mäkler für den Fall versprochen ist, daß infolge seines Nachweises der Verkauf des Hauses zustande kommen würde, genügt für den Anspruch des Mäklers weder ein notarieller Verkaufsantrag noch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe, falls der Antrag nicht binnen einer bestimmten Frist angenommen werde, noch die Tatsache, daß für den Antragempfänger ein Nießbrauch an dem Grundstück und eine Vormerkung zur Erhaltung seines Rechtes auf Auflassung eingetragen ist; denn ungeachtet aller dieser Umstände ist ein Vertrag, welcher dem Verkaufe des Hauses rechtlich oder auch nur wirtschaftlich gleich zu stellen wäre, nicht geschlossen.

5. **RG.** III. GruchotsBeitr. **55** 946. Ein Vertrag, durch den der eine Teil zur Entnahme seines Bedarfes an Weinen für sein Restaurant von dem anderen Teile auf eine gewisse Zeit verpflichtet wird, gibt dem Vermittler des Vertrags noch keinen Anspruch auf Provision. Der Vertrag selbst ist kein provisionspflichtiges Geschäft, sondern nur die wirtschaftliche Quelle für später entstehende Provisionsansprüche; diese erwachsen erst durch die einzelnen Weinverkäufe.

6. Auflösende Bedingung. a) OLG. **22** 320 b (Marienwerder). Die Zusage „Die Provision ist zahlbar am Tage der Auflassung" ist dahin aufzufassen, daß der Mäklerlohn nicht schon mit Abschluß des vom Kläger vermittelten Kaufgeschäfts, sondern erst mit der Auflassung des verkauften Grundstücks verdient sein sollte. Nach dem Vertragswillen sollte der Kläger insofern für die Zahlungsfähigkeit des zugeführten Käufers verantwortlich sein, als eben sein Provisionsanspruch von der durch die Leistung der Anzahlung bedingten Auflassung

abhängig gemacht wurde. b) OLG. **22** 320 (KG.). Ist der Vertrag unter auflösender Bedingung (Vorbehalt des Rücktritts) geschlossen, so ist die Mäklerprovision mit dem Abschlusse des Vertrags endgültig verdient, zumal ein Teil der Provision bereits bei Abschluß des notariellen Vertrags fällig sein sollte.

7. Rücktritt vom vermittelten Vertrage. OLG. **23** 51 (KG.). Der durch den Geschäftsschluß entstandene Anspruch auf den Mäklerlohn wird durch die Auflösung des Vertrags infolge eines vorbehaltenen und ausgeübten Rücktritts nicht berührt.

8. Anfechtung des vermittelten Vertrags wegen arglistiger Täuschung, die der Auftraggeber verübt hat. Infolgedessen kein Mäklerlohn. **RG.** III. 10. 5. 11, **76** 354, R. **11** Nr. 2431. Ein Anspruch auf Mäklerlohn besteht nicht, wenn der vermittelte Vertrag durch arglistige Täuschung des Auftraggebers zustande gekommen und deshalb mit Erfolg angefochten ist. In solchem Falle liegt der Tatbestand für eine replica doli generalis (arglistige Verteidigung) nicht vor. Die Täuschung des Auftraggebers zielt nicht auf Vereitelung des Mäkleranspruchs, sondern der Täuschende (Auftraggeber) ist sich im Gegenteile notwendig bewußt, daß durch die, wenn auch auf solche Weise erlangte Rechtswirksamkeit des Vertrags der von dieser abhängige Mäklerlohnanspruch gerade entsteht. Die Arglist des Verkäufers hat also weder die Entstehung des Mäkleranspruchs verhindert, noch einen schon entstandenen Anspruch beseitigt. Vielmehr verstößt gerade der Versuch des Mäklers zur Ausnutzung des Delikts behufs Festhaltung eines nur durch dieses Delikt und darum nur scheinbar gegeben gewesenen Rechtserwerbes gegen Treu und Glauben. Die Auffassung, daß sich der Auftraggeber nicht auf seinen eigenen dolus berufen dürfe, verkennt die in Wahrheit gegenteilige Sachlage.

9. Arglistige Täuschung des Auftraggebers durch den Mäkler. Verlust des Mäklerlohns. HansGZ. **11** Beibl. 256, R. **11** Nr. 2863 (Hamburg). Der Mäkler verliert seinen Anspruch, wenn er das — zwar zustande gebrachte — Geschäft nur durch Täuschung seines Auftraggebers vermittelt hat, auch wenn letzterer nicht geschädigt ist. Ein arglistiger Erwerb ist immer unbillig und eine ungerechtfertigte Bereicherung. Die Täuschung braucht nicht die Zahlungsfähigkeit des Kontrahenten zu betreffen, sie schließt den Anspruch in allen Fällen der Treuverletzung aus, wenn sie Umstände betrifft, welche den unterrichteten Auftraggeber von dem Abschlusse des Vertrags ganz oder unter den vereinbarten Bedingungen abgehalten haben würden.

10. Vertragsschluß unter Ausschaltung des Mäklers. OLG. **23** 49 (KG.). Anspruch des Mäklers auf die Vergütung, da der Auftraggeber in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise den Vertrag unter Ausschaltung des Mäklers, der für sie bereits tätig gewesen war, abgeschlossen hat.

VI. Widerruflichkeit des Mäklervertrags. Ausschluß des Widerrufs und dessen Rechtsfolgen. 1. Vereinbarung der Lohnzahlung bei Widerruf als Verstoß gegen die guten Sitten. OLG. **22** 140 (Stuttgart). Die Vereinbarung, wonach der Auftraggeber für den Fall der Rücknahme der Vollmacht oder des Verkaufs ohne Vermittelung des Mäklers sich verpflichtet, diesem die als Mäklerlohn vereinbarte Summe zu zahlen, verstößt gegen die guten Sitten. Denn hier ist dem Auftraggeber ohne jede Schranke die Zurücknahme der Vollmacht, sowie das Selbstverkaufsrecht entzogen und er tatsächlich — außer gegen Bezahlung des Mäklerlohns — für immer von der Geltendmachung dieser gesetzlichen Befugnisse ausgeschlossen. Diese Bindung ist unzulässig. Daß der Vertrag nur für eine angemessene Zeit habe gelten sollen, ist nicht behauptet.

2. Strenge Auslegung betr. Ausschluß des Widerrufs. OLG. 22 318 β (KG.). Der Ausschluß der Widerruflichkeit widerspricht dem Wesen des Mäklervertrags. Deshalb wird man von einer Vereinbarung des Ausschlusses nur da sprechen können, wo die Vertragsbestimmungen diese ungewöhnliche Absicht beider Teile klar und unzweideutig erkennen lassen.

3. Ausschluß der Widerruflichkeit als Verstoß gegen die guten Sitten. OLG. 22 318 β (KG.). Der Ausschluß der Widerruflichkeit verstößt gegen die guten Sitten, wenn zu einem bestimmten Termine Geld zur Bezahlung einer gekündigten Hypothekenschuld gebraucht wird, für dessen Beschaffung einzustehen aber der Mäkler eine Verpflichtung nicht übernimmt. Während der Auftraggeber weder rechtlich noch wirtschaftlich eine Gewähr dafür hatte, das Geld bis zum 1. Oktober unter den festgesetzten Bedingungen zu bekommen, sollten ihm, der bis zu diesem Tage des Geldes benötigte und dessen Lage immer drückender wurde, je näher dieser Tag herankam, die Hände gebunden sein. Dies erscheint als eine unbillige und dem Volksbewußtsein unverständliche Ausbeutung des Geldsuchenden.

4. Zulässiger Widerruf trotz dessen Ausschluß bei grober Pflichtverletzung. OLG. 22 322 (KG.). Der Auftraggeber war zum Widerruf, obwohl er für eine bestimmte Frist ausgeschlossen war, berechtigt, da der Mäkler seine Pflichten grob verletzt hat. Die Pflichtverletzung liegt darin, daß er sich selbst dem Kauflustigen X. gegenüber erboten hat, das Grundstück selbst vom Auftraggeber zu kaufen und es dann wieder an X. zu verkaufen. Hierdurch mußte der Mäkler in seinem Interesse das seines Auftraggebers schädigen. Ob letzterer gewußt hat, daß der Mäkler selbst zu kaufen beabsichtigte, ist unerheblich. Es genügt, daß der Grund zum Widerruf objektiv vorlag.

5. Welchen Anspruch hat der Mäkler, wenn der Auftraggeber trotz Verzichts auf den Widerruf des Mäklervertrags den Vertrag selbst geschlossen hat? a) **RG.** III. 9. 6. 11, **76** 361, JW. **11** 757 Nr. 14, LeipzZ. **11** 699, R. **11** Nr. 2867. Hat der Auftraggeber versprochen, innerhalb einer bestimmten Frist nur unter Vermittelung des Mäklers zu verkaufen, ihm also das Geschäft „fest an die Hand gegeben" oder sich auf bestimmte Frist des Widerrufs begeben, so begründet ein vertragswidriger Abschluß des Vertrags ohne Vermittelung des Mäklers nicht ohne weiteres und auf alle Fälle den Provisionsanspruch des Mäklers. Möglich ist, daß der Auftraggeber zugleich sich für den Fall des vertragswidrigen Abschlusses schlechthin zur Zahlung des Lohnes verpflichten will, sei es als vertragsmäßiger Gegenleistung für dessen Bereitschaft zur Tätigkeit und etwaige bereits entfaltete Tätigkeit, sei es in Form einer Vertragsstrafe. Aber diese Annahme bedarf der besonderen Begründung. An sich hat der Bruch der Vereinbarung nur eine Schadensersatzpflicht des Auftraggebers zur Folge. Vgl. darüber Nr. 6. b) Ebenso **RG.** III. 21. 6. 11, JW. **11** 758 Nr. 15, SeuffBl. **11** 766, LeipzZ. **11** 938 Nr. 6, R. **11** Nr. 2866, WarnE. **11** 443. c) Anders OLG. **22** 317 α (KG.). Gewöhnlich hindert die Fristbestimmung, d. h. das Versprechen des Lohnes für den Fall, daß der Mäkler den Kauf innerhalb bestimmter Frist vermittelt, den Auftraggeber nicht, das Grundstück auch innerhalb der Frist selbst anderweit zu verkaufen, so lange als nicht der Kaufvertrag zwischen ihm und dem vom Mäkler zugeführten Kaufliebhaber notariell geschlossen ist. Ist das Grundstück dem Mäkler jedoch 14 Tage fest an die Hand gegeben, so darf der Auftraggeber während der Frist das Geschäft weder selbst machen noch durch Vermittelung eines anderen Mäklers abschließen. Anderenfalls hat er den Mäklerlohn namentlich dann zu zahlen, wenn der Mäkler schon wesentliche Bemühungen aufgewendet hat und seine Vermittlertätigkeit schon erfolgreich gewesen ist.

6. Schadensersatzpflicht des Auftraggebers, der trotz Verzichts auf den Widerruf des Mäklervertrags den Vertrag selbst geschlossen hat. Beweislast. (Vgl. oben Nr. 5). a) **RG.** III. 9. 6. 11, **76** 361, JW. **11** 757 Nr. 14, R. **11** Nr. 2868. Hat der Auftraggeber, obwohl er sich verpflichtet hatte, innerhalb einer bestimmten Frist nur unter Vermittelung des Mäklers zu verkaufen, vertragswidrig ohne den Mäkler abgeschlossen, so ist der Auftraggeber schadensersatzpflichtig und hat denjenigen Betrag zu zahlen, der dem Mäkler gebühren würde, wenn er durch seine Vermittelung den Abschluß herbeigeführt hätte. Daß ihm ein solcher Schaden entstanden ist, hat der Mäkler nachzuweisen. Der Auftraggeber kann einwenden, es hätte ihm trotz des Verzichts freigestanden, den Abschluß mit dem vom Mäkler zugeführten Gegner zu verweigern. Dies ist nicht nach den Launen des Auftraggebers, sondern danach zu entscheiden, ob er bei verständiger Würdigung der Sachlage sich zum Abschluß entschieden haben würde. b) Ebenso **RG.** III. 21. 6. 11, JW. **11** 758 Nr. 15, SeuffBl. **11** 766, LeipzZ. **11** 938 Nr. 6, R. **11** Nr. 2866, 2864, WarnE. **11** 443.

VII. Der Provisionsanspruch des Untermäklers. 1. Verzicht des Hauptmäklers. OLG. **22** 325 (KG.). Durch den Verzicht auf die ihm zu zahlende Provision hat der Hauptmäkler den Eintritt der Bedingung (Zahlung), von welcher der Anspruch des Untermäklers abhing, wider Treu und Glauben verhindert. Die Zahlungsunfähigkeit des Auftraggebers konnte den Verzicht nicht rechtfertigen.

2. OLG. **22** 325 (KG.). Das Versprechen des Hauptmäklers, „die Hälfte der mir versprochenen Provision und zwar 500 M." dem Untermäkler zu zahlen, könnte so ausgelegt werden, daß der Anspruch des Untermäklers durch die Zahlung der Provision an den Hauptmäkler bedingt sei. Dieser Auffassung wäre beizutreten, wenn die Parteien sich nur als zwei Mäkler gegenüberständen und wenn der Hauptmäkler an dem Geschäft kein weiteres Interesse gehabt hätte, als daß er seine Provision bekommt. Vorliegend hatte aber letzterer auf dem Grundstück eine größere Hypothek stehen und er hatte an dem Verkauf auch deshalb ein Interesse, weil er im Falle der Zwangsversteigerung Gefahr lief, seine Hypothek zu verlieren. Deshalb hat er die 500 M. zu zahlen, ohne Rücksicht darauf, ob er selbst die 5000 M. erhielt, nur für die Vermittelung des Verkaufs.

3. OLG. **22** 324 (München). Die gemeinsame Vermittelung von Grundstücksverkäufen kann einen Gesellschaftszweck darstellen, nach § 722 würde dann dem Gesellschafter auch ein Recht auf einen gleichen Anteil am Gewinn erwachsen. Eine gemeinsame Vermittelung liegt aber nicht vor, da der Kläger sich an den Beklagten gewandt hat, um ihn als Käufer zu gewinnen, und da zu den späteren Maßnahmen des Beklagten, die dann zum Verkaufe der Grundstücke führten, der Kläger nichts mehr beigetragen hat. Es fehlt an Umständen, aus denen sich schlüssig der gegenseitige Verpflichtungswille der Gesellschafter entnehmen läßt.

§ 653. 1. Gelegentliche Vermittelung. OLG. **22** 323 (Hamburg). Der Vermittler, der nicht gewerbsmäßiger Häusermäkler ist, sondern den Grundstückskauf zwischen zwei Gastwirten gelegentlich vermittelt hat in Ausnutzung der Beziehungen, die er dadurch gewonnen hatte, daß er Spielautomaten in Wirtschaften hielt, hat Provision nicht nach den Courtagesätzen der Häusermäkler, sondern eine geringere, bei gelegentlichen Vermittelungen übliche Provision zu beanspruchen. Vgl. wegen der Üblichkeit Nr. 2.

2. Üblicher Lohn bei gelegentlicher Vermittelung. OLG. **22** 323 (Hamburg). Üblich ist, daß für gelegentliche entgeltliche Vermittlertätigkeit die Vergütung bemessen wird nach dem Aufwand an Arbeit und Zeit sowie nach dem Vorteile, der dem Auftraggeber erwachsen ist.

3. OLG. **22** 323 (Hamburg). In der Bemerkung des Auftraggebers „auf einen Blauen komme es ihm nicht an" ist nicht die Vereinbarung einer Provision von 100 M. zu finden, sondern nur die Inaussichtstellung einer kulanten Belohnung.

4. OLG. **23** 49 (Braunschweig). Die Erklärung des Auftraggebers, der Mäkler solle sich, wenn er ein paar hundert Mark verdienen wolle, nach dem annoncierten Grundstück erkundigen, berechtigt den Auftraggeber nicht, nachdem der Vertrag zustande gekommen ist, den Provisionsanspruch von 1080 M. nur in Höhe von 350 M. zuzubilligen. Jene Worte enthielten keine rechtsgeschäftliche Erklärung über die Höhe, sondern eine allgemeine unwesentliche Redewendung.

§ 654. 1. **RG.** III. R. **11** Nr. 1119. Verlust des Mäkleranspruchs, weil der Mäkler dem Vertragsgegner von der Annahme einer ihm von seinem Auftraggeber als besonders erwünscht bezeichneten Vertragsbedingung abgeraten hat. Der Vertrag verpflichtete den Kläger, bei der Vermittelung das Interesse der Beklagten zu fördern, und zwar nicht, was er für das Interesse der Beklagten hielt, sondern was ihm als solches von der Beklagten aufgegeben war. Er hatte nicht einen Vertragsabschluß unter allen Umständen zu vermitteln, sondern zu den Bedingungen, die ihm von der Beklagten als für sie erwünscht bezeichnet waren. Es bliebe ihm nur die Wahl, dieses erklärte Interesse der Beklagten zu vertreten oder den Mäklerauftrag abzulehnen bzw. der Beklagten seine Bedenken zu unterbreiten.

2. OLG. Braunschweig, JDR. **9** Nr. 1 jetzt auch OLG. **22** 323 f.

§ 656. R. **11** Nr. 2132 (Colmar). Wird in einem Schuldschein einem Geschäftsvermittler für Vermittelung des Kaufes eines Anwesens ein Betrag versprochen, umfaßt dieser aber erweislich stillschweigend die Belohnung des Mäklers für seine Bemühungen um Vermittelung des Zustandekommens einer Ehe des Unterzeichners des Schuldscheins, so ist das Versprechen der letzteren Belohnung wegen Umgehung des im § 656 aufgestellten Verbots nichtig.

Neunter Titel. Auslobung.

§ 657. 1. HansGZ. **11** Beibl. 247 (Hamburg). Keine Auslobung, sondern nur eine Aufforderung zur Stellung von Offerten liegt vor, da der beklagte Turnverein in seinem „Ausschreiben" nicht die Zusage gemacht hatte, unter den eingereichten Entwürfen zu dem geplanten Denkmale den besten zur Ausführung zu bestimmen. Es steht dem Vereine frei, sämtliche Entwürfe zu verwerfen und einen neuen nachträglich eingereichten Entwurf anzunehmen. Die abgelehnten Architekten haben keinen Anspruch auf Ersatz ihrer Kosten.

2. Öffentliche Bekanntmachung? HansGZ. **11** Beibl. 247 (Hamburg). Eine öffentliche Bekanntmachung liegt noch nicht in den Berichten von Zeitungen über die Sitzungen des beklagten Vereins, in denen die Denkmalsangelegenheit besprochen und der Erlaß einer Aufforderung an die Architekten der Stadt beschlossen wurde. Denn einmal handelt es sich dabei um einen für den Beklagten unverbindlichen Bericht, und ferner war es danach Sache des Vorstandes, in welcher Weise und in welchem Umfange er diese Aufforderung erlassen wollte.

Zehnter Titel. Auftrag.

§ 662. 1. Unterschied zwischen Auftrag und Verwahrung. ElsLothJZ. **11** 485 (Colmar). Der in den Grenzlinien oft verschwindende Unterschied zwischen Auftrag und Verwahrung beruht namentlich darauf, daß der Auftrag eine in einer Geschäftsbesorgung und Fürsorgepflicht bestehende Tätigkeit des Beauftragten erheischt, während die Pflichten des Verwahrers hauptsächlich in dem passiven Gewähren des Gewahrsams ohne eine besondere Aktivität bestehen. Im Zweifel wird ein Verwahrer auch nicht als befugt zu erachten sein, die Sache bei einem Dritten zu hinterlegen. Vorliegend ist mit Hinsicht auf die Tätigkeit des

Beklagten — Zahlung der Begräbniskosten und kleineren Schulden, Mitwirkung bei den Verkäufen, Einziehung einzelner Darlehnsforderungen — ein nach den Grundsätzen des Auftrags zu beurteilendes Rechtsverhältnis anzunehmen.

2. Zahlung für Rechnung eines Dritten. **RG.** VI. R. **11** Nr. 3073. Die Zahlung für Rechnung eines Dritten kann mehrfache Bedeutung haben (**RG. 18** 310), und es kommt auf die Vereinbarung zwischen dem Zahlenden und dem Zahlungsempfänger an. Im allgemeinen stellt sich die Zahlung für Rechnung eines Dritten als ein Auftrag an den Zahlungsempfänger dar, die Zahlung als Leistung des Dritten zu betrachten (**RG. 45** 239). Ein solcher Auftrag kann bis zu seiner Ausführung widerrufen werden. Durch die Einzahlung allein ist dem Dritten also noch kein Forderungsrecht zugewachsen. Anders läge wohl die Sache, wenn etwa der Kläger bei der Beklagten ein Konto gehabt und sie ihm den eingezahlten Betrag gutgeschrieben oder wenn sie ihm ein Konto eröffnet und sich damit als seine Schuldnerin bekannt oder wenn sie ihn von der Einzahlung benachrichtigt und beigefügt hätte, daß der Betrag zu seiner Verfügung stehe.

3. **RG.** III. R. **11** Nr. 2869. Der mit der Regelung der Hypotheken eines Grundbesitzers betraute (preußische) Notar tritt auch zu dem Gläubiger in ein Vertragsverhältnis, der ihm zum Zwecke dieser Regelung Urkunden einreicht. In der Übersendung des Hypothekenbriefs mit dem Begleitschreiben des Klägers an den Beklagten und in der widerspruchslosen Annahme beider durch diesen liegt der Abschluß eines Auftrags, durch den der Notar verpflichtet wurde, der in dem Begleitschreiben erteilten Weisung gemäß zu handeln. Der Notar hatte nur die Wahl, entweder den Brief lediglich der in dem Begleitschreiben enthaltenen Bestimmung gemäß zu verwenden oder die Annahme des Auftrags dem Kläger gegenüber abzulehnen.

4. Ersatzanspruch des Beauftragten, der für fremde Rechnung, aber im eigenen Namen kontrahiert hat, gegen den Dritten vgl. § 249 Nr. I 2b.

§ 666. Literatur: Rudolph, Zum Umfang des § 666 BGB. JW. **11** 705.

1. **RG.** VII. JW. **11** 95, WarnE. **11** 77, R. **11** Nr. 3451. Es ist nicht richtig, daß der Geschäftsherr die Herausgabe des ihm Zustehenden vom Geschäftsführer erst fordern könne, nachdem ihm Rechnung gelegt worden sei. Die Rechnungslegung ist nur ein Recht des Geschäftsherrn; dieser ist nicht verhindert, die Rechnung selbst aufzumachen.

2. Friedlaender, JW. **11** 351—354 (353). Die Rechenschaftsablage gehört in den Fällen des § 675 nicht zur vertragsmäßigen Dienstleistung des Dienstverpflichteten (aM. **RG.** JW. **07** 479 Nr. 11). Wegen Anwalt s. § 611 Nr. V 10.

3. Rudolph, JW. **11** 705. Unter die Pflicht zur Benachrichtigung und Auskunftserteilung ist auch die Namhaftmachung des Geschäftskontrahenten zu rechnen.

§ 667. 1. **RG.** VII. R. **11** Nr. 3900. Wenn der § 667 den Beauftragten verpflichtet, alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält, dem Auftraggeber herauszugeben, so ist dabei selbstverständlich vorausgesetzt, daß er das Erhaltene nicht eben zur Ausführung des Auftrags hat weggeben müssen.

2. **RG.** VII. R. **11** Nr. 3899. Hat der Beauftragte im eigenen Namen Sachen des Auftraggebers hinterlegt, so muß er den ihm aus der Hinterlegung gegen den Dritten erwachsenen Anspruch auf Rückgabe an den Auftraggeber abtreten. Der Beauftragte ist nicht verpflichtet, den Herausgabeanspruch gegen den Dritten gerichtlich geltend zu machen.

3. **RG.** V. 29. 4. 11, JW. **11** 581 Nr. 23, FrankfRundsch. **45** 111. Wenn der Beauftragte (Inkassozessionar) zur Erledigung des Auftrags Geschäfte mit Dritten abschließt, so wird er ihnen gegenüber allein berechtigt und verpflichtet. [So-

lange die Übertragung der Forderung, zu der er nach § 667 verpflichtet ist, auf den Auftraggeber nicht erfolgt ist, gehört die Forderung zum Vermögen des Beauftragten. Eine Bestimmung, wie sie im § 392 Abs. 2 HGB. für das Kommissionsgeschäft getroffen worden ist, enthält das BGB. für die Geschäftsbesorgung nicht.

4. Herausgabe der Handakten des früheren Konkursverwalters an seinen Nachfolger im Amte vgl. § 675 Nr. 4.

§ 670. **RG.** V. **75** 208 (211), JW. **11** 364, R. **11** Nr. 1538. Auch Aufwendungen, die, wenn sie auch nicht zum Zwecke der Ausführung des Auftrags gemacht sind, doch als notwendige Folge der Ausführung zu machen waren und daher in einem untrennbaren Zusammenhange mit dieser Ausführung stehen, sind vom Auftraggeber zu ersetzen. So ist der Käufer eines Grundstücks, der den Verkäufer beauftragt, die Auflassung an einen Dritten vorzunehmen, verpflichtet, dem Verkäufer, welcher daraufhin zur Zahlung einer Umsatzsteuer für das zweite Geschäft herangezogen wird, den Steuerbetrag zu ersetzen.

§ 675. 1. R. **11** Nr. 2725 (Hamburg). In der Erteilung und Annahme des Auftrags, die im Schiffe ankommende Ware zu empfangen, die Zollabfertigung zu besorgen und die Ware weiter in das Land an ihren Bestimmungsort zu versenden, liegt der Abschluß eines Dienstvertrags, der die Besorgung von Geschäften zum Gegenstande hat.

2. Friedlaender, JW. **11** 353. Die Rechenschaftsablage (§ 666) gehört in den Fällen des § 675 nicht zur vertragsmäßigen Dienstleistung des Dienstverpflichteten (aM. **RG.** JW. **07** 479 Nr. 11). Wegen Anwalt s. § 611 Nr. V 10.

3. Vertrag mit Bankier. HansGZ. **11** Hptbl. 287 (Hamburg). Der Bankier darf seinem eigenen Scheckkunden eine Provision berechnen für Einlösung eines auf den Bankier gezogenen Schecks dieses Kunden und Zusendung des Geldes an letzteren. § 270 kommt nicht in Betracht.

4. Herausgabe der Handakten des früheren Konkursverwalters an seinen Nachfolger im Amte. HansGZ. **11** Beibl. 205 (Hamburg). Der frühere Konkursverwalter hat dem bei seinem Rücktritt an seiner Stelle ernannten späteren Konkursverwalter seine Handakten zwar nicht auszuliefern, aber doch die Akten in seinen eigenen Räumen zur Einsicht zugänglich zu machen. Dieser Anspruch folgt jedoch nicht aus § 667, da er nicht alle in den Handakten befindlichen Schriftstücke aus der Geschäftsführung als Konkursverwalter erlangt hat (auch nicht aus §§ 260, 809, 810 BGB., § 6 KO.), sondern aus der stillschweigend übernommenen Auskunftspflicht des Verwalters gegenüber seinem Nachfolger im Amte.

5. ElsLothJZ. **11** 21 (Colmar). Unterschied zwischen Kommissions und Trödelvertrag.

6. Vertrag mit Anwalt s. § 611 Nr. V.

7. Vertrag mit Notar s. § 611 Nr. VI.

8. Vertrag mit Gerichtsvollzieher s. § 611 Nr. VII.

§ 676. I. Allgemeines. 1. Grenzen zwischen Fahrlässigkeit und Arglist. **RG.** VI. 27. 5. 11, **76** 313 (319 f.). Bei der Äußerung von Urteilen auf Grund nicht mitgeteilter Tatsachen ist zwischen einem leichtfertig gewonnenen und ausgesprochenen Urteil und einem mit Bewußtsein ohne Überzeugung abgegebenen Urteile wohl zu unterscheiden; nur das letztere ist Arglist im Sinne des § 826. Vgl. oben § 276 Nr. I 2 δ.

2. R. **11** Nr. 1291 (KG.). Wer beim Widerstreite von Interessen einem anderen im Sinne des eigenen Interesses Rat erteilt, macht sich einem durch die Ratserteilung geschädigten Dritten nicht ohne weiteres nach § 826 schadensersatzpflichtig.

II. Aufgabe als Referenz. RG. VI. HansGZ. **11** Hptbl. 69. Zwischen den Parteien (Kaufleuten), welche beide einem Dritten Kredit gegeben haben, bestehen keine vertraglichen Beziehungen. Die Erlaubnis des Beklagten, daß ihn ein Dritter als Referenz aufgebe, begründet für ihn dem Auskunftbegehrenden gegenüber keine weiteren Pflichten, als sie sich aus § 676 ergeben.

III. Haftung für Auskünfte über einen früheren Angestellten. OLG. **21** 381, R. **11** Nr. 711 (Hamburg). Der Kaufmann haftet dem neuen Geschäftsherrn seines früheren Angestellten für eine erbetene Auskunft über dessen Charakter, Zuverlässigkeit, Kenntnisse, Austrittsgrund nicht, wenn er nur über diejenigen Eigenschaften berichtet, über die er Lobenswertes sagen kann, tadelnswerte Vorkommnisse und Eigenschaften aber übergeht.

IV. Haftung der Auskunfteien. Ausschluß der Haftung. ElsLothJZ. **11** 113 (Colmar). Da infolge der vertragsmäßigen Begrenzung der einer Auskunftei gegenüber ihren Abonnenten obliegenden Haftung für Erteilung einer schadenbringenden falschen Auskunft die Auskunftei gemäß § 276 Abs. 2 nur ein vorsätzliches Verschulden des (oder eines) Inhabers zu vertreten haben würde, ist der Nachweis einer im allgemeinen mangelhaften Geschäftsleitung nicht genügend, um die Haftung zu begründen; namentlich kommt es nicht darauf an, ob es unterlassen wurde, der auswärtigen Zweigstelle eine sorgfältige Auskunftserteilung besonders zur Pflicht zu machen.

V. Die Haftung des Bankiers. 1. Pflicht zur sorgfältigen Ratserteilung als unselbständige Nebenverpflichtung neben Kauf. RG. II. JW. **11** 809 Nr. 14, HansGZ. **11** Hptbl. 289, BankA. **11** 62, R. **11** Nr. 2870. Die Haftung des Bankiers, der seinem Kunden den Ankauf eines Papiers angeraten und ihn dadurch zu dem Ankaufe bestimmt hat, für Ratserteilung beruht darauf, daß mit einem derartigen Kaufgeschäfte die Erteilung des Rates als notwendiger Bestandteil der Gesamtleistung des Verkäufers regelmäßig verbunden ist. Dem steht nicht entgegen, daß die Erteilung des Rates bereits vor der Begründung des Vertragsverhältnisses, vor Abschluß des Kaufgeschäfts erfolgt. Denn die Ratserteilung ist zwar im voraus, aber doch mit Rücksicht und in Hoffnung auf das Zustandekommen des Kaufvertrags erfolgt und sie soll nach dem Willen des Beteiligten im Falle des Zustandekommens als Erfüllung eines Teiles der dem Verkäufer obliegenden Vertragsleistung gelten.

2. Geschäftsverbindung. RG. II. HansGZ. **11** Hptbl. 289, BankA. **11** 62. Haftung einer Bank aus Ratserteilung über Papiere seitens einer Person, mit der sie bezüglich dieser Papiere in einem Geschäftsverhältnisse stand.

3. Begriff „Bankier“. RG. II. HansGZ. **11** Hptbl. 289, BankA. **11** 62. Als Bankier haftet auch derjenige, der gewerbsmäßig die Finanzierung von Unternehmungen und als dazu gehörig, insbesondere den Verkauf von Kuxen betreibt, insbesondere wenn er sachunkundige Leute zum Ankaufe von Kuxen animieren läßt, sich ihnen selbst als Ratgeber anbietet. Vorliegend kam hinzu, daß die Kläger, die auf seine Auskunft nach Lage der Sache angewiesen waren, da die Gruben weit entfernt vom Wohnsitze der Kläger lagen und die Kuxe an keiner Börse gehandelt wurden, sich daraufhin an ihn wandten und er ihnen nun den Rat unter ausdrücklicher Berufung auf seine durch Besichtigung an Ort und Stelle gewonnene Sachkunde erteilte.

4. RG. II. BankA. **11** 60, ZAktWes. **11** 158. In der Empfehlung von Anteilen einer Bohrgesellschaft zum Preise von 600 M. pro Stück als billig, obwohl der Bankier sie selbst vier Wochen vorher für 200 M. gekauft und in den wirtschaftlichen Verhältnissen der Gesellschaft sich seitdem nichts geändert hatte, kann trotz des Hinweises auf das mit dem Erwerbe solcher Anteile stets verbundene Risiko eine schuldhafte Pflichtverletzung liegen.

5. Auskunfterteilung eines Bankiers. **RG.** VI. R. **11** Nr. 2552. Wenn auch die Erteilung einer Auskunft nicht zu den gewerblichen Pflichten eines Bankhauses gehört, so kann die Auskunftserteilung doch zu den geschäftlichen Gepflogenheiten der Bank zählen, welche die Bank gemäß §§ 826, 831 schadensersatzpflichtig macht. Zur Erteilung solcher Auskünfte sind im allgemeinen diejenigen Personen berufen, die vermöge ihrer leitenden Stellung einen Einblick in die geschäftlichen Beziehungen zwischen der Bank und denjenigen, über den die Auskunft erholt wird und damit auch Kenntnis über dessen die Kreditwürdigkeit bedingenden Verhältnisse besitzen, also in erster Reihe die Bankvorstände und die Prokuristen.

VI. Haftung des Rechtsanwalts aus Ratserteilung s. § 611 Nr. V 3 ff., insbesondere 7.

VII. Haftung des Notars aus Ratserteilung s. § 611 Nr. VI 2, 3.

Elfter Titel. Geschäftsführung ohne Auftrag.

Vorbemerkung: 1. Die Haftung der Ehefrau für Leistungen zum Unterhalt der Familie, insbesondere für ärztliche Behandlung wird von Josef in zwei Aufsätzen eingehend besprochen und nur nach § 826 für begründet erachtet (§ 677 Nr. III 2). —

2. Mit dem Ersatzanspruch der Armenverbände gegen den zu Vermögen gelangten Unterstützten beschäftigen sich zwei Entscheidungen des **RG.** und die OLG. München, Breslau, Kiel (§ 683 Nr. III 1—4).

§ 677. Literatur: Josef, Haftung der Ehefrau für Leistungen zum Unterhalt der Familie, Seuff. Bl. **11** 13—21. — Josef, Die Haftbarkeit der Frau gegenüber dem Arzte KGBl. **11** 66—68. — Josef, Das Recht am eigenen Leben, GesuR. **12** 269.

I. Verfügungsbefugnis des Leiters einer Heilanstalt hinsichtlich der von dem eingelieferten Kranken eingebrachten Gegenstände. **RG.** JDR. **9** Nr. III 2 jetzt auch SeuffBl. **11** 169.

II. KGBl. **11** 132 (LG. II Berlin). Kein Honoraranspruch des Arztes für die Behandlung der volljährigen unverheirateten, nicht im Haushalte des Vaters lebenden Tochter gegen den Vater; denn der Arzt ist auf Grund eines mit der Tochter geschlossenen Dienstvertrags tätig geworden.

III. Haftung der Ehefrau für Leistungen zum Unterhalte der Familie, insbesondere für ärztliche Behandlung (s. JDR. **9** Nr. II). 1. KGBl. **11** 23 (KG.). Die Frau des erwerbsunfähigen Mannes haftet für die Forderungen des von ihr zugezogenen Arztes nicht aus auftragloser Geschäftsführung (auch nicht aus ungerechtfertigter Bereicherung). Die §§ 1360, 1601 ff., 1606 betreffen nur das Innenverhältnis der Familienmitglieder. Die auftraglose Geschäftsführung ist auch deshalb ausgeschlossen, weil der Arzt die Leistung auf Grund eines Vertrags mit einem Dritten bewirkt hat. Auch § 687 Abs. 2 liegt nicht vor.

2. Josef, SeuffBl. **11** 13—21. a) Hat der Gläubiger auf Grund eines mit dem Manne geschlossenen Vertrags Leistungen bewirkt, die dem Unterhalte der Familie dienen, und war zur Zeit dieser Leistungen wegen Vermögenslosigkeit des Mannes die Frau unterhaltspflichtig (§§ 1360 Abs. 2, 1606 Abs. 2 Satz 2), so steht dem Gläubiger gegen die Frau kein Anspruch aus auftragloser Geschäftsführung zu. Denn hat der Mann in eigenem Namen abgeschlossen, so kann nach dem aus § 164 Abs. 2 ersichtlichen Offenheitsgrundsatze der bloße Umstand, daß der Gläubiger vielleicht ein Geschäft für die unterhaltspflichtige Frau hat führen wollen (§ 677), ihm keine Ansprüche gegen die Frau verschaffen. Nur, wenn er diese Absicht dem Manne erklärt und dieser in berechtigter Vertretung der Frau sie hat verpflichten wollen, hätte der Gläubiger Ansprüche gegen die Frau erworben. Die Frau ist auch nicht ungerechtfertigt bereichert. b) Haben die Gläubiger mit der

Frau den Vertrag geschlossen und fällt dieser in den häuslichen Wirkungskreis der Frau (§ 1357), so wird nur der Mann Schuldner. Die Frau haftet weder aus auftragloser Geschäftsführung noch aus ungerechtfertigter Bereicherung. c) Die Frau haftet jedoch aus § 826, wenn sie auf Grund der Schlüsselgewalt abschließt, also den Mann zum Schuldner macht, obwohl sie weiß oder sich zweifellos sagen muß, daß der Mann zahlungsunfähig ist und voraussichtlich bleiben wird. Ebenso, wenn in bewußtem Einverständnisse der Eheleute der vermögenslose Mann den Vertrag abgeschlossen hat zu dem Zwecke, um zu verhindern, daß der Gläubiger seine Befriedigung aus dem Vermögen der Frau erlangen könne. — Ebenso: Josef, KGBl. **11** 66—68.

§ 679. 1. RheinZ. **3** 513 (Karlsruhe). Nützliche Geschäftsführung auch durch Erfüllung einer dem Auslande gegenüber bestehenden öffentlich-rechtlichen Pflicht.

2. Anspruch der geschiedenen Frau gegen den Mann auf Erstattung des einem aus der Ehe stammenden Kindes gewährten Unterhalts. OLG. **22** 328, SächsOLG. **32** 558, R. **11** Nr. 2553 (Dresden). Der beklagte Unterhaltspflichtige hatte die Herausgabe seines Sohnes ernstlich gefordert, er war zu seiner Unterhaltung willens und imstande, und es läßt sich nicht bezweifeln, daß der Sohn, wenn ihn die Mutter nicht dem Vater vorenthielt, seinen Unterhalt vom Vater rechtzeitig erhalten haben würde. Das Dazwischentreten der geschäftsführenden Klägerin hat also nicht die Gefahr, daß der Vater seine Unterhaltspflicht nicht erfüllen werde, abgewendet, sondern im Gegenteile dessen Absicht, diese Pflicht zu erfüllen, vereitelt. Daher kein Anspruch auf Ersatz.

3. Anspruch des Arztes, der einem Selbstmörder Hilfe gewährt. Josef, GesuR. **12** 269. Der Arzt, der dem Selbstmörder Hilfe gewährt, hat als Geschäftsführer ohne Auftrag Anspruch auf Vergütung. Ohne die ärztliche Tätigkeit würde die im öffentlichen Interesse liegende Pflicht des Lebensmüden, am Leben zu bleiben, nicht erfüllt werden.

§ 683. Literatur: Schmitt, Die Verjährung des Ersatzanspruchs aus auftragloser Geschäftsführung, Seuff. Bl. **11** 461—465.

I. Beweislast. 1. OLG. **22** 326 (Rostock). Der Kläger hat eine fällige Schuld der Beklagten bezahlt, deren Tilgung ihrem Willen und ihrem Interesse entsprach; er selbst war dem Gläubiger der Beklagten nicht verpflichtet. Gegenüber dieser Sachlage, die an sich nach der Erfahrung des Lebens die Annahme einer dem § 683 entsprech nden Geschäftsführung rechtfertigt, liegt den Beklagten die Beweislast dahin ob, daß eine besondere Vereinbarung abgeschlossen ist, wonach der Kläger die Schuld der Beklagten in Erfüllung einer von ihm übernommenen Verbindlichkeit erfüllt hat.

2. OLG. **22** 327 (Celle). Es genügt, wenn der Ersatz Verlangende einen Sachverhalt dartut, der für sich betrachtet, nach dem regelmäßigen Zusammenhang der Dinge zunächst die Folgerung rechtfertigt, daß er Aufwendungen gemacht hat. Sache des Gegners ist es, besondere Umstände nachzuweisen, infolge deren die geleisteten Zahlungen keine Aufwendungen waren, sondern mit dem Gelde geleistet wurden, das der Gegner ihm selbst vorher gegeben hatte.

II. Verjährung. Schmitt, SeuffBl. **11** 461—465. Der Ersatzanspruch ist selbständiger Natur. Unterliegt die vom Geschäftsführer für einen anderen erfüllte Verbindlichkeit der kurzen Verjährung, so verjährt der hieraus entstehende Ersatzanspruch trotzdem erst in 30 Jahren (§ 195).

III. Ersatzansprüche der Armenverbände. 1. In Preußen. a) **RG.** III. 20. 12. 10, **75** 84, JW. **11** 228 Nr. 45, SeuffA. **66** 316. Gemäß § 68 Abs. 2 PrAGUWG. (PrG. vom 8. März 1871, Novelle vom 11. Juli 1891 Art. III) haben auf Grund öffentlichen Rechtes in Preußen die Armenverbände wegen der von ihnen gemachten Aufwendungen einen — im ordentlichen

Rechtswege verfolgbaren — Ersatzanspruch gegen den unterstützten Armen, wenn dieser zu Vermögen gelangt. Vgl. auch GVG. § 13 Nr. I 11 a. b) Ebenso: **RG.** II. 28. 3. 11, **76** 69, JW. **11** 495 Nr. 27, DJZ. **11** 762.

2. In Bayern. SeuffA. **66** 446, SeuffBl. **11** 435 (München). Die bayerische Armenpflege kann für ihre Aufwendungen Ersatz von den Unterhaltspflichtigen verlangen (vgl. G. vom 26. April 1869 und 3. Februar 1888 Artt. 5, 5 a), und zwar, auch wenn sie über das ihr nach diesen Gesetzen obliegende Maß der Unterstützung hinausgeht, in dem Umfange, in denen den Unterhaltspflichtigen nach bürgerlichem Rechte die Unterhaltspflicht obliegt. Vgl. auch GVG. § 13 Nr. I 11 b.

3. BreslauAK. **11** 8 (Breslau). Kein privatrechtlicher Anspruch des Armenverbandes auf Ersatz der gewährten Unterstützungen für die Vergangenheit, da er mit der Unterstützung nicht ein Geschäft für einen anderen, den Beklagten, besorgt, sondern seine eigene öffentlich-rechtliche Pflicht aus dem Unterstützungswohnsitzgesetz erfüllt hat.

4. SeuffA. **66** 471 (Kiel). Erstattungsansprüche der Armenverbände unterliegen nicht der Beschränkung aus § 1613 BGB.

§ 685. Trotz Erfüllung einer öffentlichen Pflicht kann die Absicht, Ersatz zu verlangen, vorliegen. **RG.** VI. **75** 276 (283), R. **11** Nr. 1293. Daß der Geschäftsführer bei seiner Tätigkeit zugleich eine ihm obliegende öffentliche Pflicht als Träger der örtlichen Polizeigewalt erfüllt — z. B. eine Stadtgemeinde bei Unterbringung und Verpflegung von Fürsorgezöglingen auf Grund des rechtskräftigen Beschlusses des Vormundschaftsgerichts bis zur Entscheidung des Provinzialverbandes über die Unterbringung — schließt einen Ersatzanspruch für dem Privatrecht unterstehende Leistungen, wie sie die Gewährung von Unterhalt darstellt, nicht aus. Es verhält sich damit, wie mit dem Ersatzanspruche für Aufwendungen des unterhaltspflichtigen Vaters oder Ehemanns an einem körperlich verletzten Kinde oder der Ehefrau gegenüber dem Schädiger. So hat auch der erkennende Senat einen Ersatzanspruch auf Grund auftragloser Geschäftsführung anerkannt in einem Falle, wo eine Stadtgemeinde im Interesse der öffentlichen Ordnung Aufwendungen für Leistungen (Fortschaffung von Verunglückten und Hilfsbedürftigen von den öffentlichen Straßen und Plätzen der Stadt) gemacht hatte, die dem von der Stadtgemeinde getrennten staatlichen Träger der örtlichen Polizeigewalt oblagen.

§ 687. Absatz 2 Satz 1. Literatur: Josef, Der Anspruch des Eigentümers auf den Kaufpreis bei schuldhafter Veräußerung der Sache durch einen Dritten. RheinZ. **3** 343—347.

1. Im Anschluß an **RG.** JDR. 8 Nr. 1 (= JDR. **9** Nr. 1) erörtert Josef die bewußt rechtswidrige Veräußerung einer fremden Sache und die Wiederaufhebung des Geschäfts, insbesondere den dort unentschiedenen Fall, daß der Geschäftsherr vor der Rückgängigmachung des Geschäfts eingreift. Hat jemand bewußt rechtswidrig eine fremde Sache verkauft, so steht nach §§ 687 Abs. 2, 681 Abs. 1 Satz 2, 677 dem Eigentümer gegen den Verkäufer der Anspruch auf Herauszahlung des Kaufpreises zu. Aber jenes Kaufgeschäft ist und bleibt ein Geschäft des Verkäufers; dieser kann es daher durch Vereinbarung mit dem Käufer aufheben und hiermit den Anspruch des Eigentümers auf Herauszahlung des Kaufpreises beseitigen. Hat der Verkäufer jedoch die Aufhebung des Geschäfts bewirkt, weil ihm bekannt war, daß der Eigentümer von ihm den Kaufpreis zu verlangen beabsichtige, so hat diese Vereitelung des dem Eigentümer zustehenden Anspruchs zur Folge, daß der Verkäufer nach § 826 sich auf die erfolgte Aufhebung des Vertrags nicht berufen kann.

2. Geschäftsführung durch Abschluß vertraglich verbotener Geschäfte. OLG. **22** 328 (Hamburg). Keine Führung fremder

Geschäfte liegt vor, wenn jemand, der vertraglich zugunsten des Klägers verpflichtet ist, keine Geschäfte über Metalle mit einem Dritten, X., zu machen, dies dennoch tut. In den Fällen des **RG. 46** 14, **62** 320, **70** 249 [JDR. 8 Nr. 2]) handelt es sich um das ausschließliche Recht des Urhebers (Patentinhabers). Ein entsprechendes ausschließliches Recht, mit X. Geschäfte zu machen, hat der Kläger nicht. Abgesehen vom Beklagten hätte jeder Dritte mit X. Geschäfte machen dürfen. Daher auch kein Anspruch auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung (vgl. JDR. **9** § 259 Nr. 2 c).

Zwölfter Titel. Verwahrung.

§ 688. 1. Unterschied zwischen Auftrag und Verwahrung. Vgl. § 662 Nr. 1.

2. SächsRpflA. **11** 487 (Dresden). Kein Verwahrungsvertrag, wenn B. die Sachen nicht für die Klägerin aufbewahren, sondern sie nach wie vor für sich besitzen sollte mit der einem Eigentümer zustehenden Befugnis, sie im eigenen Namen und für eigene Rechnung jederzeit und nach freiem Belieben weiterzuveräußern. Ebensowenig liegt infolge der Verpflichtung, die veräußerten Gegenstände durch solche gleicher Art und gleichen Wertes zu ersetzen, ein unregelmäßiger Verwahrungsvertrag im Sinne von § 700 Satz 2 vor.

3. **RG.** III. BayRpflZ. **11** 384, SeuffBl. **11** 734, R. **11** Nr. 3433. Eine Verwahrungspflicht der Zollverwaltung für Güter, die nach der Aushändigung an den Empfangsberechtigten in dem Raume der Zollverwaltung stehen bleiben, also über den Zeitpunkt der Aushändigung hinaus etwa bis zum Wegschaffen der Kiste aus dem Raume der Zollverwaltung, besteht nicht. Sie läßt sich weder aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 688 ff. noch aus § 242 ableiten. Auch die Pflicht des Verwahrers endet mit der Rückgabe der Sachen, und die Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordert eine Fortdauer der Verwahrungspflicht jedenfalls dann nicht, wenn der Berechtigte die Sachen mit Zustimmung des Verwahrers übernommen hat, sich dann aber anders entschließt und die Sachen liegen läßt. Um eine Verwahrungspflicht über den Zeitpunkt der Aushändigung hinaus zu begründen, hätte ein neuer Verwahrungsvertrag geschlossen werden müssen.

4. **RG.** III. WarnE. **11** 362. Keine Haftung für Aushändigung von Wertpapieren, die in einer Badeanstalt gegen Pappmarken zur Aufbewahrung übergeben sind, an einen Unberechtigten, der die Pappmarke aus der Badezelle gestohlen hatte.

5. SeuffBl. **11** 599 (München). Ist der wegen Annahmeverzugs des zur Rücknahme in Verwahrung gegebener Sachen Berechtigten (Beklagten) vorgenommene Selbsthilfeverkauf unter Verletzung des § 383 BGB. durch einen nicht zur Versteigerung öffentlich bestellten Auktionator erfolgt, so ist der Verkauf der Sachen dem Beklagten gegenüber nicht rechtswirksam, die Verpflichtung der Klägerin zur Rückgabe der Sachen besteht noch fort. Der Beklagte kann, da die Klägerin infolge der Versteigerung zur Erfüllung dieser Verpflichtung außerstande ist, Schadensersatz verlangen.

6. Bankverwahrungs- und -verwaltungsvertrag. OLG. Kiel JDR. **9** Nr. 4 jetzt auch OLG. **22** 329, R. **11** Nr. 2554.

7. Pferdeeinstellung als Verwahrungsvertrag? s. §§ 305 oder 701.

§ 700. Satz 2. Unregelmäßiger Verwahrungsvertrag s. § 688 Nr. 2.

Dreizehnter Titel. Einbringung von Sachen bei Gastwirten.

Vorbemerkung: **RG.** III 28. 2. 11 erörtert ausführlich die Gastwirtshaftung für Diebstähle. Letztere sind nicht höhere Gewalt, da mit der Entwicklung des modernen Verkehrs auch die an die Hotels zu stellenden Anforderungen gestiegen sind. Andererseits

ist auch das Publikum zu größerer eigener Sorgfalt verpflichtet. Vgl. § 701 Nr. 2 und § 254 Nr. IV 9.

§ 701. 1. *Klein, SeuffBl. **11** 518/9. Sämtliche Legalwirkungen der §§ 701 ff. BGB. — auch die des § 704 — treten ein, wenn die Sachen des Gastes eingebracht sind, mögen Gastwirt und Gast geschäftsfähig oder geschäftsunfähig sein.

2. Diebstähle sind keine höhere Gewalt. **RG.** III. 28. 2. 11, **75** 386, JW. **11** 445 Nr. 8, DJZ. **11** 873, R. **11** Nr. 1725. Diebstähle in Gasthäusern, selbst wenn sie von sog. internationalen Hoteldieben verübt werden, gehören nicht zu den Fällen höherer Gewalt. Mindestens gilt dies von solchen Diebstählen, die während den Hauptreisezeiten in den Gasthäusern höheren Ranges an verkehrsreichen Orten verübt werden. Mit der Entwickelung des Reiseverkehrs ist auch das Maß der Anforderungen gestiegen, die an die vom Wirte zu treffenden Vorkehrungen zu stellen sind. Diesen Anforderungen genügt die Verschlußeinrichtung — Verschließbarkeit der Außentüre mit Schloß und Schlüssel und der Innentüre mit Drehriegel — nicht. Auch an der Innentüre hätte außer dem Riegel noch ein Schloß angebracht sein müssen. — Wegen des mitwirkenden Verschuldens des Gastes s. § 254 Nr. IV 9.

3. OLG. **22** 333 (Dresden). Der Gastwirt, in dessen Hotel der Musterkoffer des Reisenden abhandengekommen ist, haftet, obwohl der Reisende weder den Wirt auf den Wert des Gepäcks aufmerksam gemacht noch für dessen Verwahrung gesorgt, sondern es abgelehnt hatte, die Koffer auf sein Zimmer schaffen zu lassen, und erklärt hatte, die Koffer könnten im Hausflure liegen bleiben, die nehme niemand weg. Hiermit hatte er den Wirt nicht aus der Haftung des § 701 entlassen. Wollte letzterer für Verlust nur aufkommen, wenn die Koffer in das Zimmer geschafft wurden, so hätte er dies ausdrücken und entsprechende Weisung geben müssen.

4. Eigenes Verschulden des Gastes. a) **RG.** III. 28. 2. 11, **75** 386, JW. **11** 445 Nr. 8, DJZ. **11** 873, R. **11** Nr. 1727. § 254 findet auf das Rechtsverhältnis zwischen Gastwirt und Gast Anwendung. Vgl. § 254 Nr. IV 9. b) OLG. **22** 333 (München). Kein Verschulden der Klägerin, welche ihre Schmucksachen nicht im Reisekoffer, sondern in einer verschlossenen, aber frei im Zimmer stehenden Kassette, den Schlüssel hierzu in dem im Zimmer befindlichen Schreibtische verwahrt und dessen Schlüssel unter die Schreibmappe gelegt hat. Denn die besonderen Umstände des Falles rechtfertigen diese Art der Verwahrung: Die Klägerin hatte sich vorher bei der Vorsteherin des Hospizes erkundigt, ob im Hause noch nichts vorgekommen sei und ob sie auf das Dienstpersonal vertrauen könne, und hatte vollständig beruhigende Auskunft erhalten.

5. Pferdeeinstellung (vgl. auch § 305). OLG. **22** 330 (Hamburg). Pflicht des Gastwirts zur vertragsmäßig übernommenen Aufbewahrung und Beaufsichtigung des Gespanns eines Gastes als entgeltliche Nebenleistung neben der Gewährung von Speise und Trank. Haftung für den Hausknecht.

§ 702. **RG.** III. **75** 386, JW. **11** 445 Nr. 8, R. **11** Nr. 1729. Ist in einem Gasthaus in einem Fremdenzimmer zur Nachtzeit ein Diebstahl begangen worden, so hat der davon in Kenntnis gesetzte Gastwirt den verschiedenen möglichen Ursachen dafür, daß ein Diebstahl in dem Zimmer verübt werden konnte, nachzuspüren, insbesondere zu untersuchen, ob der Diebstahl durch die mangelhafte Einrichtung des Türverschlusses möglich gewesen ist. Unterläßt der Gastwirt diese Nachprüfung und ist ein demnächst begangener weiterer Diebstahl auf denselben Mangel zurückzuführen, so ist der weitere Diebstahlsschade als durch den Gastwirt verschuldet anzusehen.

Vierzehnter Titel. Gesellschaft.

Vorbemerkung: Das Reichsgericht hat in Band 75 und 76 nur eine Entscheidung über das Gesellschaftsrecht veröffentlicht (**76** 278). Sie betrifft die Frage, ob

die Forderungen auf ausstehende Gesellschaftsbeiträge zum Gesellschaftsvermögen gehören: der I. Senat hat im Gegensatze zu der vom II. Senat (**RG. 54** 297) vertretenen Ansicht diese Frage bejaht. Der II. Senat scheint demgegenüber auf seiner früheren Ansicht zu beharren, wie sich aus dem Urteile v. 23. 6. 11 (**RG. 76** 434/436) ergibt, wo es heißt: „Die Gesellschaft nach BGB. hat keine selbständige Rechtspersönlichkeit, kann also auch nicht einen Anspruch auf Zahlung der Mitgliederbeiträge erwerben".

Literatur: Kaufmann, Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen (Band 22 Heft 2 der Fischerschen Abhandlungen).

§ 705. I. Begriff und Wesen des Gesellschaftsvertrags. 1. *Kaufmann aaO. a) (39ff.): Der gesamthändische Gesellschafts(errichtungs)-vertrag ist ein personenrechtlicher Vertrag, weil mit Rücksicht auf das Prinzip des § 137 (s. Bem. 1 das.) weder eine obligatorische Abrede nach dem Gesetze zulässig, noch ein sachenrechtliches Institut im Gesetze vorgesehen ist, wodurch der einzelne sich selbst in solcher (gesamthändischer — § 719; s. Bem. 1 das.) Weise verfügungsimpotent stellen kann. Diese Kraft hat (im Privatrechte) nur das Vorhandensein eines personenrechtlichen Verhältnisses (vgl. z. B. die Ehe) — hier der gegründeten Gesellschaft. b) (50 f.): Die Wirkung der Gesamthand erstreckt sich auch auf die rechtliche Zuständigkeit des Gesellschaftsvermögens. Die „Anteile", von denen das Gesetz spricht, sind deshalb als Bezeichnung der gesamthändischen Mitträgerschaft der Gemeinschaftssphäre und als bruchteilsmäßig nicht abgegrenzt zu betrachten, wogegen weder (10 f.) logische Gründe, noch (47 ff.) Gründe aus dem Gesetz oder den Materialien sprechen. Denn „aus den Gemeinschaften zur gesamten Hand ist das Bruchteilsprinzip zwar nicht verbannt, wohl aber aus dem unmittelbaren Bereiche der gesamten Hand". c) (36): Die „Anteile" sind also ein Vermögensrecht kraft Personenrechts, aber nicht selbst personenrechtlicher Natur (wie Sohm will: Gegenstand 39 Anm. 2 und sonst). Denn „personenrechtliche Anteile am Vermögen" sind wohl nach Sohms neuer Definition von Personenrecht — nicht aber nach der bisherigen Terminologie vorstellbar. Die insbesondere von Oertmann (Schuldverh. Vorbem. vor § 705; seitdem viele) als neue Theorie der Gesamthand auf den Schild gehobene gelegentliche Formulierung Sohms „Anteile kraft Personenrechts" trifft deshalb zu, erschöpft aber weder Sohms (von den zahlreich Zustimmenden meist nicht geteilte) Auffassung, noch widerspricht irgend einer Anschauung von geteilter oder ungeteilter (d. h. gesamthändischer) Mitberechtigung der Gesellschafter am Zuständigkeitsrechte, die überhaupt nur von der Vorstellung der Gesellschaft als einer gesamthändischen Gemeinschaft ausgeht (z. B. bloßer gesamthändischer Verwaltungsgemeinschaft, wie Joerges, GoldschmidtsZ. **49** u. **51**). d) (75): Das Nebeneinanderbestehen mehrerer gesamthändischer Gesellschaften zwischen denselben Personen muß schon um deswillen für zulässig erachtet werden, weil auch sonst vielfach unvermeidlicherweise mehrere getrennte Gesamthandsgemeinschaften zwischen denselben Personen vorkommen, z. B. Erbengemeinschaft und fortgesetzte Gütergemeinschaft.

2. Wesentliche Erfordernisse; Notwendigkeit von Vermögen. R. **11** Nr. 3074 (KG.). Ein Gesellschaftsvertrag erfordert nicht, daß ein Gesellschaftsvermögen gebildet wird und daß ein etwaiger Verlust alle Gesellschafter trifft.

II. Abgrenzung gegen andere Rechtsgebilde. 1. Geiler, LeipzZ. **11** 505. Verein und Gesellschaft. Nach dem Rechte des BGB. ist nicht die Rechtssubjektivität oder der Mangel derselben das entscheidende Kriterium für die Abgrenzung der Begriffe Verein und Gesellschaft: denn das BGB.

bezeichnet mit dem Ausdrucke Verein nicht nur Gemeinschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit, sondern auch Gemeinschaften ohne solche. Man hat deshalb in Theorie und Praxis die Grenze anders zu ziehen versucht, und namentlich wurden die korporative Organisation und eine nicht nur für Ausnahmefälle zugelassene, sondern schon im Zwecke der Vereinigung liegende Veränderlichkeit des Personenbestandes als die besonderen Merkmale des Vereins gegenüber der Gesellschaft angesehen (vgl. **RG. 60** 94). Aber auch diese Unterscheidungsmerkmale sind nicht immer stichhaltig. Vielmehr liegt der Wesensunterschied darin, daß bei dem Vereine keine wirtschaftliche Beteiligung der Mitglieder an dem Gemeinschaftsvermögen besteht, während bei der Gesellschaft grundsätzlich eine wirtschaftliche Beteiligung der Mitglieder am Vermögen der Gemeinschaft gegeben ist. Mit anderen Worten: bei dem Verein ist die Beziehung der einzelnen Mitglieder zu dem Vereinsvermögen eine so lose, daß es wirtschaftlich nicht als Vermögen der Vereinsmitglieder betrachtet wird, weshalb z. B., wenn nicht ausnahmsweise die Satzung etwas anderes bestimmt, sein aus dem Verein ausscheidendes Mitglied keinerlei Recht an dem Vereinsvermögen geltend machen kann.

2. OLG. **22** 334 (Hamburg). Der Umstand, daß den Gesellschaftern das Recht der Kündigung versagt ist und daß einzelne Mitglieder ohne Aufhebung der Identität der Gesellschaft ausscheiden können, wenn sie ihre Anteile an einen neuen Erwerber, der für sie eintritt, veräußern, schließt die Annahme, daß eine Gesellschaft und nicht ein Verein vorliegt, nicht aus.

III. Einzelfälle. 1. a) Worrings, Die Emissionskonsortien 5 ff. Die Emissionskonsortien sind ihrer juristischen Natur nach Gesellschaften des bürgerlichen Rechtes. Über ihre Rechtsverhältnisse vgl. unten §§ 709, 718, 723, 727. **b)** Unterkonsortialverträge. **RG.** BayRpflZ. **11** 401, R. **11** Nr. 3075. Die Rechtsprechung hat vielfach in Fällen der Überlassung einer Beteiligung durch den Teilhaber eines zur Emission von Wertpapieren gegründeten Konsortiums die Annahme eines nach §§ 705 ff. BGB. zu beurteilenden Untergesellschaftsvertrags gebilligt (vgl. **RG. 67** 395). Der Unterbeteiligte hat in solchen Fällen keine Rechte gegen die Hauptgesellschaft, insbesondere keinen Einfluß auf deren Geschäftsführung, er muß alle Verfügungen der Hauptgesellschafter und ihre Geschäftsführung gegen sich gelten lassen, soweit sie ordnungsmäßig geschehen sind und die Geschäfte sich im Rahmen des Hauptgesellschaftsvertrags halten; der die Beteiligung überlassende Hauptgesellschafter hat dem Unterbeteiligten nach § 708 für die Sorgfalt einzustehen, die er in eigenen Angelegenheiten anwendet.

2. Gläubigervereinigung. **RG.** R. **11** Nr. 3806. Eine Gesellschaft liegt vor, wenn Gläubiger zur Sanierung der finanziellen Verhältnisse ihres Schuldners zusammentreten und die Sanierung nach einem bestimmten Plane zu versuchen beschließen.

3. Lotteriespielgemeinschaft. **RG.** (Straff.) **43** 55. Wenn der geschäftsführende Gesellschafter das Los im eigenen Namen, aber mit der Absicht, es für die Gesellschaft zu erwerben, ankauft, werden die anderen Gesellschafter ohne weiteres Miteigentümer zur gesamten Hand. Vgl. **RG.** JW. **04** 360; hier hatte das RG. im gleichen Falle das Erneuerungslos für gemeinsames Eigentum der Gesellschaft erklärt. Gegen die Richtigkeit des ersten Urteils, soweit das Verhältnis nach außen in Frage kommt, wendet sich Smoschewer, JW. **11** 314 unter Bezugnahme auf **RG. 54** 106.

4. a) **RG.** GruchotsBeitr. **54** 147. Ein auf den gemeinsamen Ankauf eines Grundstücks zwecks Zerteilung und Weiterveräußerung gerichteter Vertrag kann als Gesellschaftsvertrag angesehen werden. Eine Einigung darüber, bis zu welchem höchsten Preise der Erwerb des Gutes erfolgen dürfe, war im voraus nicht nötig. Mangels einer anderen Vereinbarung haben die Gesellschafter den

Preis durch gleiche Beiträge aufzubringen. b) OLG. 22 336 (Hamm). Kauf eines Grundstücks für gemeinschaftliche Rechnung, aber unter Auftreten des einen Gesellschafters als Alleinkäufers und Zahlung des ganzen Kaufpreises durch diesen einen Gesellschafter wegen momentaner Zahlungsunfähigkeit des anderen Gesellschafters, aber unter Verpflichtung des letzteren, die Hälfte der Anzahlung dem Genossen zu vergüten. Der Vertrag kann dahin ausgelegt werden, daß die Beitragspflicht des einen Gesellschafters erhöht und Rückforderung des verauslagten Geldes erst bei späterer Auseinandersetzung zulässig sein soll, oder auch dahin, daß die Vorlage des einen ihm alsbald von dem anderen aus eigenem Vermögen zu erstatten sei. Im letzteren Falle liegt ein mittelbar dem Gesellschaftszwecke dienender Darlehnsvertrag vor.

5. Kartelle. a) Rechtlicher Charakter der reinen Unterlassungskartelle. Silberberg, JW. **11** 144, führt aus, daß die Kartelle zwar nicht reine Gesellschaften im Sinne des BGB. sind, wohl aber einen gesellschaftsähnlichen Charakter haben, und daß deshalb manche Vorschriften der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft auf sie analoge Anwendung finden. So sind die Kartellgenossen gemäß § 705 BGB. verpflichtet, die Erreichung des gemeinsamen Zweckes zu fördern. Ebenso haben (§ 708 BGB.) die Kartellgenossen bei Erfüllung der ihnen obliegenden Verpflichtungen nur für die Sorgfalt einzustehen, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. Der Eintritt eines Außenseiters in das Kartell erfolgt durch Abschluß von Verträgen zwischen diesem und jedem einzelnen Kartellgenossen, und zwar ist die überstimmte Minderheit auf Grund ihrer Pflicht, die Erreichung des Kartellzwecks zu fördern, zum Vertragsabschlusse verpflichtet. Für die Kündigung des Kartellvertrags findet, wenn er auf unbestimmte Zeit geschlossen, § 723 Abs. 1 Satz 1 BGB. Anwendung. Ist eine Zeitdauer bestimmt, so ist eine Kündigung vor deren Ablauf nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zulässig (§ 723 Abs. 1 Satz 2). Als solcher ist Unmöglichwerden der Erfüllung einer Kartellpflicht — beispielsweise das Entstehen einer überstarken Außenseitermacht — anzusehen. Eine vertragliche Beschränkung oder Aufhebung des Kündigungsrechts ist nichtig (§ 723 Abs. 3); zulässig jedoch die Einsetzung eines Schiedsgerichts, das über das Vorliegen eines wichtigen Grundes zu entscheiden hat. Auf den Ausschluß eines Kartellgenossen findet § 737 Anwendung. §§ 727 und 728 (Auflösung im Falle des Todes eines Kartellgenossen oder bei Konkurseröffnung über das Vermögen eines Genossen) sollen keine Anwendung finden. **b)** Die Kartelle im § 723 BGB. Klarenaar, LeipzZ. **11** 918. Die Bestimmung des § 723 Abs. 1 Satz 1, daß bei einer nicht für eine bestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft jeder Gesellschafter jederzeit kündigen kann, ist zwingenden Rechtes. Die Ausübung dieses jederzeitigen Kündigungsrechts würde aber die Erreichung des Kartellzwecks unmöglich machen. Es ist deshalb ein auf unbestimmte Zeit abgeschlossener Vertrag für die Kartellierung eines Handels- oder Gewerbezweigs ungeeignet, und es ist daher bei Gründung darauf zu achten, daß in der Satzung in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise eine bestimmte Zeitdauer festgesetzt wird. Unzulässig wäre eine Satzungsbestimmung, daß das Kartell auf unbestimmte Zeit geschlossen, die Mitglieder aber auf ihr Kündigungsrecht für die ersten 3 oder mehr Jahre verzichtet hätten. Bisweilen versucht man noch in anderer Weise die Vorschrift des ersten Satzes des § 723 zu umgehen: man begrenzt einerseits die Dauer der Gesellschaft auf eine genau bestimmte Zeit, erklärt aber andererseits, daß die Gesellschaft bei Ablauf dieser Zeit fortbestehen soll, falls nicht besondere in der Satzung angegebene Umstände eintreten, die ihrerseits die Auflösung herbeiführen. Auch hier liegt ein Abschluß auf unbestimmte Zeit vor, so daß jederzeit gekündigt werden kann. c) Kündigung des Lieferungsvertrags durch ein Syndikatsmitglied nach § 723. **RG. 74**

33. Beruht das Syndikatsverhältnis (Vereinigung zur Regelung des Absatzes und Erzielung eines angemessenen Verkaufspreises) auf einem Vertrage, bei dem als wechselseitig berechtigte und verpflichtete Vertragsparteien beteiligt sind die einzelnen Mitglieder des Syndikats und die zur Erreichung des Vereinigungszwecks als gemeinsame Geschäftsstelle gegründete Gesellschaft, dann sind diese Vertragsbeziehungen, für die die Beteiligten keine besondere Gesellschaftsform gewählt haben, in ihrer Gesamtheit als Gesellschaft nach §§ 705 f. anzusehen. Haben sich aber die Syndikatsmitglieder zunächst zu einer GmbH. vereinigt und schon durch diesen Vertrag diejenige Regelung der gegenseitigen Rechte und Pflichten vereinbart, die ihnen zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes erforderlich erschien, und wurde im Anschlusse hieran in einem zweiten, mit dem neuen Rechtssubjekte geschlossenen Vertrage das Lieferungsverhältnis, aber auch nur dieses, geregelt, dann standen sich bei diesem zweiten Vertrage nicht mehr gegenüber die einzelnen Mitglieder des Syndikats, vielmehr wurde der Vertrag geschlossen zwischen der GmbH. einerseits und den Mitgliedern des Syndikats andererseits. Damit ist aber die Annahme, daß der Lieferungsvertrag als solcher ein Gesellschaftsvertrag nach BGB. sei, unvereinbar. Vgl. zu der Frage auch SchlHolstAnz. **11** 53 (Kiel). **d)** Aufnahme neuer Mitglieder. **RG.** BayerZ. **18** 261. Die Aufnahme neuer Mitglieder, die eine Abänderung der Beteiligungsziffer zur Folge hat, darf nur einstimmig erfolgen, wenn zu einer Änderung des Gesellschaftsvertrags Einstimmigkeit im Statute verlangt wird.

6. Gewerkschaft. OLG. **22** 337 (Braunschweig). Ein Vertrag, der auf die Begründung einer Gewerkschaft abzielt, begründet unter den Teilnehmern ein Gesellschaftsverhältnis, kraft dessen die Teilnehmer sich gegenseitig verpflichtet sind, gemeinschaftlich die Gewerkschaft ins Leben zu rufen. Dies Urteil behandelt weiter die Frage, ob dieser Anspruch gegen die Mitgesellschafter auf Gründung der Gewerkschaft durch „Abtretung der Kuxe" übertragbar ist und inwieweit damit der Zessionar einen Auflassungsanspruch gegen den Gesellschafter erwirbt, der das Bergwerk einwerfen soll.

7. Verhältnis zwischen Verleger und Herausgeber einer Zeitschrift. SeuffA. **66** 230 (Stuttgart). Bei der Herausgabe einer Zeitschrift kann das zugrunde liegende Rechtsverhältnis zwischen Herausgeber und Verleger verschieden gestaltet sein. Möglich ist, daß der Verleger von vornherein als treibende Kraft die Sache in die Hand nimmt und im Wege des Dienstvertrags (§ 611 BGB.) einen Herausgeber anstellt. Es ist aber auch denkbar, daß ein wissenschaftlicher Forscher als Herausgeber mit einem Buchhändler einen Verlagsvertrag abschließt. Im ersten Falle wird dem Verleger, im zweiten dem Herausgeber das Verfügungsrecht über die Zeitschrift zustehen, so daß im ersten Falle der Verleger, im zweiten der Herausgeber den Vertrag kündigen und die Zeitschrift als sein Unternehmen unter dem alten Namen fortsetzen kann. Es kann aber auch das Verhältnis so sein, daß Verleger und Herausgeber gemeinsam den Plan ersinnen und die Herausgabe als eine gemeinsame, durch beiderseitige Beiträge aufrechterhaltene Angelegenheit betreiben, ohne daß der eine Teil zum anderen in einem Abhängigkeitsverhältnisse steht. Dann liegt eine Gesellschaft vor.

IV. Abänderung des Gesellschaftsvertrags durch Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter. Loebinger, DJZ. **11** 150, hält die im Aktienrechte, bei der GmbH., beim rechtsfähigen Vereine gegebene Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen für Satzungsänderungen nicht für Ausnahmefälle, die eine analoge Anwendung ausschließen, sondern führt aus, die Möglichkeit, Änderungen des Gesellschaftsvertrags im Wege eines Mehrheitsbeschlusses festzusetzen, ergebe sich ohne weiteres aus dem Prinzipe der Vertragsfreiheit, und bei den genannten Gesellschaftsarten habe diese Möglichkeit nur durch bestimmte Vor-

schriften eingeengt werden sollen. Bei einer erheblichen Interessengefährdung des überstimmten Gesellschafters durch den Mehrheitsbeschluß sei ihm die Möglichkeit sofortiger Kündigung gemäß § 723 BGB. gegeben.

§ 709. 1. Begriffliches. *Fuchs, Vermögen (s. Vorbem. zu §§ 90 ff.). In Wahrheit hat jeder Gesellschafter nur die Verwaltung seines eigenen — ein Sondervermögen bildenden — Anteils. Durch den dinglich wirkenden Gesellschaftsvertrag jedoch sind sämtliche Gesellschafter gezwungen, die Verwaltung ihrer Anteile gleichmäßig zu führen, wodurch es erscheint, als sei das „Gesellschaftsvermögen" ein einheitliches Verwaltungsobjekt (46 ff.).

2. Einklagung von Gesellschaftsforderungen durch einen Gesellschafter, dem die Geschäftsführung nicht übertragen ist, ist nicht zulässig, auch dann nicht, wenn die Klage auf Zahlung an alle Gesellschafter gerichtet ist. Eine analoge Anwendung des § 432 BGB. erscheint unzulässig, OLG. **22** 336 (Cassel); aM. **RG. 70** 32 über die analoge Anwendbarkeit des im § 432 enthaltenen Grundgedankens. Vgl. auch **RG.** R. **11** Nr. 2873, abgedr. bei § 717.

3. Abs. 2. Geschäftsführung durch eine Vorstandschaft. OLG. **22** 334 (Hamburg). Ist zwar im Statut nicht ausdrücklich bestimmt, daß Stimmenmehrheit entscheide, spricht aber das Statut von dem „Erwählen eines Vorstandes", ferner davon, daß jedem Mitgliede für je einen Anteil eine Stimme zustehe, und ist endlich zur Beschlußfassung über eine Statutenänderung oder Auflösung die Anwesenheit der Hälfte der Mitglieder und eine Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen nach dem Statut erforderlich, so ergibt sich aus diesen Vorschriften als selbstverständlich, daß andere, minder wichtige Beschlüsse als die der Auflösung und Statutenänderung, also z. B. bei Wahl des Vorstandes, mit einfacher Mehrheit gefaßt werden dürfen.

4. *Worrings, Die Emissionskonsortien. Über die Besonderheiten bei der Leitung der Emissionskonsortien s. dort 20 ff. Bei größeren Konsortien ist die Geschäftsführungsbefugnis häufig zwischen der „Konsortialleitung" und dem „Konsortialausschusse" geteilt.

§ 713. 1. Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB. **RG.** JW. **11** 808. Der Satz, daß der Gesellschafter, der seinerseits nicht erfüllt, z. B. die Beiträge nicht geleistet oder bei der Veräußerung des der Gesellschaft gehörigen Gutes nicht mitgewirkt habe, Erfüllung auch vom anderen Gesellschafter nicht verlangen, also z. B. Anspruch auf den bei der Veräußerung des Gutes erzielten Gewinn nicht machen könne, findet sich im BGB. nicht, läßt sich auch nicht aus den allgemeinen Bestimmungen über den gegenseitigen Vertrag begründen, deren Anwendbarkeit auf den Gesellschaftsvertrag zwar anzunehmen, aber doch auf die unmittelbar durch ihn begründeten gegenseitigen Verpflichtungen, z. B. die Beitragspflicht zu beschränken ist. Hier kann es sich nur fragen, ob der Anspruch auf Beteiligung am Gewinne deshalb ausscheidet, weil der Ankauf und die Veräußerung des Gutes tatsächlich nicht als für Rechnung der Gesellschaft erfolgt gelten kann. Das würde zutreffen, wenn das Verhalten des Gegners (Nichtzahlen der Beiträge und Nichtmitwirken beim Verkaufe) zur Aufhebung der Gesellschaft geführt hat. Und in dieser Beziehung kann neben einer formlosen Vereinbarung der Auflösung (§ 723) auch ein Rücktritt nach § 325 f. in Frage kommen. Das Urteil des I. Zivils. vom 30. Juni 1909 lehnt die Anwendbarkeit der §§ 325, 326 bei der Gesellschaft nicht überhaupt ab, sondern tritt nur ihrer Anwendung auf positive Vertragsverletzungen entgegen, weil hier § 723 anzuwenden sei.

2. Rechnungslegungspflicht. SächsRpflA. **11** 131 (Dresden). Ein Zahlenwerk genügt nicht, ebenso nicht Übersendung einer beglaubigten Abschrift der Einträge des Haupt- und Kassenbuchs. Zurückbehaltungsrecht des Geschäftsführers.

§ 714. Vertretungsmacht des Geschäftsführers. **RG.** JW. **11** 540, R. **11** Nr. 1927. Der § 714 ist nicht dahin zu verstehen, daß für die von dem geschäftsführenden Gesellschafter eingegangenen Verpflichtungen alle Gesellschafter hafteten ohne Rücksicht darauf, ob der Geschäftsführer im eigenen Namen oder im Namen der Gesellschaft das Verpflichtungsgeschäft abgeschlossen hat. Vielmehr gilt auch hier die allgemeine Regel des § 164, daß der Vertreter nicht nur innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht, sondern auch im Namen des Vertretenen gehandelt haben muß.

§ 717. I. Beiträge. *Kaufmann aaO. 67. Die Bestimmungen über die Beiträge sind wesentlich erhebliche Teile des einheitlichen Gesellschafts-(errichtungs)vertrags selbst, der für die rechtliche, insbesondere auch steuerrechtliche Beurteilung nicht zerrissen werden darf. — Auch ein „Verkauf" an die Gesellschaft kann ein echter Beitrag sein (vgl. unten Bem. zum Pr. und RStStG.).

II. Abtretung von Ansprüchen der Gesellschafter gegeneinander. 1. Gesellschaftsbeiträge. a) **RG.** LeipzZ. **11** 61. Der Anspruch auf Leistung von Gesellschaftsbeiträgen ist ein Anspruch, der den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegeneinander zusteht, und deshalb nach § 717 nicht übertragbar. b) Pfändung des Anspruchs auf den Gesellschaftsbeitrag (Zubußen); Stellung des Gläubigers bei Überweisung zur Einziehung. **RG. 76** 276, LeipzZ. **11** 612, R. **11** Nr. 2874. Daß die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegeneinander zustehenden Ansprüche nicht übertragbar und deshalb nach § 851 ZPO. nicht pfändbar sind, kann nicht hindern, daß von Gläubigern der Gesellschaft der Anspruch der Gesellschaft auf die Beiträge gepfändet wird. Es handelt sich hier nicht um Ansprüche einzelner Gesellschafter, sondern um Ansprüche, die der gesamthändig verbundenen Gesellschaft gegen einzelne Gesellschafter zustehen. War nach dem Statut der Vorstand der Gesellschaft ermächtigt, die Zubußen sukzessive je nach dem Fortschreiten der Tiefbohrarbeiten einzuziehen, und war diese Bestimmung dahin auszulegen, daß der Vorstand die Leistungszeit der Zubußeraten einseitig festsetzen durfte, ohne daß dem einzelnen Gesellschafter gegen die Einziehung der Einwand zustand, das Fortschreiten der Arbeiten rechtfertige die Einziehung noch nicht, dann ist diese Befugnis des Vorstandes mit der Überweisung der Forderung auf den Pfändungsgläubiger übergegangen, so daß also die Einziehung nicht davon abhängig ist, daß der Vorstand die Zubuße abgerufen hat. c) **RG.** R. **11** Nr. 2873. Jeder Gesellschafter kann von jedem Mitgesellschafter die Leistung der Gesellschaftsbeiträge an alle Gesellschafter oder an die Gesellschaftskasse verlangen (vgl. auch § 709 Nr. 2).

2. R. **11** Nr. 1121 (Stuttgart). Durch § 717 ist nicht ausgeschlossen, daß die Gesellschafter vereinbaren, es solle eine etwa verfallende Vertragsstrafe an einen der Gesellschafter oder an einen Dritten bezahlt werden, der unmittelbar berechtigt sein solle.

3. Rechnungslegungsanspruch. a) R. **11** Nr. 2323 (Braunschweig). Neben dem Anspruche des Gesellschafters auf das Auseinandersetzungsguthaben kann der Anspruch auf Rechnungslegung nicht mitübertragen werden. Ebenso **RG. 52** 36, GruchotsBeitr. **48** 914. b) **RG.** R. **11** Nr. 3076. Der Anspruch des Gesellschafters auf Rechnungslegung kann nicht auf einen anderen übertragen werden; das trifft bei dem Anspruch auf Rechnungslegung zwecks Feststellung dessen, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, ebenso zu wie bei einem solchen zwecks Feststellung des Gewinnanteils.

§ 718. Gesellschaftsvermögen. I. Begriffliches. 1. *Kaufmann aaO. a) (99 f.): Das Gesellschaftsvermögen ist nicht das Vermögen der Gesellschaft in irgendeinem postulierten allgemeingültigen Sinne, sondern die zusammenfassende, technische Bezeichnung dessen, was (zur gesamten Hand) gemein-

schaftlich wird, d. h. was zur Gesamthandsphäre nach der Vorschrift eben dieses Paragraphen gehört — das sind die Beiträge und die sonst erworbenen Gegenstände. b) Schulden gehören mithin wohl zur Gesellschaftssphäre, nicht aber zur Gesamthandsphäre (d. h. dem technischen „Gesellschaftsvermögen"), weil sie weder „erworbene Gegenstände" noch „Beiträge" sein können. Damit ist die schwierige Frage nach der Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften der §§ 420 ff. — insbesondere des § 427 — ohne weiteres bejaht. c) (42 Anm. 18; 99): Die Ansprüche auf Beiträge gehören noch nicht zum Gesellschaftsvermögen. Sie sind vielmehr das Urbild der actio pro socio (vgl. aber unten III). Die geleisteten Beiträge werden (§ 718) Gesellschaftsvermögen.

2. *Kattausch, Die Anteile der Miteigentümer und der Gesamthänder an den gemeinschaftlichen Sachen. Die Gesamthandssache steht im Eigentume der Gesamthandsgemeinschaft, einer Personenmehrheit, die als solche Subjekt des Eigentums ist. Dem einzelnen Gesamthänder steht kein dingliches Recht irgendwelcher Art an der Sache zu. Sein Recht erschöpft sich in dem Anteil an dem Gesamthandsvermögen, der als personenrechtliches Mitgliedschaftsrecht aufzufassen ist. Der Gegensatz der Gesamthandsgemeinschaft zur juristischen Person liegt in dem grundsätzlich geringeren Umfange der Rechtsfähigkeit, in dem stärkeren Hervortreten der Mitglieder und darin, daß die Gemeinschaft stets durch ein Rechtsverhältnis anderer Art ergänzt wird. Vgl. auch zu §§ 741 ff. BGB.

II. Erwerb. *Kattausch aaO. 88 ff. Die innere Willensrichtung des Erwerbers genügt; eines Erwerbes im Namen der Gesellschaft bedarf es nicht.

III. Gesellschaftsbeiträge (vgl. oben I 1). a) **RG.** LeipzZ. **11** 61. Der Anspruch auf Leistung von Gesellschaftsbeiträgen gehört an sich nicht zum Gesellschaftsvermögen; da aber § 718 dispositives Recht enthält, ist eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrags, daß auch schon dieser Anspruch zum Gesellschaftsvermögen gehören solle, zulässig. Ebenso OLG. **22** 335 (Hamburg), das den Anspruch auf Mitgliederbeiträge für abtretbar seitens der Gesellschaft hält. b) Dagegen sagt **RG. 76** 276, JW. **11** 647, R. **11** Nr. 2875: Auch die noch nicht entrichteten Beiträge, also die Forderungen auf Beitragsleistung sind Bestandteile des Gesellschaftsvermögens. Wenn sie vor ihrer Einziehung noch nicht zum Gesellschaftsvermögen gehörten, so ergäbe sich daraus, daß den Gläubigern der Gesellschaft die Möglichkeit genommen wäre, bei der Zwangsvollstreckung die Beitragsforderungen zu fassen; weiter ergäbe sich, daß der Geschäftsführer der Gesellschaft nicht verpflichtet wäre, die Beiträge einzuziehen. Deshalb sind Forderungen auf Zubußen als zum Gesellschaftsvermögen gehörig anzusehen. Der gegenteiligen Ansicht in **RG. 54** 301 kann nicht beigetreten werden (vgl. LeipzZ. **11** 612, 844 und JW. **11** 809). c) Klage auf Zahlung der Gesellschaftsbeiträge vgl. § 717 Nr. II zu 1 c. d) Einziehung der rückständigen Beiträge nach Beendigung der Gesellschaft. **RG.** JW. **11** 809, LeipzZ. **11** 843. Es ist wenigstens grundsätzlich keineswegs anzuerkennen, daß nach Beendigung der Gesellschaft rückständige Beiträge nicht mehr eingezogen werden können. Für die offene Handelsgesellschaft hat **ROHG. 22** 136, **25** 158, 163 sogar für nicht fällige Beiträge das Gegenteil angenommen, und für die bürgerliche Gesellschaft folgt die Befugnis aus § 730 Abs. 2.

IV. Vermögen der Emissionskonsortien. *Worrings, Die Emissionskonsortien 43 ff. Die Emissionsstücke gehören zum Konsortialvermögen; es besteht also daran Gesamthandeigentum. Wichtig ist die Frage des Eigentums an den Emissionsstücken für die Stempelpflichtigkeit des Erwerbes von Stücken seitens der einzelnen Konsortialen innerhalb ihres Konsortialanteils im Sinne der §§ 6 ff. RStempG. Die Stempelpflichtigkeit ist entgegen der Rechtsprechung des RG. (**RG. 25** 256, **30** 150, **56** 206, GruchotsBeitr. **48** 1039, BankA. **5** 230) zu verneinen. Denn das Eigentum zur gesamten Hand schließt ideelle Anteile der Kon-

sorten am Konsortialvermögen nicht aus. Nur das Verfügungsrecht der einzelnen Konsorten über diese Anteile ist während der Dauer des Konsortiums ausgeschlossen, die Anteile der einzelnen Konsortialen kommen nicht in der Weise zum Ausdrucke, daß das Eigentum an jedem Emissionsstück im Verhältnisse der Konsortialanteile geteilt gedacht wird. Eine qualitative Teilung des Eigentumsrechts liegt also nicht vor, wohl aber eine quantitative. Dies ist so zu verstehen: Das volle Eigentumsrecht an jedem Emissionsstücke bleibt bestehen; die Gesamtzahl der Stücke wird in der Weise unter die einzelnen Konsortialen entsprechend ihrem Konsortialanteile verteilt gedacht, daß jedem Konsorten das volle Eigentumsrecht an einer seiner Beteiligung entsprechenden Menge Stücke zusteht. Da es sich um ideelle Teilung handelt und da alle Stücke gleichartig und unter sich vertretbar sind (die Verschiedenheit in der Numerierung ist unwesentlich), so tritt eine Individualisierung der Stücke nicht ein. Werden Stücke verkauft, so vollzieht sich eine Modifizierung des Anteils der einzelnen Konsortialen in der Weise, daß die noch vorhandenen Stücke nach dem Maße der Beteiligung der einzelnen Konsortialen unter diese verteilt gedacht werden. Gleichzeitig wird die Verkleinerung des Anteils dadurch ausgeglichen, daß an dem für die verkauften Stücke erzielten Erlös eine entsprechende Beteiligung der Mitglieder tritt.

§ 719. I. Verfügung über den Anteil. 1. *Kaufmann aaO. a) (39) Diese Vorschrift bedeutet kein „gesetzliches Veräußerungsverbot“ aus § 135 BGB., sondern stellt die bestehende Veräußerungsunmöglichkeit fest. Zuwiderhandlung hat deshalb nicht nur relative, sondern absolute Unwirksamkeit zur Folge. b) (77): Auch alle Gesamthänder zusammen können deshalb nicht über den „Anteil eines Gesellschafters“ verfügen. c) (102): Auf die Gesellschaftsschulden ist die Vorschrift nicht irgendwie anwendbar (vgl. Bem. 2 zu § 718.)

II. Aufrechnung. *Kaufmann aaO. 96. Es handelt sich hier nicht um eine positive Sondervorschrift, sondern um eine einfache Konsequenz der mangelnden Identität von Schuldner und Gläubiger. Auch ein geschäftsführender Gesellschafter kann deshalb nicht gegen den Willen seines Privatgläubigers mit einer Gesellschaftsforderung aufrechnen. Wird ähnliches vereinbart, so kann man zweckmäßig doch nicht von einem „Aufrechnungsvertrage“ sprechen, schon wegen der mangelnden (notwendigen) Rückwirkung aus § 389.

§ 721. SächsRpflA. **11** 131 (Dresden). Pflicht eines Gesellschafters zur Rechnungslegung; Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts unter Berufung darauf, daß auch der andere Gesellschafter zur Rechnungslegung verpflichtet sei.

§ 722. Gewinnanteil. **RG.** LeipzZ. **11** 58. Anwendung des § 722 Abs. 2 auf stille Gesellschaften nach HGB., wenn der Anteil am Gewinn oder der Anteil am Verluste bestimmt ist.

§ 723. I. Kündigung. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 99. Die gesetzlich zulässige Kündigung eines Gesellschaftsverhältnisses kann nicht wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sein.

2. Kündigung bei Emissionskonsortien. *Worrings, Die Emissionskonsortien 35, 42. Das freie Kündigungsrecht ist bei den Konsortien ausgeschlossen. Denn die Begebungsoperation erfordert Zeit. Daher ist auch dann, wenn ein bestimmter Endpunkt des Konsortiums nicht im voraus vereinbart ist, aus dem Wesen des Konsortialgeschäfts zu entnehmen, daß das Konsortium eine Zeitlang unkündbar dastehen soll. So ist es auch, wenn das Konsortium über den ursprünglichen Endpunkt ohne Bestimmung eines anderen Zeitpunkts verlängert worden ist. Das freie Kündigungsrecht der einzelnen Mitglieder ist dann so lange ausgeschlossen, daß hinreichend Zeit vorhanden ist, um mit Aussicht auf Erfolg den Ver-

such einer Unterbringung der noch vorhandenen Stücke machen zu können. — Dagegen steht den Konsortialen stets ein sofortiges Kündigungsrecht zu, wenn ein wichtiger Grund in der Person eines anderen Mitglieds vorliegt. Da aber die Auflösung des Konsortiums vor Unterbringung der Stücke in den meisten Fällen den Interessen der vertragstreuen Konsorten durchaus zuwiderläuft, so ist aus dem Wesen der Konsortien zu folgern, daß die übrigen Konsortialen an Stelle des Kündigungsrechts das Ausschließungsrecht des vertragsbrüchigen Konsorten selbst dann haben, wenn nicht entsprechend der Vorschrift des § 737 BGB. im Falle der Kündigung das Fortbestehen des Konsortiums durch den Konsortialvertrag vorgesehen ist.

II. Gesellschaft auf bestimmte Zeit. 1. **RG.** LeipzZ. **11** 298, JW. **11** 322, HoldheimsMSchr. **11** 99, R. **11** Nr. 3452. Ein ohne ausdrückliche Zeitbestimmung geschlossener Gesellschaftsvertrag zur Ausnutzung der Geschäftsverbindung eines Gesellschafters mit einem Dritten kann nur dann als für bestimmte Zeit geschlossen angesehen werden, wenn die Geschäftsverbindung mit dem Dritten für bestimmte Zeit eingegangen war. Eine kalendermäßig festgesetzte Zeit ist zwar nicht notwendig; immerhin muß die Dauer der Gesellschaft zeitlich fest abgegrenzt, die Befristung nach Anfang und Ende aus den Vereinbarungen der Gesellschafter bestimmt zu entnehmen sein.

2. **RG.** LeipzZ. **11** 298. Bei Gesellschaftsverträgen, die die Verwertung von Patentrechten zum Gegenstande haben, ergibt sich aus der gesetzlichen Dauer des Schutzrechts von 15 Jahren mangels anderweitiger Vereinbarung, daß die Verwertung der Patente für die Dauer des Schutzrechts erfolgen soll.

3. **RG.** LeipzZ. **11** 777. Ist aber (anders als in dem vorhergehenden Falle) Gegenstand des Gesellschaftsvertrags die gemeinsame Verwertung einer Erfindung in einem bestimmten Lande, nicht nur des hierfür in diesem Lande erteilten Patents, dann ist eine Dauer der Gesellschaft über die Dauer des Patents hinaus möglich.

4. **RG.** R. **11** Nr. 3807. Die Zeitdauer einer Gesellschaft kann nicht bloß durch die Festsetzung einer bestimmten Kalenderzeit, sondern auch in anderer Weise, z. B. durch die im Gesellschaftszwecke liegende Zeitbestimmung (Beschränkung der Gesellschaft auf Vornahme bestimmter Geschäfte) festgesetzt sein.

5. Vgl. auch oben § 705 Ziff. III 5 über „Kartelle“.

6. Klarenaar, LZ. **11** 918. Bei Prüfung der Frage, ob ein nicht rechtsfähiger Verein, auf welchen nach § 54 BGB. die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung finden, auf bestimmte oder aber auf unbestimmte Zeit geschlossen sei, ist in erster Linie auf Grund des gesamten Inhalts der Satzung festzustellen, ob bei Ablauf einer bestimmten Zeit der Verein von selbst zu existieren aufhört. Ist dies nicht der Fall, so handelt es sich stets um einen auf unbestimmte Zeit geschlossenen Verein, selbst wenn die Satzung eine ausdrückliche Bestimmung enthält, daß der Verein bis zu einem genau bestimmten Zeitmoment geschlossen sei. Der Umstand aber, daß der Verein in Wirklichkeit auf unbestimmte Zeit geschlossen ist, während die Gründer des Vereins einen zeitlich begrenzten Verein zu schließen glaubten, hat regelmäßig die Nichtigkeit der ganzen Satzung des Vereins, zum mindesten aber das Recht der einzelnen Mitglieder des Vereins, jederzeit aus diesem auszutreten, zur Folge.

III. Wichtiger Kündigungsgrund. 1. **RG.** LeipzZ. **11** 700. Wenn die Gesellschaft unter Umgehung des geschäftsführenden und nach dem Vertrag in der Leitung und Erledigung der Geschäfte völlig selbständig gestellten Gesellschafters mit seinen Untergebenen über geschäftliche Angelegenheiten verhandelt und Geschäftsbriefe des Geschäftsführers anhält und unterdrückt, so kann darin ein wichtiger, die fristlose Kündigung rechtfertigender Grund erblickt werden.

2. **RG.** R. **11** Nr. 3808. Das Fehlschlagen einer bei der Gesellschaftsgründung gehegten Hoffnung ist kein wichtiger Kündigungsgrund.

IV. Abs. 2. Schadensersatz bei unzeitiger Kündigung. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 99. Wenn ein Gesellschafter zur Unzeit ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes kündigt, muß er sich, um seiner Verpflichtung zum Schadensersatze gemäß § 249 BGB. zu genügen, in bezug auf die in Betracht kommenden Geschäfte so behandeln lassen, als ob er noch Gesellschafter wäre, und zwar bis zu dem Zeitpunkt, an dem nach billigem Ermessen die Kündigung zulässig gewesen wäre. Daraus folgt, daß der andere Gesellschafter auf Erteilung von Auskunft über die bis zur Kündigung der Gesellschaft durch den Kündigenden vermittelten Geschäfte klagen kann; weiter aber, daß dieser Anspruch auch in Ansehung später vermittelter Geschäfte begründet sein kann.

V. Abs. 3. Kündigungsbeschränkung. 1. **RG.** LeipzZ. **11** 456. Die Bestimmung des Gesellschaftsvertrags, die die Wirksamkeit der Kündigung davon abhängig macht, daß sie mindestens von drei Mitgliedern zugleich erfolgt, verstößt gegen § 723 Abs. 3. Ob aus diesem Grunde auch der ganze Gesellschaftsvertrag oder wenigstens auch die übrigen Kündigungsbestimmungen nichtig sind, ist nach § 139 zu entscheiden.

2. R. **11** Nr. 2324 (Stuttgart). Eine Vertragsbestimmung, wonach ein Gesellschafter bei Kündigung einer auf unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft in jedem Falle einen bestimmten Betrag an die Vereinskasse zu zahlen habe, ist nichtig.

3. OLG. **22** 334 (Hamburg). Ausschluß des Kündigungsrechts spricht noch nicht gegen die Annahme, daß eine Gesellschaft vorliege.

§ 725. Kündigung durch Gläubiger. *Fuchs aaO. (s. Vorbem. zu §§ 90 ff.). Durch Pfändung des Anteils wird für den Gläubiger ein Pfandrecht an einem Sondervermögen begründet, das ihm zugleich ein Verwaltungsrecht an diesem Vermögen gibt. — Die Realisierung dieses Verwaltungsrechts ist jedoch erst nach Kündigung der Gesellschaft zwecks Teilnahme an der Auseinandersetzung möglich (124).

§ 727. Auflösung durch Tod. *Worrings, Emissionskonsortien 52 ff. Die Emissionskonsortien werden durch die in der Person eines Mitglieds eintretende Universalsukzession (Tod, Fusion) in der Regel nicht aufgelöst, da dies regelmäßig dem Zwecke dieser Konsortien entspricht und als Wille der Vertragschließenden anzunehmen ist.

§ 730. 1. Rechnungslegung bei Ausscheiden eines Gesellschafters. SeuffA. **66** 448 (Dresden). Der ausscheidende Gesellschafter kann Rechnungslegung über die Gesamtheit der während seiner Beteiligung an der Gesellschaft abgewickelten Geschäfte nicht verlangen. § 713 BGB. behandelt nur die Rechte und Pflichten des geschäftsführenden Gesellschafters für die Zeit des Bestehens der Gesellschaft; § 740 BGB. aber bestimmt nicht mehr, als daß ein ausgeschiedener Gesellschafter am Schlusse jedes Geschäftsjahrs Rechenschaft über die zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden und später beendigten Geschäfte verlangen kann. Dem Ausscheidenden steht also nur die Klage auf Auseinandersetzung nach § 730 BGB. zu.

2. Einziehung der rückständigen Beiträge nach Auflösung. **RG.** JW. **11** 809.

§ 733. Schuldenberichtigung. *Kaufmann aaO. 100 Anm. 10, 101. Der Paragraph bestimmt nicht Haftung des Gesellschaftsvermögens für die gemeinschaftlichen Schulden, sondern ist eine im Innenverhältnisse wirksame Verfahrensvorschrift, die den Gesellschaftern untereinander actiones pro socio gewährt.

§ 737. Verfahren bei Ausschließung eines Gesellschafters. OLG. **22** 342 (Braunschweig). Hat nach dem Statut über den Ausschluß

der Vorstand zu entscheiden, so muß bei der Wichtigkeit der Angelegenheit nach Verkehrssitte sämtlichen Vorstandsmitgliedern bei der Einladung zu der entscheidenden Sitzung der Gegenstand mitgeteilt werden. Treu und Glauben verlangen ferner, daß dem Auszuschließenden Gehör zu gewähren ist. Der Ausschließungsbeschluß kann endlich nach Verkehrssitte erst gefaßt werden, nachdem die Angelegenheit in gemeinsamer Beratung der Vorstandsmitglieder gründlich erörtert ist.

§ 738. 1. Ausscheiden. *Kaufmann 79 ff. „Ausscheiden" kann auch der vorletzte Gesellschafter (auch arg. § 142 HGB.); denn es handelt sich nicht um eine unerklärliche positive Ausnahmebestimmung für den Fall weiter bestehender Gesellschaft, sondern um die einfache Feststellung einer Konsequenz des Prinzips der gesamten Hand (vgl. **RG. 65** 227). — „Zuwachsen" des Anteils des Ausgeschiedenen an die (oder den) Zurückbleibenden ist keine Übernahme eines freigewordenen Quantums durch diese, sondern es bedeutet das für sie lediglich den Wegfall der beschränkenden Mitberechtigung. — Voraussetzung ist, daß die objektive Grundlage, das Geschäft oder die Zweckstrebung oder die Zweckwidmung des Vermögens fortdauert, d. h. daß es sich wirklich um ein „Ausscheiden" handelt.

2. Neueintritt. *Kaufmann 81. Auch der Neueintritt eines Gesellschafters und die Anwachsung eines Vermögensanteils an ihn ist zulässig. Es geschieht durch einen personenrechtlichen Vertrag, mittels dessen der neue Einzelwille von dem bisherigen Gesamtwillen selbst zur Mitwirkung für die Zukunft bestellt und so in ihn eingeschlossen wird. — (109): Nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ist dieser Vertrag so auszulegen, daß der Eintretende zugunsten der Gläubiger die Haftung für die Gesellschaftsschulden, soweit das Gesellschaftsvermögen reicht, den Gesellschaftern gegenüber übernimmt, d. h. sich verpflichtet, die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen zu dulden, das sonst wegen § 736 ZPO. dem Zugriff entzogen wäre.

3. Übergang des Anteils eines ausscheidenden Gesellschafters. OLG. **22** 340 (BayObLG.). Im Falle des § 738 wächst der dem ausscheidenden Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen zustehende Anteil den übrigen Gesellschaftern zu. Diese Rechtsänderung wirkt auf die einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenstände ein, ohne daß einzelne Übertragungsakte notwendig sind. Ob die gleiche Wirkung auf die einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände auch durch eine für gewisse Fälle vorgesehene Bestimmung des Gesellschaftsvertrags und die darauf beruhende Übernahmeerklärung des einen Gesellschafters oder durch eine zur Auflösung der Gesellschaft zwischen den beiden Gesellschaftern getroffene Vereinbarung hervorgerufen werden kann, ist zwar bestritten, aber zu bejahen. Vgl. **RG. 65** 236, **68** 413, BayObLG. **12** 291. Vgl. auch SächsRpflA. **10** 144, wo LG. u. OLG. Dresden die Möglichkeit einer Anwachsung beim Übergang eines Gesamthandgrundstücks auf den einen von zwei Gesellschaftern verneinen.

§ 740. **RG.** R. **11** 1122. Der Gesellschafter einer aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft, der nach Übereinkommen aus der Gesellschaft ausscheidet, während der andere Gesellschafter das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt, nimmt an Gewinn und Verlust teil, der sich aus den zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäften ergibt.

Anhang: Stempel- u. Steuerrecht.

1. Entsch. d. SächsFinMin., SächsRpflA. **11** 111. Berechnung der Stempelabgabe bei Auflösung einer aus zwei Beteiligten bestehenden Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes, die den Erwerb eines Grundstücks zu ungeteilter Hand zur Bebauung und Weiterveräußerung bezweckt.

2. SächsRpflA. **11** 143 (FinMin.). Verkauf eines Grundstücks seitens einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes an eine andere Gesellschaft des bürgerlichen

Rechtes, an der der eine Gesellschafter der verkaufenden Gesellschaft wiederum zur Hälfte beteiligt ist.

Fünfzehnter Titel. Gemeinschaft.

§ 741. Rechtliche Natur des Miteigentums. 1. *Kaufmann aaO. 40/21. Die Gemeinschaft nach Bruchteilen ist ebenfalls eine gesamthändische Gemeinschaft, nämlich eine gesamthändische Verwaltungsgemeinschaft. Dadurch hat sie absolut verfügungsbeschränkende Kraft (z. B. §§ 746, 1010).

2. *Fuchs aaO. 47 (s. Vorbem. zu §§ 90 ff.). Die Gemeinschaft nach Bruchteilen beruht auf einer Teilung des Wertes des Gegenstandes.

3. *Kattausch, Die Anteile der Miteigentümer und der Gesamthänder an den geimenschaftlichen Sachen. Die Miteigentümeranteile sind selbständige, eigenartige, beschränkte dingliche Rechte an eigentumsfreier Sache; sie enthalten eine ebenso reiche Fülle von Teilbefugnissen wie das Alleineigentum; jede Teilbefugnis — und damit auch das ganze Recht — ist aber so begrenzt, daß dadurch Raum für gleichartige Befugnisse anderer — der übrigen Miteigentümer — gewonnen wird. Vgl. auch zu § 718 Nr. I 2 u. II.

§ 743. RG. SeuffA. **66** 364. Über die Art der gemeinschaftlichen Benutzung einer gemeinschaftlichen Hausmauer durch Anlegung einer Treppe, deren Stufen an einem Ende in die Mauer eingelegt sind.

§ 746. *Kattausch aaO. 37 ff. (vgl. o. zu § 741 Ziff. 3). Im Gegensatz zur herrschenden Meinung ist die Annahme einer ausnahmsweisen Einwirkung obligatorischer Abreden auf das dingliche Rechtsverhältnis auszuschließen; es handelt sich um rein obligationenrechtlich begreifbare Vorgänge.

§ 747. Satz 2. Verfügung über die gemeinschaftliche Sache. *Kattausch aaO. 12 ff. mit ausführlicher Begründung. Die gemeinschaftliche Verfügung der Miteigentümer über die Sache ist ihrem Wesen nach eine Summe von Verfügungen sämtlicher über ihre Anteilsrechte.

§ 751. Vgl. o. zu § 746.

§ 752. Naturalteilung. **a) RG.** GruchotsBeitr. **54** 632. Die Möglichkeit, die Gemeinschaft an einem Grundstücke durch Naturalteilung aufzuheben, wurde vom RG. verneint; die Teilung in verschiedene Bebauungsflächen mache die Ausscheidung von Straßenzügen erforderlich, bezüglich deren die doppelte Möglichkeit bestände, sie entweder ungeteilt zu lassen oder sie jetzt schon der Stadt zu überlassen. Im ersteren Falle würde der Teilungsanspruch nicht erfüllt, im zweiten Falle sei die Aufhebung erheblicher Kosten nötig, wozu der Gegner im Teilungsprozesse nicht gezwungen werden könne. **b)** OLG. **22** 343 (Marienwerder) verneint die Möglichkeit der Naturalteilung eines Sees; während der Dauer der Gemeinschaft seien die sämtlichen Miteigentümer durch §§ 743 f. rechtlich dagegen geschützt, daß der See von einem der Beteiligten unpfleglich behandelt oder Raubfischerei getrieben werde. Dieser Schutz würde mit der Naturalteilung entfallen und dadurch der Wert des Sees gemindert werden.

Sechzehnter Titel. Leibrente.

Vorbemerkung: Der Begriff des Leibrentenvertrags und die Formvorschrift des § 761 werden vom **RG.** IV im Gegensatz zu den OLG. Dresden und München eng begrenzt, § 759 Nr. 1, 2a, b, § 761. Der Unterhalts-(Versorgungs-)vertrag ist ebenso wie das Versprechen eines Zuschusses zum Eheaufwande formlos gültig.

§ 759. 1. Zuschuß zum Eheaufwande keine Leibrente **RG.** IV. R. **11** Nr. 1295. Das Versprechen eines fortlaufenden Zuschusses zum Eheaufwande deckt sich nicht ohne weiteres mit einem Leibrentenversprechen. Um ein Leibrentenversprechen handelt es sich schon deshalb nicht, weil die einzelnen

Zuschußleistungen in ihrer Höhe von außerhalb des Vertrags liegenden veränderlichen Umständen, dem jeweiligen Gehaltsbetrag, abhängen sollten; von einer inneren Geschlossenheit des Gesamtrechts in der Art, daß es die geschuldeten Einzelverpflichtungen lediglich aus sich selbst hervorbringt, kann also nicht die Rede sein. Auch ist es nicht in entscheidender Weise grundsätzlich auf die Lebensdauer der Beteiligten abgestellt.

2. Unterschied zwischen einem Unterhalts-(Versorgungs-)vertrag und dem Versprechen einer Leibrente. a) **RG.** IV. 20. 3. 11, GruchotsBeitr. **55** 949, WarnE. **11** 302, R. **11** Nr. 1928 — unter Aufhebung von OLG. Dresden JDR. **9** § 761 Nr. 3. Die Verpflichtung, dem Kläger lebenslänglich Unterhalt zu gewähren, stellt kein Leibrentenversprechen dar. Es fehlt dazu namentlich, daß die dem Unterhaltsberechtigten gebührenden Einzelleistungen durch das Unterhaltsversprechen selbst fest begrenzt sind, daß sie dem Gegenstande nach sich aus ihm allein und nicht zugleich aus äußeren Verhältnissen ergeben und daß sie sich in der gleichmäßigen Darreichung von Geldbeträgen oder vertretbaren Sachen erschöpfen. Der Leibrentenempfänger ist in den Genuß eines Rechtes eingesetzt, dessen Erträgnisse ihm die beliebig verwendbaren Mittel zur eigenen Bestreitung seines Lebensunterhalts, aber auch für jeden von ihm gewählten anderen Verwendungszweck darbieten. Dem Unterhaltsberechtigten dagegen gebührt auf Grund eines Unterhaltsversprechens unmittelbar die Bestreitung seines Lebensbedarfes durch den Verpflichteten. — Wegen der Form der Unterhaltsverträge s. § 761. **b)** Anders SeuffBl. **11** 710 (München). Das Versprechen der Gewährung von Wohnung, Kost, Warte und Pflege bis zum Tode ist die Zusicherung einer Leibrente, bestehend aus wiederkehrenden Leistungen von vertretbaren Sachen, Diensten und Nutzungen.

3. Leibrentenvertrag nach preußischem Allg. Landrechte. **RG.** IV. JW. **11** 337.

§ 761. **RG.** IV. 20. 3. 11, GruchotsBeitr. **55** 949, JW. **11** 449, WarnE. **11** 302, R. **11** Nr. 1929 — unter Aufhebung von OLG. Dresden JDR. **9** Nr. 3. Die Ausnahmevorschrift des § 761 darf über den begriffsmäßig streng begrenzten Fall des Leibrentenvertrags hinaus auf anders geartete Fälle, z. B. auf Unterhalts-(Versorgungs-)verträge (vgl. oben § 759 Nr. 2 a) nicht ausgedehnt werden.

Siebzehnter Titel. Spiel. Wette.

§ 762. 1. Spekulieren durch Kassageschäfte ist nicht Spiel. **RG.** I. BankA. **10** 303, HoldheimsMSchr. **11** 194. Spekulieren und Spielen sind zweierlei. Der Kunde hatte allerdings, wie sich insbesondere aus der Unzulänglichkeit seines Vermögens ergibt, nicht die Absicht, die per Kasse gekauften Stücke abzunehmen. Dies könnte zwar bei Zeitgeschäften die Vermutung eines Spielvertrags begründen, nicht aber bei Kassageschäften. Der Kunde wollte spekulieren, d. h. die Papiere nicht als Anlagewerte behalten, sondern nur die erhoffte Kurssteigerung gewinnen.

2. Abs. 1 Satz 2. BankA. **10** 137, LeipzZ. **11** 77 (KG.). Die zahlungshalber erfolgende Abtretung der Rechte aus Lebensversicherungsverträgen an den Spiel- oder Differenzgläubiger gibt diesem ein Befriedigungsmittel in die Hand, das er bis zu einer gegenteiligen Erklärung des Erblassers oder des Erben jederzeit verwerten kann. Hat er diese Verwertung vollzogen, so ist das darauf Erlangte nicht rückforderbar.

§ 763. SchlHolstAnz. **11** 49 (Kiel). Auf den Totalisatorvertrag ist § 763 analog anzuwenden. Nachdem durch § 1 des RGes. vom 4. Juli 1905 die Genehmigung des Betriebs durch die Landeszentralbehörde eingeführt ist, liegt, sofern sie erfolgt, eine staatliche Genehmigung im Sinne des § 763 vor. — Wird ein

Irrtum im Rennprogramm nicht in gehöriger Weise rechtzeitig berichtigt, so muß der Rennveranstalter die Unrichtigkeit gegen sich gelten lassen.

§ 764. 1. Kein Differenzgeschäft, weil Kassageschäft. **RG.** I. BankA. **10** 303, HoldheimsMSchr. **11** 194. Kein Differenzgeschäft, weil bei den Käufen nicht von vornherein ein bestimmter späterer Zeitpunkt für die Lieferung der Papiere vereinbart worden ist. Daher liegen Kassageschäfte vor und es kann von einer Anwendung des Zeitgeschäfte voraussetzenden § 764 keine Rede sein.

2. Ernst gemeintes, aber aleatorisches Darlehnsgeschäft kein Differenzgeschäft. **RG.** VI. R. **11** Nr. 2133. Ein Vertrag über Hingabe und Annahme eines Darlehens mit der einzigen Besonderheit, daß an Stelle des zu gewährenden Kapitals in Geld eine Ersatzleistung in Wertpapieren zu bestimmtem Kurse treten sollte, ist ein ernst gemeintes Darlehnsgeschäft mit Nebenberedungen gewagten Charakters, niemals aber ein Differenzgeschäft.

Achtzehnter Titel. Bürgschaft.

Vorbemerkung:

1. Zu § 765. Mit der Kreditbürgschaft beschäftigen sich drei Entscheidungen des **RG.** VI, insbesondere das Urteil vom 6. 2. 11 eingehend und nach verschiedenen Richtungen. Nr. III 1—5.

2. Zu §§ 765 und 774. Die Stellung des Bürgen im Konkurse des Hauptschuldners wird von Henneberg ausführlich behandelt, § 765 Nr. II 4, 774 Nr. 1. Bei teilweiser Befriedigung nimmt Henneberg kein Vorzugsrecht des Gläubigers an, umgekehrt muß nach **RG.** VI § 774 Nr. 2 der Bürge bis zur vollen Befriedigung des Gläubigers zurücktreten, selbst bei begrenzter Bürgschaft; denn auch in letzterem Fall stehe der Bürge für die ganze Schuld ein. Hiergegen wendet sich mit Recht Düringer, § 774 Nr. 2 am Ende.

3. Zu § 766. Zur Frage der Formgültigkeit liegen wieder mehrere Entscheidungen vor. Hervorgehoben sei die lehrreiche Entscheidung **RG.** VI 24. 5. 11 (Nr. III 1), welche zwei Urkunden einander gegenüberstellt; beide sind lückenhaft, aber nur die eine ist wegen unzulässiger Bezugnahme auf ein anderes, fremdes Schriftstück ungültig.

§ 765 Literatur: Henneberg, Die Stellung des Bürgen im Konkurse des Hauptschuldners. LeipzZ. **11** 268—284.

I. Abgrenzung der Bürgschaft von anderen Rechtsverhältnissen. Gemischter Vertrag. 1. **RG.** V. 21. 10. 11, WarnE. **11** 516, R. **11** Nr. 3809. In der Erklärung des Beklagten (Kaufmann), der sich bereit erklärt hatte, Baugeld zu geben unter der Bedingung, daß die Baulieferanten mit ihren Hypotheken hinter seine Baugeldhypothek zurückträten, —„Niemand von den Lieferanten solle etwas einbüßen, dafür werde ich sorgen" — liegt die Übernahme der Bürgschaft für die bereits entstandenen und durch weitere Baulieferungen noch entstehenden Forderungen.

2. Bestellung einer Sicherungshypothek für fremde Schuld. **RG.** VII. BayRpflZ. **11** 310, R. **11** Nr. 2134. Bestellung einer Sicherungshypothek für eine fremde Schuld enthält nicht notwendig und allgemein die Übernahme einer Bürgschaft. Dem Eigentümer steht deshalb die Einrede der Vorausklage nicht ohne weiteres zu.

3. Zeitlich beschränkte Haftung für ein fremdes Darlehen. **RG.** VI. R. **11** Nr. 3306. Zeitlich beschränkte Haftung für ein zugunsten eines Dritten aufgenommenes Darlehen ist begrifflich von Bürgschaft verschieden. Laut Urkunde hat sich der Beklagte für den erhaltenen Betrag von 13 500 M. so lange haftbar erklärt, bis die von M., dem eigentlichen Empfänger des Geldes, dem Kläger hierfür bewilligte erste Hypothek auf dem Kaufgrundstück eingetragen sei.

Eine Bürgschaft begründet diese Verpflichtung des Beklagten nicht. Er stand nicht für die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit ein, sondern übernahm die Pflicht zur Rückerstattung der 13 500 M. mit der zeitlichen Begrenzung, daß sie entfalle, sobald die erste Hypothek für den Kläger eingetragen sei.

4. Verbindung einer Bürgschaft mit einem Anstellungsvertrage zwischen Gläubiger und Schuldner. Überwachungspflicht (JDR. **9** Nr. 8) s. § 776 Nr. 3.

5. Bürgschaft und Garantievertrag. **a)** **RG.** VI. R. **11** Nr. 2726. Die Verpflichtung, dafür einzustehen, daß das für die Hypothek haftende Grundstück dem Kläger ausreichende Sicherheit biete, enthält das Einstehen für einen bestimmten Erfolg, also eine selbständige Haftungsübernahme (Garantievertrag). **b)** HansGZ. **11** Beibl. 19 (Hamburg). Für den formlos wirksamen Garantievertrag ist wesentlich, daß es sich um eine selbständige, von der Gültigkeit der Verpflichtung des ursprünglichen Schuldners losgelöste Verbindlichkeit handeln muß. Deshalb enthält die Erklärung des Ehemanns der Bestellerin zum Lieferanten, „er brauche keine Angst zu haben wegen der Bezahlung, er komme für das Geld auf", kein Garantieversprechen, sondern eine akzessorische Bürgschaftserklärung. Er wollte für Zahlung eintreten, wenn und soweit der Lieferant an seine Frau Ansprüche besaß, ohne von ihr Zahlung erlangen zu können. Würde diese Minderungs- oder Schadensersatzansprüche erwerben oder sonst Gegenansprüche haben, so würde sich demgemäß auch die Verbindlichkeit des Mannes ändern. **c)** Ebbecke, Zusicherung, R. **11** 820. Beim Garantievertrage, durch den ein Dritter dem Gläubiger gegenüber die Haftung für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners übernimmt (§ 438), ist Voraussetzung der Haftung, mangels besonderer Abreden, daß die Zahlung von dem Schuldner zur Verfallzeit wegen Zahlungsunfähigkeit nicht zu erlangen ist, wofür der Beweis geführt werden kann, ohne daß es zuvor des Versuchs der Zwangsvollstreckung bedarf. Von der Bürgschaft unterscheidet sich diese Garantieübernahme hauptsächlich dadurch, daß der Bürge als zweiter Schuldner zu dem ursprünglichen Schuldner hinzutritt, der auch im Rechtsverhältnisse zum Bürgen der eigentliche Schuldner bleibt, während der Garant die Haftung für eine eigene Verbindlichkeit übernimmt.

6. Bürgschaft und Schuldübernahme s. § 414 Nr. 2.

7. Bürgschaft und Kreditauftrag s. § 778.

II. Rechtsverhältnisse bei der Bürgschaft. Verhältnis zur Hauptschuld. 1. Bürgschaft für unklagbare Ansprüche. *Reichel, Unklagbare Ansprüche 58 ff. (Jena 1911). Auch für unklagbare Schuld (Beispiel: § 1394) ist Bürgschaft zulässig. S. dort Näheres über deren Behandlung.

2. Auf welche Forderungen erstreckt sich die Bürgschaft? Auslegungsfragen. **a)** **RG.** VI. JW. **11** 90 Nr. 8, HansGZ. **11** Beibl. 99, BankA. **10** 157, SächsRpflA. **11** 31. Die Parteien streiten darüber, ob die Bürgschaft für die von K. gezeichneten und bei der Klägerin diskontierten Wechsel nur für die zur Zeit der Bürgschaftsübernahme bereits gezeichneten und diskontierten Wechsel oder aber lediglich im Betrage beschränkt, für alle von K. wann immer akzeptierten und diskontierten Wechsel übernommen ist. Bei der Auslegung ist hier nicht entscheidend, was der eine oder andere Teil gedacht und beabsichtigt hat; es kommt vielmehr darauf an, was tatsächlich erklärt worden ist, und wie der Vertragsgegner des Erklärenden die an ihn gerichtete Erklärung nach ihrem Inhalte, nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen durfte. **b)** OLG. **23** 52 (Celle). Der Schein „Für die Forderung der Firma A. an den Bäckermeister B. übernehme ich hiermit die selbstschuldnerische Bürgschaft" läßt es völlig unklar, ob die Beklagte für alle oder nur für eine oder einige der verschiedenen Schulden des B. sich hat verbürgen wollen, und es

besteht angesichts der einander widersprechenden Parteibehauptungen und nach der Darstellung derjenigen Verhandlungen, welche der Abfassung jener Urkunde vorangegangen sind, keine Möglichkeit, den Inhalt der Urkunde in einer Weise auszulegen, daß jeder Zweifel an seiner Bedeutung ausgeschlossen wäre. **c)** Bürgschaft für den „schuldenden Betrag". OLG. **23** 51 (Naumburg). Der grammatisch unrichtige, im kaufmännischen Verkehre bei weniger gebildeten Personen übliche Ausdruck „schuldende Betrag" kann nach dem in diesem Verkehr üblichen Sprachgebrauche nur von Beträgen, die zur Zeit der Ausfüllung der Urkunden geschuldet wurden, nicht von solchen, für die eine Schuld erst später begründet werden soll, verstanden werden. **d)** Erstreckung der Bürgschaft auf Forderungen des Geschäftsnachfolgers des Gläubigers. OLG. Dresden JDR. **9** Nr. 7 b jetzt auch SächsOLG. **32** 462, LeipzZ. **11** 399 Nr. 2, R. **11** Nr. 700.

3. Die Ausfallbürgschaft. **a)** **RG.** VI. R. **11** Nr. 3179. Ein Hinweis auf die eigene Zahlungspflicht des Schuldners und dessen Vermögen („falls die Kosten nicht aus dem mütterlichen Vermögen des Barons gedeckt würden") macht die Bürgschaft noch nicht zu einer Ausfallbürgschaft. Von jedem Bürgen kann man sagen: er soll zahlen, wenn der Schuldner nicht selbst zahlt; wenn hier gerade das mütterliche Vermögen als des letzteren Zahlungsquelle erwähnt ist, so würde sich das daraus erklären, daß zwischen den Verhandelnden als feststehend vorausgesetzt wurde, daß der Baron St. anderes Vermögen als sein mütterliches überhaupt zunächst nicht haben werde. **b)** **RG.** VI. **75** 186, JW. **11** 181, LeipzZ. **11** 298 Nr. 20, R. **11** Nr. 712. Die Einklagung des Ausfallbürgen ist zulässig, sobald auch nur der Mindestbetrag des Ausfalls ziffernmäßig feststellbar ist; in diesem Falle auch vor der Beendigung des Konkurses des Hauptschuldners, während für den Regelfall allerdings der Ausgang des Konkurses abgewartet werden muß.

4. Die Stellung des Bürgen im Konkurse des Hauptschuldners. Henneberg, LeipzZ. **11** 268—284. Ist der Bürgschaftsvertrag vor Konkurseröffnung abgeschlossen, so steht dem Bürgen ein zur Zeit der Konkurseröffnung begründeter Vermögensanspruch zu, der ihn an sich zur Teilnahme am Verfahren legitimiert. Hat der Bürge den Gläubiger vor Konkurseröffnung ganz oder teilweise befriedigt, so ist insoweit die Forderung auf ihn übergegangen und wird ohne weiteres von ihm im Konkurse geltend gemacht. Bei teilweiser Befriedigung geht der Gläubiger bezüglich seiner Restforderung dem Anspruche des Bürgen nicht vor, der Gläubiger darf also nicht für das volle Guthaben ohne Rücksicht auf die Teilzahlung die Quote bis zur Höhe seines Regreßanspruchs verlangen (vgl. § 774 Nr. 1). Wird der Gläubiger nach Konkurseröffnung befriedigt, so kann er alle Rechte eines Konkursgläubigers hinsichtlich der ganzen Forderung geltend machen, wie sie ihm zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens zustand. Der Gläubiger kann den ganzen Betrag geltend machen, Teilzahlungen kommen bis zur vollen Befriedigung im Konkurse nicht zur Anrechnung. Der Bürge ist mithin kraft Gesetzes von der Teilnahme am Konkurse ausgeschlossen, deshalb nimmt seine Forderung auch nicht an den Wirkungen des Konkurses teil (§ 63 KO.): ein durch den Zwangsvergleich herbeigeführter Erlaß kann diese daher nicht berühren. Unterläßt der nicht vollbefriedigte Gläubiger die Anmeldung seiner Forderung, so nimmt der Bürge als Konkursgläubiger mit allen Konkurswirkungen für und gegen ihn am Verfahren teil. Meldet der Gläubiger erst später im Laufe des Verfahrens seine Forderungen, so wird der Bürge mit seiner Regreßforderung, auch wenn sie bereits festgestellt ist, ipso jure insoweit ausgeschlossen, als der Gläubiger durch seine Teilnahme am Konkurse Befriedigung aus der Masse beanspruchen kann. — Weiter werden behandelt die Wirkungen der Anfechtung der auf die Forderung des

Gläubigers bezüglichen Rechtsgeschäfte, z. B. Befriedigung nach §§ 29 ff. KO., der Anfechtung nach § 342 HGB., ferner das Absonderungsrecht des Bürgen, wenn ihm ein Pfand bestellt ist, und das Aufrechnungsrecht im Konkurse, wenn der Gemeinschuldner gegen den Bürgen eine Forderung erheben kann.

5. Rechtsverhältnisse zwischen Gläubiger und Bürgen, wenn beide den Hauptschuldner beerben und die Erbschaft noch ungeteilt ist. **RG.** 2. 3. 11, **76** 57, JW. **11** 449 Nr. 15, SeuffA. **66** 450. Die Gläubiger (Miterben) können von dem Bürgen (Miterben) Zahlung der vollen geschuldeten Summe (Darlehen) fordern. a) Wird der Hauptschuldner durch den Bürgen beerbt, so wird an der Verpflichtung des Bürgen als solchen nichts geändert. Der als Bürge in Anspruch genommene Erbe des Hauptschuldners darf auf die beschränkte Erbenhaftung sich nicht berufen. Nur die ererbte Verbindlichkeit ist Nachlaßverbindlichkeit, die eigene (die Verbindlichkeit aus der Bürgschaft) dagegen nicht. Dieser Vorteil kann dem Gläubiger nicht dadurch entzogen werden, daß sich die Hauptschuld und die Bürgschaftsschuld in einer Person vereinigen. b) Der als Bürge in Anspruch genommene Miterbe kann nicht geltend machen, daß die Miterben wider Treu und Glauben handeln, wenn sie die Zahlung des Teiles der Bürgschaftsschuld beanspruchen, den sie als Erben des Hauptschuldners selbst schulden, bei der Erbteilung also wieder zurückzahlen müssen. Denn da der Miterbe als Bürge in Anspruch genommen ist, geht die Forderung nach Befriedigung auf ihn gegen den Nachlaß des Hauptschuldners über. Die Miterben haften ihm also nur mit den Mitteln des Nachlasses. Während der Bürge selbst die ganze Darlehnsschuld an die Kläger aus seinem eigenen Vermögen zahlen muß, müssen diese ihm den entsprechenden Teil aus dem wiedergeben, was sie als Erben aus dem Nachlaß erhalten.

III. Abs. 2. Die Bürgschaft für künftige Schuld. Kreditbürgschaft. 1. **RG.** VI. JW. **11** 940 Nr. 5. Die Bürgschaft kann auch geleistet werden für eine Verbindlichkeit von bestimmtem Inhalte, gleichviel, ob diese schon begründet ist oder erst demnächst begründet werden wird. Solche Fälle sind im Verkehrsleben namentlich bei Kreditverhältnissen häufig genug. Im vorliegenden Falle war es dem Bürgen gleichgültig, ob der Hauptvertrag bereits schriftlich abgeschlossen war oder nachher erst abgeschlossen wurde.

2. **RG.** II. JW. **11** 940 Nr. 4. Bürgschaft für eine künftige oder bedingte Verbindlichkeit kann angenommen werden bei folgendem Tatbestande. In dem notariellen Vertrage hat sich der Beklagte dem R. gegenüber verpflichtet, sein Grundstück an R. oder einen von diesem zu benennenden Dritten unter im einzelnen genau festgesetzten Bedingungen zu verkaufen und aufzulassen. Ferner heißt es: Verlangt Herr R. die Auflassung und den Verkauf an eine dritte Person, so hat er sich dem Beklagten gegenüber als selbstschuldnerischer Bürge für dessen Restguthaben mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung darzustellen. Dieser Vertrag kann dahin ausgelegt werden, daß R. sich bereits in dem Vertrage selbst für den Fall, daß er den Verkauf und die Auflassung des Grundstücks an einen Dritten verlangen werde, dem Beklagten gegenüber verpflichtet hat, dafür einzustehen, daß der Dritte die von ihm zu übernehmende Verpflichtung, das Kaufgelderrestguthaben des Beklagten an diesen zu zahlen, erfüllen werde. Zur Zeit des Vertragsabschlusses stand zwar noch nicht fest, ob der Verkauf und die Auflassung des Grundstücks an einen Dritten stattfinden werde. Die Bürgschaft kann aber auch für eine künftige oder eine bedingte Verbindlichkeit übernommen werden.

3. Kündigung der Kreditbürgschaft. a) **RG.** VI. 6. 2. 11, GruchotsBeitr. **55** 957, JW. **11** 447 Nr. 12, WarnE. **11** 260, R. **11** Nr. 1540. Bei der Kreditbürgschaft liegt es in der Befugnis des Gläubigers, durch tatsächliche Gewährung des beanspruchten Kredits die Hauptschuld und damit die Bürgschafts-

verpflichtung zur Existenz zu bringen, sofern nicht der Bürge vorher die Bürgschaft kündigt. Das letztere, eine Aufkündigung der Bürgschaft nach Verlauf eines angemessenen Zeitraums, wird dem Bürgen in der Regel auf Grund des vermutlichen Parteiwillens zu verstatten sein, falls die Bürgschaft ohne Festsetzung eines bestimmten Endzeitpunkts übernommen ist. b) **RG.** VI. 6. 2. 11, GruchotsBeitr. **55** 957 (962), JW. **11** 447 Nr. 12, WarnE. **11** 260, R. **11** Nr. 1540. Die während der fortgesetzten Gütergemeinschaft von dem Elternteil übernommene Verpflichtung aus einer Verbürgung für künftigen Kredit geht nach der Schichtung (Aufhebung der Gütergemeinschaft) auf die Schichtnehmer über (Analogie der Rechtsnachfolge bei der Vermögensübernahme § 419 und insbesondere beim Erbgange § 1967 Abs. 1). Dies gilt auch hinsichtlich der erst nach Eintritt der Rechtsnachfolge entstandenen Forderungen. Die Schichtung hat also nicht die Bedeutung einer Kündigung der Kreditbürgschaft.

4. Fortdauer der Kreditbürgschaft trotz zeitweiliger Tilgung der Hauptschuld. **RG.** VI. 6. 2. 11, GruchotsBeitr. **55** 957 (961), JW. **11** 447 Nr. 12, LeipzZ. **11** 458, WarnE. **11** 260. Bei der auf unbestimmte Zeit geleisteten Kreditbürgschaft gilt die Verpflichtung des Bürgen selbst dann, wenn zeitweilig die Schuld des Hauptschuldners getilgt sein sollte, bis zum endgültigen Abschlusse des Kreditverhältnisses als fortbestehend.

5. Übergang der Verpflichtung aus der Kreditbürgschaft auf die Rechtsnachfolger des Bürgen. **RG.** VI. 6. 2. 11, GruchotsBeitr. **55** 957 (961), JW. **11** 447 Nr. 12, WarnE. **11** 260. Durch die Kreditbürgschaft wird eine Verpflichtung begründet, die in Ansehung erst später zur Existenz kommender Forderungen gegen den Hauptschuldner auf die Rechtsnachfolger des Bürgen übergehen kann. Denn nicht nur in dem Falle, wenn der Gläubiger selbst dem Hauptschuldner durch gegenseitigen Vertrag zur Kreditgewährung verpflichtet ist, sondern auch, wenn es im Belieben des Gläubigers liegt, ob er Kredit gewähren will, wird durch Abschluß des Bürgschaftsvertrags ein Rechtsverhältnis und jedenfalls eine selbst nur bedingte Gebundenheit des Bürgen begründet. Zwar entsteht eine Leistungsverpflichtung des Bürgen bei Bürgschaften für künftige und bedingte Verbindlichkeiten erst mit der Begründung der Forderung des Gläubigers. Aber zu weit ginge es, wenn man mit Eccius (GruchotsBeitr. **46** 57) jegliche, selbst eine nur bedingte Gebundenheit des Bürgen verneinen wollte.

6. Bürgschaft für den schuldenden Betrag s. oben Nr. II 2 d.

IV. Anfechtung einer Bürgschaft wegen Irrtums. **RG.** VI **75** 271, JW. **11** 274 Nr. 1. Die Übernahme einer Bürgschaft ist wegen Irrtums über den Geschäftsgegenstand anfechtbar, wenn die Bürgschaft nur mit Rücksicht auf die anderweit vom Schuldner schon bestellte Pfandsicherheit übernommen wurde und die Annahme, daß das Pfandrecht bereits rechtsgültig bestellt sei, unrichtig war.

V. Bereicherung durch Bürgschaftsleistung. **RG.** VI. GruchotsBeitr. **55** 953, JW. **11** 540, BayRpflZ. **11** 308. Wenn der Hauptschuldner mit dem Gläubiger die Abmachung trifft: gegen dessen Verpflichtung zu weiterer Kreditgewährung werde er ihm für die bestehende Schuld durch Bürgschaft seines Vaters Sicherheit verschaffen, dann ist es fast selbstverständlich, daß auch die Bürgschaft nur in diesem Sinne erklärt wird und der Gläubiger sie ebenso empfängt. Die Verpflichtung des Gläubigers ist nicht nur Beweggrund für die Bürgschaftsverpflichtung, sondern als gewollter und vorausgesetzter Erfolg Geschäftsbestandteil. Der Gläubiger ist beim Ausbleiben des von seiner Handlung abhängigen Erfolges durch die Bürgschaftsleistung ohne rechtlichen Grund auf Kosten des Bürgen bereichert und deshalb verpflichtet, der in dem Bürgschaftsvertrag erworbenen Vorteile sich wieder zu begeben.

VI. Analoge Anwendung der Bürgschaftsvorschriften? **RG.** I. JW. **11** 975 Nr. 5, R. **11** Nr. 3454. Die Gläubigerin hatte dem Schuldner A. versprochen, ihn erst nach Regulierung des Nachlasses des Schuldners B. in Anspruch zu nehmen. Das RG. verneint, daß die besonderen Umstände des Falles nach Treu und Glauben die Auslegung gebieten, daß der Zwang, sich zunächst an den Nachlaß des B. halten zu müssen, mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses aufhören sollte. Die Konstruktion des BerG., daß A. eine bürgschaftsähnliche Haftung übernommen habe und sich deshalb gemäß § 773 Nr. 3 nach Eröffnung des Konkurses auf die Einrede der Vorausklage nicht mehr berufen könne, wird nicht gebilligt.

§ 766. I. Bürgschaftserklärung? a) OLG. **22** 343 (Colmar). In der schriftlichen und dem Kläger ausgehändigten Erklärung, in welcher der Beklagte versichert, daß der um Zahlungsausstand angegangene Gläubiger an dem Schuldner nichts verlieren werde und dafür zu sorgen verspricht, daß der Schuldner bis zu einem bestimmten Zeitpunkte die Schuld begleichen werde, kann nach Treu und Glauben nur die Übernahme der Verpflichtung einer Bürgschaft gefunden werden. Wenn der Beklagte nur eine unverbindliche Äußerung, daß er den Schuldner zur Zahlung anhalten werde, hätte abgeben wollen, so hätte es der gewählten Schriftform nicht bedurft, andererseits würde sich der Kläger schwerlich dadurch zu einer weiteren Stundung haben bewegen lassen. Selbst wenn der Beklagte vorher die Unterzeichnung einer förmlichen Bürgschaftsurkunde abgelehnt hätte, so würde dadurch an dem materiellen Inhalte der von ihm selbst geschriebenen Erklärung nichts geändert worden sein; denn in dieser ist der maßgebende Vertragswille ausgedrückt und einer etwaigen widersprechenden mündlichen Erklärung kommt keine rechtliche Bedeutung zu. b) OLG. **22** 344, HansGZ. **11** Beibl. 75, R. **11** Nr. 1539 (Hamburg). Die Worte in einem Briefe „Bürgen will ich mit allem was ich besitze, einen Wechsel habe ich noch nie unterschrieben und unterschreibe ich nicht" können als Ausdruck des Willens, sich hiermit als Bürgen zu verpflichten, nicht mit Sicherheit ausgelegt werden. Sie lassen der Deutung Raum, daß der Beklagte wie früher zur Übernahme und Beurkundung der Bürgschaft bereit sei und dem Kläger beides erneut anbiete. Das schriftliche Angebot einer Bürgschaftsübernahme ist aber nicht identisch mit schriftlicher Bürgschaftserklärung und kann zu solcher Erklärung nicht dadurch werden, daß der Gegner schweigt, mag das Schweigen selbst von beiden Vertragschließenden als Annahme aufgefaßt sein. c) SeuffA. **65** 447, R. **11** Nr. 713 (Augsburg). Ein als Bürgschaft gewollter Verpflichtungsschein des Inhalts „Schuldschein über . . . . M., welche Unterzeichneter an H. schuldet. Ich verspreche, diese Summe auf Verlangen heimzubezahlen" ist unwirksam. Der Bürge kann sich auf den Formmangel berufen, ohne gegen Treu und Glauben zu verstoßen.

II. Unterschrift. Vollmacht. Vertretung. 1. **RG.** VI. 4. 3. 11, JW. **11** 442 Nr. 3, RheinA. **108** II 381. Wenn ein Bevollmächtigter die Bürgschaftsverpflichtung seines Vollmachtgebers mit dessen Namen unterschreibt, so kommt es darauf an, ob er den Namen in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter oder als Schreibgehilfe unterschrieben hat (vgl. **RG. 74** 69, **50** 55, **58** 387). Unrichtig ist die Annahme, daß letzteres der Fall sein müsse, wenn ein Generalbevollmächtigter die Urkunde erst dem Vollmachtgeber vorgelesen und dessen Zustimmung zur Unterschrift eingeholt hat. Ein Generalbevollmächtigter kann, wenn er es auch im einzelnen Falle in seinem inneren Verhältnisse zum Vollmachtgeber für angemessen hält, erst dessen Willensmeinung einzuholen, darum doch nach außen hin recht wohl das fragliche Geschäft als Bevollmächtigter vollziehen. Im Zweifel würde auch kaum anzunehmen sein, daß er, wenn er einfach mit dem Namen des Vollmachtgebers in einem Falle unterschreibt, wo die Schriftform wesentlich ist, nur

als Schreibgehilfe habe handeln wollen, da dadurch ja gerade Nichtigkeit des Geschäfts bewirkt sein würde.

2. Bei schriftlicher Verpflichtung zugleich in Vertretung eines anderen genügt die einmalige Unterschrift. **RG.** VI. 29. 9. 10 JDR. **9** Nr. 2 a jetzt auch **RG. 75** 1, SeuffA. **66** 224.

III. Vollständigkeit der Urkunde. Bezeichnung des Gläubigers und der Schuld. 1. Unzulässige Bezugnahme auf ein anderes fremdes Schriftstück. **RG.** VI. 24. 5. 11, **76** 303, JW. **11** 647. Die Beklagte und L. hatten für die Firma M. der Bank gegenüber Bürgschaft übernommen und waren bereit, sie auf den Kläger zu übertragen. Sie stellten folgende Urkunden aus: 1. „Der Unterzeichnete erklärt sich hiermit bereit, nach Rückempfang der an die Bank zugunsten der Firma M. . . . abgegebenen Bürgschaftserklärung eine ebensolche an den Kläger auszustellen. L." 2. „Die Unterzeichnete (Beklagte) gibt hiermit im gleichen Sinne die gleiche Erklärung dem Kläger gegenüber ab, wie solche von dem Herrn L. erteilt worden ist. Unterschrift." Das RG. weist die auf Urkunde 2 gestützte Klage auf Bürgschaftserteilung wegen mangelnder Form ab. Die Urkunde 1 ist trotz ihrer Lücken unbedenklich ein gültiges Bürgschaftsversprechen. Die Urkunde 2 enthält dagegen keine Bürgschaftserklärung, sondern nur die Verweisung auf ein anderes fremdes Schriftstück. Die Erklärung selbst muß aber die wesentlichen Merkmale des Bürgschaftsvertrags noch irgendwie erkennen lassen. Ob dann die Bürgschaft formgerecht gewesen wäre, wenn beide Erklärungen auf demselben Bogen abgegeben wären, bleibt dahingestellt.

2. Zulässige Bezugnahme. **RG.** VI. JW. **11** 648 Nr. 17. Auch wegen verschärfender Bürgschaftsbedingungen, die für sich formbedürftig sind, kann auf eine andere, den Parteien inhaltlich bekannte, Urkunde Bezug genommen werden.

3. Unzulässige Verbürgung, wenn weder eine bestimmte Schuld noch die Person des Gläubigers feststeht. OLG. **23** 52 (Stuttgart). Unzulässig ist eine Verbürgung in der Weise, daß der Bürge einem noch unbekannten Gläubiger für eine nicht bestimmt bezeichnete — wenn auch auf einen gewissen Betrag beschränkte — Schuld sich haftbar erklärt. Die wesentlichen Merkmale eines individuell umgrenzten Bürgschaftsvertrags müssen sich aus der Urkunde selbst ergeben, sei es nun, daß die Urkunde von Anfang an fertig geschrieben oder nachträglich dem zur Zeit der Bürgschaftsübernahme bestehenden Willen des Bürgen entsprechend ausgefüllt worden ist. Dies trifft nicht mehr zu, wenn zu der Zeit der Unterzeichnung der Urkunde weder eine bestimmte Schuld noch die Person des Gläubigers feststand, vielmehr ein übereinstimmender Wille des Schuldners und des Bürgen nur in der Weise vorhanden war, daß der Schuldner bei einem erst in der Zukunft festzustellenden Gläubiger für eine noch unbestimmte Schuld Kredit suchen sollte.

4. Genügende Bezeichnung des Gläubigers bei einer Kreditbürgschaft. a) **RG.** VI. 13. 2. 11, **76** 195, JW. **11** 401, BankA. **10** 380, WarnE. **11** 263, R. **11** Nr. 1730. Es genügt, daß die Umstände, durch deren Eintritt die künftige Verbindlichkeit entstehen soll, in zureichender Weise in der Urkunde gekennzeichnet werden und daß in der Urkunde zum Ausdrucke gebracht ist, daß die darin enthaltene Bürgschaftserklärung gegenüber derjenigen Person abgegeben werde, welche durch den Eintritt jener Umstände Gläubiger des Hauptschuldners werden würde. („Ich bürge dem, der meinem Sohne für 9000 M. bar oder Waren kreditiert.") b) OLG. **22** 345 (Dresden). Der Gläubiger braucht in der Urkunde nicht genannt zu sein. Hätte der Bürge darauf Wert gelegt, daß eine bestimmte Person das Darlehen gebe, so würde er das klar ausgedrückt haben. Mit

der Unterzeichnung der Urkunde, bevor darin der Name des Gläubigers angegeben war, bekundete er seine Absicht, dem bürgen zu wollen, der das erwartete Darlehen geben würde. Für eine Anwendung des § 119 ist unter diesen Umständen kein Raum.

5. Unschädliche unrichtige Bezeichnung der Schuld. **RG.** VI. JW. **11** 940 Nr. 5. Ist der Zeitpunkt der Entstehung des die Hauptschuld begründenden Rechtsverhältnisses in der Bürgschaftserklärung unrichtig bezeichnet, so wird dadurch die Wirksamkeit der Bürgschaft nicht beeinträchtigt, wenn trotzdem die Hauptverbindlichkeit genügend bestimmt ist. Die Bezeichnung des Vertrags, für welchen die Bürgschaft übernommen wird, als eines „heute" abgeschlossenen Kaufgeschäfts, obwohl er nicht heute abgeschlossen ist, steht der Gültigkeit nicht entgegen, wenn diese Bezeichnung eine völlig nebensächliche und unerhebliche ist.

6. **RG.** VI. GruchotsBeitr. **55** 953, JW. **11** 540. Die Vermutung der Vollständigkeit der schriftlichen Bürgschaftserklärung gilt nur für die Verpflichtung des Bürgen, nicht für den sonstigen Inhalt des Bürgschaftsvertrags, so nicht für die Verpflichtungen des Gläubigers oder für die Bürgschaft beschränkende Bedingungen.

IV. Formpflicht bei abändernden Vereinbarungen. *Ebbecke, R. **11** 636 f. Für eine abändernde Vereinbarung zwischen Gläubiger und Bürgen, daß dieser von der Bürgenhaftung für bestimmte Verbindlichkeiten befreit sein, dafür aber als Bürge für andere Verbindlichkeiten eintreten soll, ist die Schriftform erforderlich, weil diese letztere Verpflichtung eine Bürgschaftsverpflichtung ist, und zwar ohne Unterschied, ob diese Verpflichtung im Verhältnisse zu der ursprünglichen Verpflichtung die geringere ist.

V. Bürgschaftsvorvertrag. **RG.** VI. 24. 5. 11, **76** 303, R. **11** Nr. 2727 Das Versprechen, demnächst eine Bürgschaft übernehmen zu wollen, unterliegt der Form des § 766.

VI. Bedarf der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage der Schriftform? S. § 771 Nr. 2.

§ 767. 1. Anrechnung der Zahlungeu des Bürgen auf die verbürgte Schuld, s. § 366 Nr. 4.

2. Haftung des Bürgen für Vertragszinsen. OLG. **23** 53, R. **11** Nr. 2325 (Braunschweig). Unrichtig ist die Annahme, daß sich die Haftung des Bürgen im Zweifel stets auf die bis zur Zahlung laufenden Vertragszinsen erstreckt. Jedoch ist anzunehmen, daß ein Bürge, der die Verzinslichkeit der Forderung gekannt hat, sich im Zweifel auch für die Zinsen verbürgen wollte.

3. Abs. 2. BadRpr. **11** 266, DJZ. **11** 936 (Karlsruhe). Die Haftung des Bürgen nach § 767 Abs. 2 erstreckt sich nicht auf die Kosten einer von einem Dritten gegen den Gläubiger erfolgreich durchgeführten Interventionsklage (§ 771 ZPO.). Der Bürge haftet für diese Kosten auch nicht aus Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 677, 683 BGB.

§ 771. 1. Auslegungsfrage, ob die Zahlungsunfähigkeit nur der bisherigen Firma oder der Firma schlechthin nachzuweisen ist. **RG.** VI. 26. 11. 10, JW. **11** 158 Nr. 20, WarnE. **11** 77, R. **11** Nr. 3453. Da die Einrede der Vorausklage vertraglich vereinbart ist, so ist durch Auslegung der Vertragsurkunde festzustellen, ob die Vertragsbestimmung dahin zu verstehen ist, daß dem Bürgen, ehe er in Anspruch genommen werden kann, nur die Zahlungsunfähigkeit der bisherigen Firma B. u. U. nachgewiesen werden muß oder ob die festgesetzte Bedingung sich nach dem zum Ausdrucke gebrachten Vertragswillen der Parteien auf den Inhaber der Firma schlechthin, also zutreffendenfalls auch auf einen dritten Erwerber des Handelsgeschäfts und der Firma beziehen sollte. Für diese Auslegung können auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände tatsächlicher Art in Betracht kommen; so die persönlichen Ver-

hältnisse zwischen den Beteiligten oder die Frage, ob bei Ausstellung und Entgegennahme der Bürgschaftsurkunde die Parteien mit einem demnächstigen Übergange der Firma auf einen Dritten gerechnet haben.

2. Verzicht auf die Einrede der Vorausklage. **RG.** VII. 24. 3. 11, R. **11** Nr. 2135. Der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage enthält eine Erweiterung der nach dem Gesetze dem Bürgen obliegenden Haftung und bedarf mithin der Schriftform. Diese aber war gegeben, insofern eben aus dem Inhalte der Urkunde selbst jener Verzicht hergeleitet worden ist, mithin auch in der Urkunde selbst seinen erkennbaren Ausdruck gefunden hat. Demgegenüber würde ein Nebenabrede, die dahin ging, daß der Kläger sich zunächst an den Sohn des Beklagten halten müsse, durch die mithin jener Verzicht auf die Einrede der Vorausklage beseitigt wurde, eine Einschränkung der Bürgschaftshaftung der Beklagten enthalten haben und deshalb auch ohne Schriftform gültig gewesen sein.

§ 774. Übergang der Forderung bei teilweiser Befriedigung und Geltendmachung im Konkurse des Hauptschuldners. 1. Henneberg, LeipzZ. **11** 268—284 (270) (s. Literatur zu § 765 und § 765 Nr. II 4). Bei teilweiser Befriedigung des Gläubigers vor Eröffnung des Konkurses des Hauptschuldners geht die Forderung insoweit auf den Bürgen über, der sie mit allen Vorrechten im Konkurse geltend machen kann. Der Gläubiger geht dem Anspruche des Bürgen nicht vor, er darf nicht, wie vielfach angenommen wird, für das volle Guthaben ohne Berücksichtigung der Teilleistung die Quote bis zur Höhe seines Regreßanspruchs verlangen.

2. **RG.** VI. 13. 2. 11, **76** 195, BankA. **10** 380, LeipzZ. **11** 458, R. **11** Nr. 1732. Der Bürge, der nur einen Teilbetrag (9000 M.) der durch die Bürgschaft gesicherten Schuld bezahlt hat, muß mit seinem auf ihn übergegangenen Rechte auf Befriedigung aus Pfändern, aus anderen Bürgschaften oder aus der Konkursmasse des Hauptschuldners hinter den ursprünglichen Gläubigern bis zu dessen voller Befriedigung zurücktreten. Dies gilt sowohl, wenn der Bürge sich für die ganze Schuld verbürgt und mit der Zahlung des Teilbetrags auch seine Bürgschaftsverpflichtung nur zum Teil erfüllt hat, als auch wenn er nur bis zur Höhe seiner Zahlung für die an sich größere Schuld die Bürgschaftsverpflichtung übernommen, diese letztere also durch seine Leistung voll erfüllt hat; auch im letzteren Falle ist für den Bürgen die ganze Forderung des Gläubigers eine Einheit; er steht für die ganze Schuld ein, aber nur mit einem Teilwerte. — Nur dann kommt ein Vorzugsrecht für den Gläubiger nicht in Frage, wenn seine Kreditforderungen selbst immer nur 9000 M. betragen und diese Summe nicht übersteigen durften. Hat der Gläubiger dem Schuldner trotzdem einen höheren Kredit eingeräumt, so ist der Gläubiger insoweit zwar Gläubiger desselben Schuldners, aber nicht derselben Forderung. — Hierzu Düringer, BankA. **10** 382. Die Auffassung, daß der Bürge, der sich nur für einen Teil der Schuld verbürgt hat, für die ganze Schuld einstehe, entspricht nicht der Verkehrsauffassung. Der Bürge will sich eben gerade nicht über das Limit hinaus verpflichten.

§ 776. 1. Eigentumsvorbehalt kein Vorzugsrecht. ElsLothJZ. **36** 638, DJZ. **11** 1099 (Colmar). Sicherung durch Eigentumsvorbehalt ist kein Vorzugsrecht und begründet kein Pfandrecht. Der Bürge wird also nicht frei, wenn der Gläubiger von dem Vorbehalte keinen Gebrauch gemacht oder ihn aufgegeben hat.

2. Sicherungsübereignung. PosMSchr. **11** 68 (Königsberg). Auf Rechte aus Sicherungsübereignungen ist § 776 nicht anwendbar.

3. Sorgfaltspflicht des Dienstherrn bei Bürgschaft für den Angestellten. a) **RG.** VI. HansGZ. **11** Beibl. 291 — in Bestätigung von OLG. Hamburg JDR. **9** § 765 Nr. 8 —. Nach den Umständen des

Einzelfalls kann sich aus der Verknüpfung einer Bürgschaftsübernahme für die aus dem Dienstverhältnis entspringenden Forderungen gegen den Angestellten mit dem Anstellungsvertrage der Schluß rechtfertigen, daß die Leistung des Bürgen davon abhängig sein soll, daß der Dienstberechtigte seine im Anstellungsvertrag übernommenen Pflichten gegen den Angestellten erfülle. Daß eine solche Bedingung vereinbart sei, ist vorliegend zu verneinen. **b)** **RG.** VI. HansGZ. **11** Beibl. 291. Der Gläubiger (Versicherungsgesellschaft) verstößt gegen Treu und Glauben, wenn er von dem Bürgen, der sich für den Agenten der Gesellschaft verbürgt hat (vgl. a), Zahlung von Forderungen begehrt, deren Entstehung er selbst durch grobe Nachlässigkeit herbeigeführt hat, indem er, weil er sich durch die Bürgschaft für gesichert hielt, gegen Unredlichkeiten des Beamten, die ihm bekannt geworden waren, nicht eingeschritten ist.

4. R. **11** Nr. 714 (Hamburg). Der Gläubiger ist dem Bürgen als solchem gegenüber nicht zur besonderen Sorgfalt in seinem Vorgehen gegen den Schuldner verpflichtet. Es steht ihm daher auch frei, dem Schuldner die Hauptschuld zu stunden, und der Bürge kann aus solcher Stundung später nicht die Einrede herleiten, daß der Gläubiger ohne die Stundung vom Hauptschuldner befriedigt wäre.

§ 778. 1. Kreditauftrag des Bauunternehmers. R. **11** Nr. 317 (Hamburg). Erklärt ein Bauunternehmer einer Firma, welche einem für den Bau arbeitenden Handwerker Baumaterial liefern will, die Sache sei in Ordnung, die Firma könne dem Handwerker ruhig das Baumaterial liefern, so liegt darin ein Kreditauftrag, aus dem der Bauunternehmer haftet.

2. Kreditauftrag oder Bürgschaft? **a)** OLG. **22** 346, SeuffA. **66** 229, R. **11** Nr. 1123 (Braunschweig). Der Kreditauftrag ist widerruflich, die Kreditbürgschaft wie jede Bürgschaft unwiderruflich. Der vom Gegner angenommene Kreditauftrag verpflichtet den Beauftragten zum Kreditgeben, eine Verpflichtung dem Bürgen gegenüber, das Kreditverhältnis zur Entstehung zu bringen, besteht für den Bürgschaftsgläubiger nicht. Daher liegt kein Kreditauftrag in der Erklärung des Beklagten den Vertretern der Genossenschaft gegenüber: er wolle für seinen zukünftigen Schwiegersohn, der Mitglied der Genossenschaft werden solle, ein Geschäft einrichten und den Mitgliedsbeitrag zahlen, auch für die Zahlung der im ersten Jahre von seinem Schwiegersohn entnommenen Waren aufkommen. Es fehlt sowohl an der Erklärung des Beklagten, daß er die Genossenschaft zur Kreditgewährung verpflichten wollte, als an jeder Erklärung der Genossenschaft, daß sie solche Verpflichtung übernehme. Ebensowenig ist der Erklärung des Beklagten irgendwie zu entnehmen, daß ihm hinsichtlich seiner Verpflichtung ein Widerrufsrecht zustehen solle oder zustehe. **b)** R. **11** Nr. 2557 (Hamburg). In der Erklärung einer Ehefrau gegenüber einem Kaufmanne „Liefern Sie nur meinem Manne, ich komme für die Zahlung auf" liegt kein Kreditauftrag, sondern höchstens eine Bürgschaftserklärung. Der Kreditauftrag setzt ein selbständiges eigenes Interesse der Auftraggeberin voraus, und ein solches wird nicht schon durch das Interesse begründet, das jede Ehefrau an dem Gedeihen des Geschäfts ihres Mannes hat, vielmehr müßte hinzukommen, daß die Beklagte den Kläger ersucht hätte, ihrem Manne die Waren zu liefern, und ferner, daß die Lieferung der Waren nicht bloß in das Belieben des Klägers gestellt wurde, sondern, daß der Kläger sich auch der Beklagten rechtlich zur Lieferung verpflichtete.

3. Unterschied zwischen Kreditauftrag und eigenem Darlehen mit Auszahlung an einen Dritten. **RG.** VI. WarnE. **11** 472. In der Schuldurkunde ist der Beklagte als Darlehnsempfänger und Darlehnsschuldner bezeichnet. Gleichgültig ist, daß der Gläubiger die Valuta mit Einwilligung oder auf Weisung des Darlehnsnehmers einem Dritten unmittelbar ausgezahlt hat. Ein stillschweigender Kreditauftrag liegt nicht vor. Davon könnte nur

gesprochen werden, wenn unter stillschweigender Zustimmung des anwesenden Beklagten von dem Kläger und dem Dritten ein solches Auftragsverhältnis besprochen worden wäre. Hält man an diesem Erfordernisse nicht fest, so werden die Merkmale für ein eigenes Darlehen mit Auszahlung an einen dritten Empfänger und für einen Kreditauftrag völlig verwischt. Vgl. § 607 Nr. III 1.

Neunzehnter Titel. Vergleich.

§ 779. 1. Ratentilgung und Zwangsvollstreckung. **RG.** VII. JW. **11** 648. Wenn bei einem Vergleiche der Gläubiger sich zur Tilgung seiner Ansprüche bestimmte Raten versprechen läßt, so sind hinsichtlich des Rechtes aus den ihm zur Seite stehenden vollstreckbaren Titeln und der Befugnis, die Zwangsvollstreckung daraus zu betreiben oder fortzusetzen, verschiedene Möglichkeiten denkbar. Entweder haben die Parteien eine Novation beabsichtigt oder sie haben die alten Schuldverhältnisse oder eines von diesen bestehen lassen und nur den Betrag der Schuld des Gläubigers ermäßigen wollen. Für diesen Fall ergeben sich wiederum hinsichtlich der Befugnis des Gläubigers zum Gebrauche der erwirkten vollstreckbaren Titel verschiedene Möglichkeiten. Daß der Gläubiger auf die Rechte aus den Titeln uneingeschränkt und bedingungslos verzichtet haben sollte, ist wenig wahrscheinlich. Näher liegt die Annahme, daß er innerhalb der Grenze der vergleichsmäßigen Schuldermäßigung von den erwirkten Titeln oder einem von ihnen in dem Falle sollte Gebrauch machen dürfen, wenn der Schuldner die im Vergleich übernommenen Verpflichtungen nicht erfülle.

2. Unwirksamkeit. Ebbecke, Irrtum und Verwandtes, R. **11** 749. Die Unwirksamkeit des Vergleichs beruht auf dem Ausfall einer auflösenden stillschweigenden Bedingung.

3. Prozeßvergleich. a) SeuffBl. **11** 253 (München). Zulässigkeit der Fortsetzung des Prozeßvergleichs behufs Entscheidung über die Gültigkeit des Vergleichs. **b)** Ebenso SeuffA. **66** 207, ThürBl. **58** 116 (Jena). **c)** Ebenso WürttRpflZ. **11** 358 (Stuttgart). In solchem Falle ist auch die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem Vergleiche zulässig. **d)** Ebenso OLG. **23** 151 (Dresden). Die Frage der Gültigkeit des Proeßvergleichs ist durch Fortsetzung des Vorprozesses auszutragen. Für eine Klage auf Feststellung der Ungültigkeit des Vergleichs fehl e daher an rechtlichem Interesse. Rechtshängigkeit besteht jedoch zwischen beiden Klagen nicht (vgl. ZPO. § 263 Nr. 4 b). **e)** Dagegen PosMSchr. **11** 9 (Königsberg). Die Anfechtung eines Prozeßvergleichs hat durch besondere Klage zu geschehen. **f)** Im übrigen vgl. ZPO. § 794.

Zwanzigster Titel. Schuldversprechen. Schuldanerkenntnis.

Vorbemerkung: Abstrakte Schuldversprechen und Anerkenntnisse im Anschluß an Unfälle werden in § 780 Nr. 1 a—e, § 781 Nr. 1 a, b behandelt. Wegen Beibehaltung oder Beseitigung der ursprünglichen kurzen Verjährungsfrist s. § 781 Nr. 1 b.

§§ 780 ff. 1. Die Anwendung des § 780 auf Schuldverschreibungen wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß in ihnen der Schuldgrund angegeben ist. **a)** **RG.** I. 9. 11. 10, **74** 339, JW. **11** 86 Nr. 3, BayRpflZ. **11** 185. Wenn auch im Texte der Urkunden (Teilschuldverschreibungen) der Schuldgrund angegeben ist, so kann doch kein Zweifel daran bestehen, daß die Absicht auf Begründung einer selbständigen Verpflichtung gerichtet gewesen ist. Das ergibt schon die Massenausgabe übereinstimmender Papiere in Form eines negotiablen Wertpapiers. Es erhellt auch aus der Orderklausel, weil die volle rechtliche Wirksamkeit des Indossaments nur bei einer abstrakten Schuldverpflichtung erzielt werden kann. — Über die Richtigkeit der nur faksimilierten

Papiere vgl. § 126 Nr. 2. **b)** **RG.** V. JW. **10** 704 Nr. 3. Der Annahme eines abstrakten Schuldanerkenntnisses steht der Umstand nicht entgegen, daß die Urkunde den ursprünglichen Schuldgrund mit den Worten „aus der Bauausführung" ganz allgemein bezeichnet. **c)** Ebenso PosMSchr. **11** 7, R. **11** Nr. 1541 (Königsberg) betr. Angabe des ursprünglichen Schuldgrundes „Restkaufgeld".

2. Schriftform. **RG.** VI. **76** 191. Das in einem Generalversammlungsprotokolle beurkundete Anerkenntnis genügt der Schriftform, wenn der Anerkennende das von einem Dritten geführte Protokoll unterzeichnet hat, er ist insoweit Aussteller der Urkunde.

§ 780. 1. Abstraktes Schuldversprechen im Anschluß an Unfälle (vgl. § 781 Nr. 1). **a)** OLG. **22** 349 (Düsseldorf). Das Versprechen des Beklagten, der für einen durch ein Versehen seines Lehrlings verschuldeten Unfall in Anspruch genommen wird, für die Folgen des Unfalls aufzukommen, wenn der Kläger von einer Strafanzeige absehe, ist ein abstraktes Schuldversprechen. Schuldgrund ist nicht die Tatsache der Schadenszufügung allein, da diese noch nicht geeignet ist, eine Haftung zu begründen, sondern die durch die schuldhafte Schadenszufügung begründete rechtliche Verpflichtung des Schuldners zum Ersatze des Schadens. Wird also ohne Rücksicht auf eine sonst begründete Verpflichtung Ersatz eines zugefügten Schadens versprochen, dann soll eben das Versprechen die Haftung selbständig begründen. **b)** R. **11** Nr. 3901 (Colmar). Wenn ohne Rücksicht auf eine sonst begründete Verpflichtung der Ersatz eines von dem Versprechenden zugefügten Schadens (z. B. von dem, durch dessen Kraftfahrzeug die Verletzung zugefügt worden ist) versprochen wird, liegt der Fall vor, daß eine selbständige Haftung durch das Versprechen begründet werden soll, und gerade diesen Fall trifft § 780. **c)** Entgegengesetzt OLG. Frankfurt, JDR. **9** Nr. 2 b.

2. OLG. **22** 350 (Nürnberg). Der Beklagte hatte im Interesse des Friedens und der Versöhnung zugesichert, den das Gewerbe des Klägers schädigenden Handel aufzugeben, und auf die Bedenken des Klägers, ob er sein Wort halten werde, beigefügt: „Wenn es nicht wahr ist, zahle ich Dir 1000 M.". Wenn man diesem Strafversprechen eine rechtliche Bedeutung beilegen könnte, so wäre dies nur denkbar in dem Sinne einer selbständigen Strafabrede für den allerdings verwirklichten Fall, daß der Beklagte den Handel nicht unterlasse (§ 343 Abs. 2). Diese Strafabrede wäre ausschließlich auf das mündliche Versprechen der 1000 M. gestützt, durch das diese Verpflichtung selbständig begründet werden sollte.

3. Formheilende Wirkung der Erfüllung. *Ebbecke, R. **11** 644. Die Erfüllung hat eine formheilende Wirkung nur hinsichtlich der dem selbständigen Schuldversprechen zugrunde liegenden materiellen Verbindlichkeit (sofern die Form nicht etwa im allgemeinen Interesse vorgeschrieben ist), nicht hinsichtlich des Schuldversprechens selbst.

§ 781. 1. Abstraktes Schuldanerkenntnis im Anschluß an einen Haftpflichtunfall (vgl. § 780 Nr. 1). **a)** Beispiel eines abstrakten Schuldanerkenntnisses **RG.** 24. 10. 10, **75** 4. Auf Verlangen der Verletzten erklärte die ersatzpflichtige Gesellschaft: „Wir erkennen ..... an, wegen dieses Unfalls dem Fräulein R. im Umfange des Gesetzes vom 7. Juni 1871 in der Fassung des EGBGB. Art. 42 § 3 a haftpflichtig geworden zu sein, soweit Körperverletzungen und daraus entspringende Vermögensnachteile nachweisbar sind." **b)** Kurze Verjährung des HaftpflG. oder dreißigjährige Verjährung auf Grund des vertragsmäßigen Schuldanerkenntnisses? Die kurze Verjährungsfrist bleibt nur dann bestehen, wenn ausdrücklich vereinbart. **RG.** 24. 10. 10, **75** 4, EisenbE. **27** 419, R. **11** Nr. 46. Die Parteien können wirksam vereinbaren, die dem ursprünglichen Schuldgrunde (HaftpflG.) entsprechende kürzere Verjährung solle auch hinsichtlich der

auf den Anerkenntnisvertrag gegründeten Forderung gelten. Ein solcher Fall liegt nicht vor, wenn der Vertrag gerade den Zweck hatte, der Gefahr der kurzen Verjährung vorzubeugen und die sonst deswegen gebotene Erhebung einer Feststellungsklage zu ersparen. In einem Falle dieser Art hieße es den Zweck des Vertrags völlig verkennen, wollte man unterstellen, die Parteien hätten die kurze Verjährungsfrist auch für die neue Forderung beibehalten wollen. Die Erwähnung des HaftpflG. in der maßgebenden Erklärung hatte nur den Sinn, in Kürze den Umfang der Leistungen zu bezeichnen.

2. **RG.** 24. 10. 10, **75** 4, JW. **11** 40, R. **11** Nr. 47. Keine selbständige Verpflichtung wird durch dasjenige Anerkenntnis begründet, bei dem nur die bestehende Schuld im Rahmen des alten Schuldgrundes bestätigt werden soll.

3. Abstraktes Schuldversprechen des Darlehnsschuldners? a) **RG.** VI. WarnE. **11** 472. Das Bekenntnis, eine Darlehnssumme bar empfangen zu haben, ist der Regelfall eines aus dem Schuldgrunde des Darlehens ausgestellten Schuldscheins im Gegensatze zum selbständigen Anerkenntnisse, das etwa lauten würde: „Ich bekenne, . . . M. zu verschulden" oder bei allgemeiner Erwähnung des Schuldgrundes: „Ich bekenne, . . . M. als Darlehen zu verschulden". Von einem solchen selbständigen Anerkenntnisse weist das Bekenntnis des baren Empfanges eines baren Darlehnsbetrags gerade hinweg. b) **RG.** VI. WarnE. **11** 256, LeipzZ. **11** 459 Nr. 22. Der Schuldschein „Hierdurch bekenne ich von . . . am . . . ein bares Darlehen erhalten zu haben. Ich verpflichte mich, es . . . zu verzinsen und am . . . bar zurückzuzahlen" kann ein Schuldanerkenntnis gemäß § 781 enthalten. Keineswegs ist mit der Existenz eines Darlehnsanspruchs die Auffassung eines über dieses Forderungsrecht ausgestellten Schuldan rkenntnisses als selbständigen neuen Schuldgrundes unvereinbar. Darauf, was der Kläger selbst bei Empfangnahme des neuen Schuldscheins sich für eine Vorstellung von der rechtlichen Bedeutung desselben gemacht hat, kommt es nicht an.

§ 782. Schuldanerkenntnis auf Grund einer Abrechnung. 1. **RG.** VI. WarnE. **11** 79. Im Sinne des § 782 genügt nur eine solche Abrechnung, bei der die Höhe des geschuldeten Überschusses unter Mitwirkung beider Teile festgesetzt wird. Diese Mitwirkung liegt vor, wenn der Beklagte auf die ihm übersandten Kontoauszüge widerspruchslos abbezahlt und den folgenden, die Abzahlung von der Schuldsumme abrechnenden Kontoauszug jedesmal anerkannt hat.

2. OLG. **23** 54 (Marienwerder). Ein Anerkenntnis auf Grund einer Abrechnung kann lediglich bedeuten, daß damit ein selbständiger Verpflichtungsgrund zu den ursprünglichen Grundgeschäften akzessorisch hinzutritt. Es kann aber auch die Bedeutung einer Feststellung als zweifelhaft betrachteter Einzelposten besitzen. Im letzteren Falle ist eine Kondiktion des Schuldanerkenntnisses wegen angeblicher Ungültigkeit einzelner in die Verrechnung gezogener Geschäfte ausgeschlossen.

Einundzwanzigster Titel. Anweisung.

Zweiundzwanzigster Titel. Schuldverschreibung auf den Inhaber.

§ 793. 1. OLG. **22** 347 (Marienwerder). Das Lotterielos stellt sich im Regelfall als reines Inhaberpapier dar; deshalb kommen die §§ 793 ff. zur Anwendung. Gläubiger der Forderung auf den gezogenen Lotteriegewinn ist also nur derjenige, der nach sachenrechtlichen Grundsätzen zur Verfügung über die Urkunde berechtigt ist, und der Übergang der Forderung aus dem Papiere vollzieht sich mit der Übergabe des Papiers selbst, ohne daß eine besondere Übertragung der Forderung notwendig wäre.

2. Löhr, DJZ. **11** 78. Faksimilierte Unterschriften auf Order-Schuldverschreibungen sind unzulässig. Vgl. dagegen Kaiser ebd. 278.

§ 795. 1. **RG. 74** 339, GruchotsBeitr. **55** 826, BankA. **10** 188, DJZ. **11** 154. An Order gestellte Anleihescheine von Gewerkschaften bedürfen der eigenhändigen Unterschrift; eine faksimilierte Unterschrift genügt nicht.

2. HansGZ. **11** Hptbl. 145 (Hamburg). Über die Frage, ob ein nicht ausschließlich auf den Inhaber, sondern auf Inhaber oder Order ausgestellter Lagerschein als Schuldverschreibung auf den Inhaber anzusehen sei.

§ 808. 1. Ortweiler, SeuffBl. **11** 730, hält die sog. Reparaturscheine, die den Vermerk tragen „Rückgabe des Gegenstandes erfolgt nur gegen Vorweis des Scheines" für Legitimationszeichen (Legitimationspapiere).

2. SchlHolstAnz. **11** 13 (Kiel). Durch die Belegung von Geld bei einer Sparkasse auf den Namen eines anderen oder durch die Umschreibung eines Sparkassenbuchs auf den Namen eines anderen wird dieser lediglich der Sparkasse gegenüber legitimiert, das belegte Geld zu heben. Dagegen wird er Gläubiger der Sparkasse nur dann, wenn besondere Umstände dafür vorliegen, daß die Absicht des ursprünglich Berechtigten bzw. Einzahlenden erkennbar dahin gegangen ist, zugunsten oder als Stellvertreter dieses anderen für ihn unmittelbar eine Forderung gegen die Sparkasse zu begründen.

3. OLG. **22** 348 (Kiel). Inhaberlagerschein. — Steht auf einem Lagerscheine der Vermerk, daß die Ware nur an den Inhaber des Scheines gegen dessen Rückgabe ausgeliefert wird, so wird damit keine Berechtigung des Inhabers ausgedrückt, sondern nur die im § 808 Abs. 2 ausgedrückte Berechtigung des Schuldners, nur gegen Aushändigung der Urkunde zu leisten.

4. **RG. 75** 357. Sparkassenbücher sind keine Inhaberpapiere, sondern bloße Legitimationspapiere nach § 808.

5. **RG.** SeuffA. **66** 94 = JDR. **9** § 808 Ziff. 1.

Dreiundzwanzigster Titel. Vorlegung von Sachen.

§ 809. HansGZ. **11** Beibl. 205 (Hamburg). Die Vorlegung von Handakten läßt sich nicht aus den §§ 809 u. 810 folgern. Der § 809 trifft deshalb nicht zu, weil dort der Vorlegungsanspruch nur gegen den Besitzer einer „Sache" und in Ansehung dieser „Sache" gegeben ist, das BGB. aber unter einer Sache nur einfache oder zusammengesetzte Einzelsachen, individuell bestimmte Gegenstände versteht, nicht aber einen Inbegriff von nicht näher zu bezeichnenden Gegenständen, wie die Handakten eines Rechtsanwalts oder eines Konkursverwalters. — Dasselbe Hindernis steht der Anwendung des § 810 entgegen. Denn auch hier wird die Existenz einer individuell bestimmten Urkunde vorausgesetzt, deren Einsicht der Antragsteller verlangt. Solange man nicht weiß, welche konkrete Urkunde für die Einsicht in Frage kommt, solange läßt sich auch nicht beurteilen, ob die Voraussetzungen, an welche der § 810 BGB. die Pflicht knüpft, die Einsicht zu gestatten, vorhanden sind. OLG. gewährt dann den Anspruch auf Vorlegung der Handakten des Konkursverwalters aus allgemeinen Erwägungen.

§ 810. OLG. **22** 351, R. **11** Nr. 715 (Hamburg). Die Bestimmung des § 810 bezieht sich nur auf Originalurkunden, nicht auch auf Abschriften von solchen. Sind die Originalurkunden verloren gegangen, so folgt daraus, daß der Kläger ihre Einsicht nach § 810 BGB. verlangen konnte, noch nicht, daß der Beklagte ihm auch die vom Beklagten genommenen Abschriften zur Einsicht vorlegen muß. Ein solches Verlangen ist vielmehr nur auf Grund eines besonderen Vertrags (Versprechen usw.) begründet.

Vierundzwanzigster Titel. Ungerechtfertigte Bereicherung.

Vorbemerkung: Die wissenschaftliche Bearbeitung des 24. Titels ist auch in diesem Berichtsjahre ganz besonders gering. Dagegen liegen mehrfach interessante und wichtige Entscheidungen vor.

Literatur: Ebbecke, R. 11 Nr .750. — Josef, R. 11 Nr. 376.

§ 812. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 963, JW. **11** 583, BauerZ. **18** 236. Der Gesetzgeber hat sich der Bestimmung des Begriffs der Bereicherung enthalten, um der Wissenschaft und Praxis nicht vorzugreifen. Es wird in Mot. II 837 nur gesagt, es sei bei der Prüfung, ob und in welchem Umfange eine solche Bereicherung vorhanden ist, in concreto auf die gesamte Vermögenslage des Empfängers Rücksicht zu nehmen. Hiermit wollte zum Ausdrucke gebracht werden, daß, wenn auf Grund eines nichtigen gegenseitigen Vertrags Leistung und Gegenleistung, die nicht mehr in Natur zurückgegeben werden können, erfolgt sind, für die Frage, inwieweit eine Partei bereichert ist, nicht einseitig bloß die von ihr empfangenen Leistungen in Betracht gezogen werden dürfen; es entspricht vielmehr den vom natürlichen Rechtsgefühl und von der Billigkeit beherrschten hier maßgebenden Grundsätzen, daß die durch Leistung und Gegenleistung erwachsenen Vorteile und Nachteile gegeneinander abgewogen werden; nur der sich so ergebende Überschuß stellt sich danach als ungerechtfertigte Bereicherung dar (**RG.** v. 8. 7. 10, II. 336. 10); oder wie sich das Urteil **RG.** v. 22. 9. 10, IV. 513. 09 ausdrückt: die Nachteile, die in einem ursächlichen Zusammenhange stehen mit dem Tatbestande, der die Grundlage des Bereicherungsanspruchs betont, sind als Vermögensminderung in Abzug zu bringen. Dieselbe Auffassung kehrt wieder, wenn es sich um von Geisteskranken vorgenommene nichtige Rechtsgeschäfte handelt (**RG. 32** 319, **60** 284).

2. **RG.** LeipzZ. **11** 619. Wenn auf Grund eines nichtigen gegenseitigen Vertrags Leistung und Gegenleistung, die nicht mehr in Natur zurückgegeben werden können, erfolgt sind, so dürfen für die Frage, inwieweit eine Partei bereichert ist, nicht einseitig bloß die von ihr empfangenen Leistungen in Betracht gezogen werden. Die durch Leistung und Gegenleistung erwachsenen Vorteile und Nachteile sind gegeneinander abzuwägen; nur der sich so ergebende Überschuß stellt sich danach als ungerechtfertigte Bereicherung dar (vgl. JDR. **9** § 812 Ziff. 3).

3. **RG.** JW. **11** 401. Ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung hat nach § 812 Abs. 1 nicht bloß zur Voraussetzung, daß vermöge eines Fehlgehens der formalen Rechtsbewegung der Gegenstand einer Leistung aus dem Vermögen des einen in das Vermögen des anderen übergegangen ist. Der verlierende Teil darf vielmehr das Geleistete nur dann herausverlangen, wenn er die formale Rechtsverkürzung auch auf eigene Kosten erlitten hat. Damit weist das Gesetz bei einer des Rechtsgrundes entbehrenden und darum fehlgehenden Rechtsveränderung auf eine Prüfung hin, bei der dieser Vorgang zugleich in seiner wirtschaftlichen Bedeutung in Betracht zu ziehen ist. Es kommt darauf an, ihn unter dem Gesichtspunkte des Güterverkehrs nach seinem Ursprunge, seinem Verlauf und seinem wirtschaftlichen Ergebnisse zu würdigen.

4. **RG.** R. **11** Nr. 320. Die ungerechtfertigte Bereicherung aus dem für nichtig erklärten Ankauf eines Grundstücks besteht in dem Werte des Grundstücks und der Nutzungen, vermindert um den Wert der Aufwendungen, die der Erwerber, sei es an den Verkäufer, sei es an Dritte, machte, um das Grundstück zu erlangen und die Nutzungen zu ziehen. Ein Unterschied zwischen den Kosten, die mit Rücksicht auf das Rechtsgeschäft, und den Kosten, die auf die Leistung gemacht sind, läßt sich nicht ziehen. Ebensowenig läßt sich die Vermögensmehrung, die durch die Übergabe des Grundstücks bewirkt wurde, von der Mehrung trennen, die durch Ziehung der Nutzungen eintrat. Es handelt sich um einen einheitlichen Vorgang.

5. **RG.** R. **11** Nr. 48. Der Satz „Was als Gesamtforderung empfangen ist, muß als Gesamtschuld zurückgewährt werden“ ist nicht richtig. Mit den Vorschriften der §§ 812 ff. BGB. steht ein solcher Satz nicht in Einklang. Auch läßt sich daraus, daß der Schuldner nach seinem Belieben an jeden der Gesamtgläubiger leisten kann (§ 428 BGB.), entnehmen, daß, wenn die Leistung ohne rechtlichen Grund erfolgte,

der Schuldner das Geleistete von demjenigen zurückzuverlangen hat, an den zu leisten ihm beliebt hatte, nicht aber, daß er den Bereicherungsanspruch gegen jeden der Gläubiger erheben dürfe.

6. BreslauAK. **11** 77 (Breslau). § 812 erfordert unmittelbaren Vermögensübergang. — Ebenso OLG. **22** 351 (Posen); ebd. 353 (Marienwerder).

7. *Ebbecke, R. **11** 750. Der Irrtum kommt für das Rückforderungsrecht nur insofern in Betracht, als der Leistende irrtümlich erwartet, durch die Leistung den von ihm erstrebten Zweck zu erreichen. Erforderlich ist, daß die Zweckbestimmung des Leistenden dem Leistungsempfänger bewußt oder doch nach der offen zutage liegenden Sachlage erkennbar war, daß somit der Parteiwille, wenn auch in unvollkommener Weise, zum Ausdrucke gekommen ist. Auch bei der Rückforderung wegen irrtümlicher Zahlung einer Nichtschuld handelt es sich im Grunde um die Nichterreichung des Zweckes, der hier in der Tilgung der vorhandenen Verbindlichkeit besteht.

8. Kondiktion von Diensten.

a) R. **11** Nr. 717 (Naumburg). Dienste, die in der Erwartung künftiger Eheschließung einem verheirateten, mit seiner Frau in Scheidung lebenden Manne unentgeltlich geleistet werden, können nicht bezahlt verlangt werden, wenn die Eheschließung wegen Abweisung der Scheidungsklage des Mannes und Versöhnung der Eheleute unterbleibt. Der Beklagte hat diese Vorteile nicht ohne rechtlichen Grund erlangt. Bei Leistungen bildet in der Regel der Wille des Leistenden den rechtlichen Grund für die Leistung. Dieser braucht nicht auf einer vertragsmäßig oder sonst begründeten Verpflichtung des Leistenden zu beruhen; seine Absicht, dem Empfänger eine Gefälligkeit zu erweisen, genügt. Ein Fall des § 812 Abs. 1 letzter Halbsatz liegt nicht vor. Die Erwartung künftiger Eheschließung ist der Beweggrund für die Klägerin gewesen, die Dienste zu leisten; Zweck der Dienstleistungen war sie nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts nicht, wenigstens nicht in dem Sinne, daß sie Bestandteil der auf die Dienstleistungen gerichteten Willenserklärungen der Parteien geworden wäre, wie etwa dann, wenn ein Vater dem Bräutigam seiner Tochter die Mitgift vor der Hochzeit zahlt oder die Braut ihrem künftigen Ehemann ihr Vermögen überläßt, damit es eingebrachtes Gut werde. Hier dagegen werden die Dienstleistungen von anderen Diensten nicht irgendwie dadurch unterschieden, daß sie in Erwartung der Ehe erfolgen. Wäre aber der mit den Diensten bezweckte Erfolg die künftige Eheschließung, so wäre der Anspruch der Klägerin nach § 817 ausgeschlossen. Der beabsichtigte Zweck ließe sich nicht anders erreichen als dadurch, daß der Beklagte seine Scheidungsklage fortsetzte. Wer sich aber durch Vorteile materieller Art bestimmen läßt, die Auflösung seiner Ehe zu betreiben, und wer einen anderen dazu zu bestimmen sucht, verstößt gegen die guten Sitten.

b) **RG.** ElsLothJZ. **11** 312, R. **11** Nr. 2136. Wenn eine erwachsene Frauensperson in dem Haushalt eines Verwandten Dienste leistet, dafür aber zunächst nur den Unterhalt erhält, jedoch der Verzicht auf Lohn nur unter der beiderseits zum Vertragsinhalte gemachten Voraussetzung geschah, daß sie von ihrem Verwandten letztwillig oder sonst entschädigt werden würde, diese Voraussetzung aber nicht eintritt, so ist ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegeben.

9. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 953, JW. **11** 540, BayRpflZ. **11** 308. Wenn der Hauptschuldner mit dem Gläubiger die Abmachung trifft, gegen dessen Verpflichtung zu weiterer Kreditgewährung werde er ihm für die bestehende Schuld durch Bürgschaft seines Vaters Sicherheit verschaffen, dann ist es fast selbstverständlich, daß auch die Bürgschaft nur in diesem Sinne erklärt wird. Wenn der Bürgschaftsvertrag in dem bei beiden Vertragsparteien vorhandenen Bewußtsein geschlossen wurde, daß infolge der Bürgschaftsverpflichtung dem Schuldner weitere Leistungen zufließen sollten und daß die Bürgschaft allein zum Zwecke der Herbeiführung dieses

Erfolges eingegangen wurde, dann liegt ein einseitig verpflichtender, aber mit dem beiden Vertragsteilen bewußten Zwecke eines bestimmten außerhalb der Vertragsleistung untrennbar verbundener Vertrag vor, und der Gläubiger, ist beim Ausbleiben dieses von seiner Handlung abhängigen Erfolges durch die Bürgschaftsleistung des Klägers ohne rechtlichen Grund auf Kosten des Klägers bereichert und deshalb verpflichtet, der in dem Bürgschaftsvertrag erworbenen Vorteile auf Verlangen des Klägers sich wieder zu begeben; er darf aus der Bürgschaft keinen Vorteil ziehen, da diese von dem Bürgen nur zu dem alleinigen und, wenngleich nur stillschweigend, aber doch dem Gläubiger erkennbar erklärten Zwecke eingegangen war, eine Ausdehnung des Kredits des Hauptschuldners herbeizuführen, zu der sich der Gläubiger diesem gegenüber bereits verpflichtet hatte (**RG.** JW. **03** Beil. 106, **RG. 61** 37).

10. Beweislast.

a) **RG.** R. **11** Nr. 319. Das Vorliegen der Voraussetzungen einer grundlosen Bereicherung bedarf namentlich dann, wenn die Bereicherung durch die Leistung von Diensten bewirkt worden sein soll, einer eingehenden tatsächlichen Begründung.

b) **RG.** R. **11** Nr. 3077. Bei der Bereicherungsklage muß zwar der Kläger den mit der Leistung verfolgten Zweck genau angeben und sodann darlegen, inwiefern der Zweck rechtlich nicht erreicht ist; seiner Beweispflicht genügt er aber schon dann, wenn er nachweist, daß die von dem Gegner behaupteten Rechtsgründe nicht bestehen.

c) SeuffA. **66** 401 (Dresden). Kläger muß nachweisen, daß der Beklagte eine Leistung, die der Kläger von ihm zurückverlangt, ohne rechtlichen Grund erlangt hat.

11. Abs. 2.

a) **RG.** SächsRpflA. **11** 9, LeipzZ. **11** 143. Ergibt sich aus dem Sachverhältnisse, daß der Kondizierende, als er das Nichtbestehen des Schuldverhältnisses anerkannte, von dessen Bestande Kenntnis hatte, so ist damit dargetan, daß er mit seinem Anerkenntnisse nicht etwa ein für nicht bestehend gehaltenes Schuldverhältnis als nicht bestehend erklären wollte, sondern daß er das Anerkenntnis ohne Rücksicht auf den Bestand des Schuldverhältnisses abgegeben hat. Der Kondiktion wegen ungerechtfertigter Bereicherung ist damit der Boden entzogen.

b) **RG.** R. **11** Nr. 3902. Behauptet ein Kaufmann, daß eine von ihm anerkannte Schuld den anerkannten Betrag tatsächlich nicht erreiche, so genügt zur Ausräumung des Anerkenntnisses nicht ein Beweiserbieten, daß auch in den Geschäftsbüchern des Gläubigers die Schuld nicht in der anerkannten Höhe eingetragen gewesen ist.

c) **RG.** JW. **11** 941. Kondiktion eines negativen Schuldanerkenntnisses.

d) **RG.** HansGZ. **11** Beibl. 87 = JDR. **9** § 812 Ziff. 7a, **RG.** JW. **10** 1 002, LeipzZ. **10** 929, DJZ. **10** 1465.

12. Aus der Praxis.

a) *Smoira (s. näher unten zu § 804 ZPO.) verteidigt die herrschende Ansicht, die die Haftung des redlichen Gläubigers nach beendigter Zwangsvollstreckung in bewegliche, dem Schuldner nicht gehörige Sachen bejaht.

b) *Kaufmann, Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen (Fischers Abh.) 106 ff. Ungerechtfertigte Bereicherung „des Gesellschaftsvermögens" kann von den Gesellschaftern entweder zur gesamten Hand „aus dem Gesellschaftsvermögen" oder — dem Geldwerte nach — von den einzelnen nach Kopfteilen herausverlangt werden (dies letztere wegen § 818 Abs. 2).

c) **RG.** JW. **11** 541. Fall einer ungerechtfertigten Bereicherung. Zahlung des Klägers an den Beklagten.

d) **RG.** R. **11** Nr. 3078. Für die auf dem Wege der Abtretung einer Forderung bewirkte Vermögensverschiebung kann die Abtretung für sich allein nicht den rechtlichen Grund abgeben; liegt der Abtretung kein gültiges Kausalgeschäft zugrunde, so ist der auf ungerechtfertigte Bereicherung gestützte Anspruch begründet.

e) RG. 75 361, R. **11** Nr. 1734. Hat derjenige, der zur Herausgabe eines Grundstücks aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet ist, dieses vor Kenntnis der Herausgabeverpflichtung mit eigenen Grundstücken zusammen zu einem nach der Größe berechneten Preise weiter veräußert, so darf der Berechnung der gegenwärtigen Bereicherung nicht lediglich die Größe des herauszugebenden Grundstücks und der entsprechende Teil des Verkaufserlöses zugrunde gelegt werden, sondern es muß geprüft werden, in welchem Wertverhältnisse die eigenen Grundstücke des Herausgabepflichtigen und die herauszugebenden standen und wie die Möglichkeit des Mitverkaufs der herauszugebenden Grundstücke auf die Bemessung des Kaufpreises für alle Grundstücke zusammen eingewirkt hat.

f) RG. BadRpr. **11** 158, R. **11** Nr. 1542. Dadurch, daß ein Nachbar an die im Alleineigentum eines anderen stehende Grenzmauer anbaut und damit die Kosten der Errichtung einer eigenen Mauer erspart, sind die Voraussetzungen einer ungerechtfertigten Bereicherung noch nicht gegeben.

g) OLG. **22** 353, BankA. **11** 76, HansGZ. **11** Hptbl. 89, R. **11** Nr. 1733 (Hamburg). Hat eine Girobank auf Grund eines gefälschten Überweisungsscheins eine andere Bank angewiesen, für Rechnung der fälschlich benutzten Firma der im Überweisungsscheine genannten Zahlungsempfängerin einen Betrag gutzuschreiben, und ist dann die Gutschrift erfolgt, so ist die Empfängerin (Beklagte) auf Kosten der Girobank rechtlos bereichert, selbst wenn sie gegen den Fälscher eine entsprechende Forderung hatte.

h) RG. R. **11** Nr. 3455. Nach den Ausführungen des KG. ist das Geld der Beklagten von der Klägerin als B a u g e l d gegeben, das in dem noch nicht vollendeten Neubaue zu dessen Förderung (oder Fertigstellung) zu verwenden war. Aus dieser Zweckbestimmung ergibt sich, daß Beklagte nur das Recht haben sollte, das Geld insoweit zu behalten, als es bestimmungsgemäße Verwendung gefunden hat, das Geld somit, soweit der bestimmte Zweck nicht erreicht ist und wegen der inzwischen stattgehabten Zwangsversteigerung des Grundstücks auch nicht mehr erreicht werden kann, zurückgefordert werden kann. Dieses Rückforderungsrecht wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß wegen der Ausbietungsgarantie ein besonderes Abkommen zwischen den Parteien getroffen ist.

i) OLG. **23** 54 (Hamm). Zahlung zur Abwendung einer Strafanzeige.

k) RG. 75 145, JW. **11** 292. Anliegerbeiträge, die der Stadtgemeinde in der nicht erfüllten Erwartung der Herstellung einer Straße geleistet sind, können gemäß § 812 zurückgefordert werden.

l) WürttJ. **23** 26 (Stuttgart). Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, wenn ein zu Straßenbauzwecken an eine Gemeinde unentgeltlich abgetretenes Grundstück in der Folge nicht zum Straßenbaue verwendet wird.

m) RG. R. **11** Nr. 716. Gegenüber der Ersatzklage eines Armenverbandes wegen der für den Erblasser der Beklagten gemachten Aufwendungen ist der Einwand unbehelflich, der Erblasser habe eigenes Vermögen besessen.

n) F r i e d m a n n , BadRpr. **11** 85, über Rückforderung zu Unrecht bezahlter Gebühren aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung.

§ 814. PosMSchr. **11** 34 (Marienwerder). Haftung eines Kommunalverbandes aus der für ein Bahnaktienunternehmen übernommenen Garantie. Anwendung des § 814.

§ 816. 1. J o s e f , R. **11** Nr. 376 f. Kauft A. von B. Baumaterialien, die zur Errichtung eines Hauses der Frau des A. auf deren Grundstücke verwendet werden, und ist A. zur Zahlung des Kaufpreises außerstande, so kann der Verkäufer den Kaufvertrag wegen der Zahlungsunfähigkeit des Mannes (also wegen Irrtums oder Täuschung) anfechten. Die Anfechtung hat dann auch die Nichtigkeit der vom Ver-

käufer auf den Mann erfolgten Eigentumsübertragung zur Folge. Der Verkäufer hat den Bereicherungsanspruch gegen die Frau.

2. **RG.** SeuffA. **66** 261, JW. **11** 152, BankA. **10** 172, HansGZ. **11** Beibl. 109. Hält man sich an den Wortlaut des § 816, so könnte es den Anschein gewinnen, als hätte danach der Nichtberechtigte (abgesehen von einer etwaigen Schadensersatzpflicht aus unerlaubter Handlung) unter allen Umständen das durch die Verfügung Erlangte herauszugeben ohne Rücksicht darauf, ob das Erlangte für ihn eine Bereicherung bildet oder nicht. Gegen diese Auffassung spricht aber schon der Umstand, daß die Vorschrift in den Titel „Ungerechtfertigte Bereicherung" eingereiht ist, was füglich nicht geschehen sein würde, wenn man durch sie eine völlig selbständige, von der Voraussetzung einer Bereicherung ganz losgelöste Bestimmung hätte treffen wollen. Auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes steht jener Auffassung entgegen. Eine Herausgabepflicht besteht nicht, soweit eine Bereicherung nicht eingetreten ist.

3. **RG.** JW. **11** 941, R. **11** Nr. 3456. Im Falle des § 816 Abs. 1 BGB. liegt die Sache immer so, daß, was dem nichtberechtigten Verfügenden infolge seiner Verfügung zufließt, unmittelbar nicht aus dem Vermögen des Berechtigten, sondern aus dem des Dritterwerbers zufließt. Der allgemeine Grundsatz des § 812 setzt zwar, wie die Worte „auf dessen Kosten" ergeben und das RG. oft ausgesprochen hat, für die Regel voraus, daß ein unmittelbarer Übergang aus dem Vermögen des Berechtigten in das des Verpflichteten stattgefunden hat. Aber gerade weil das, wenigstens streng genommen, in dem Falle des § 816 Abs. 1 nicht zutrifft, ist diese Vorschrift zur Beseitigung von Bedenken neben der des § 812 in das Gesetz aufgenommen worden.

4. **RG.** SeuffA. **66** 133 = JDR. **9** § 816 Ziff. 2.

5. *S m o i r a (s. näher unten zu § 804 ZPO.) verteidigt die herrschende Ansicht, die die Haftung des redlichen Gläubigers nach beendigter Zwangsvollstreckung in bewegliche, dem Schuldner nicht gehörige Sachen bejaht.

6. OLG. **22** 355 (Hamburg). § 816 will grundsätzlich als Bereicherung den Fall behandelt wissen, in welchem zum Schaden des Berechtigten dessen Gläubiger einem Dritten zahlt, und zwar mit befreiender Wirkung. Damit ist indes keineswegs gesagt, daß nicht auch hier die allgemeinen Voraussetzungen nicht gerechtfertigter Bereicherung vorliegen müßten. Teilt ein Gläubiger dem Schuldner mit, ein Dritter, mit dem er keinen Abtretungsvertrag abgeschlossen hat, sei Zessionar, und zahlt daraufhin der Schuldner an den Dritten, so muß der Gläubiger die Zahlung nach § 409 gegen sich gelten lassen, er hat aber den Bereicherungsanspruch gegen den Dritten, weil dieser die Summe nicht bloß auf seine Kosten, sondern auch ohne jeden rechtlichen Grund erlangte. Hat aber der Dritte das Geld zwar auf Kosten des anderen, aber keineswegs ohne rechtlichen Grund erlangt, so versagt auch der § 816 Abs. 2.

7. **RG.** BayRpflZ. **11** 47. Der Erwerber einer Forderung hat gegen den Pfandgläubiger, dem die Forderung nach der Abtretung durch gerichtlichen Beschluß überwiesen wurde und der sie daraufhin vom Schuldner beigetrieben hat, die Bereicherungsklage.

8. § 816 i n d e r A n w e n d u n g a u f V e r s t e i g e r u n g f r e m d e r S a c h e n.

a) **RG.** JW. **11** 94, R. **11** Nr. 3457. Löst der Schuldner dem Gläubiger vor der Zwangsversteigerung mit dem Gelde eines Dritten Guthaben samt Pfandrecht gegen die Zusage ab, die Versteigerung gleichwohl formell durchzuführen und den Erlös dem Drittzahler zuzuweisen, so findet gegen den Gläubiger eine Bereicherungsklage des Eigentümers des Pfandes nicht statt.

b) **RG.** NaumburgAK. **11** 74. Bereicherungsanspruch des Eigentümers von beweglichen Gegenständen, die bei der Zwangsversteigerung eines Dritten gehörigen Grundstücks ausgeschlossen sind.

c) OLG. **22** 408, KGBl. **11** 6 (KG.). Bereicherungsanspruch des Eigentümers des bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks mitversteigerten, dem Subhastaten nicht gehörigen Zubehörs gegen den letzten im Zwangsversteigerungsverfahren zur Hebung gelangten Hypothekengläubiger. — Vgl. auch **RG.** JW. **11** 552, WarnE. **11** 394.

9. **RG.** JW. **11** 278. Mitteilung eines Falles zum § 816.

§ 817. 1. **RG. 75** 68. Eine Einigung über Eigentumsübertragung verstößt auch dann nicht gegen die guten Sitten und ist daher nicht nichtig, wenn sie zur Erfüllung eines gegen die guten Sitten verstoßenden schuldrechtlichen Grundgeschäfts von den Beteiligten erklärt worden ist. Dies folgt aus § 817. Denn wäre die zur Erfüllung eines sittenwidrigen Grundrechtsgeschäfts erklärte Einigung über Eigentumsübertragung ebenfalls wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, so würde das Eigentum an dem daraufhin Geleisteten auf den Empfänger nicht übergehen und vom Leistenden mit der Eigentumsklage geltend gemacht werden können. Indem aber das Gesetz darüber Bestimmung trifft, wann ein obligatorischer Anspruch auf Rückgabe des zu einem unsittlichen Zwecke Geleisteten gegen den Empfänger gegeben und wann er ausgeschlossen sein soll, läßt es erkennen, daß es das Geleistete trotz des sittenwidrigen Zweckes der Leistung als in das Eigentum des Empfängers übergegangen ansieht (**RG. 63** 185).

2. **RG.** HansGZ. **11** Beibl. 113, R. **11** Nr. 719. Das RG. schließt sich der in dem Urteile des II. Zivils. vom 29. Mai 1906 (**RG. 63** 354) eingehend begründeten und vom 6. Zivils. in dem Urteile vom 21. September 1908 (**RG. 70** 4) gebilligten Ansicht an, daß Satz 2 des § 817 BGB. nicht nur einem ausdrücklich auf die Vorschrift des § 817 Satz 1 BGB. oder einem entsprechenden Tatbestand gegründeten Klaganspruche gegenüber, sondern auch dann anzuwenden ist, wenn einem auf die allgemeinen Grundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung gestützten Klaganspruch in Wirklichkeit ein von dem Gegner geltend gemachter, unter § 817 Satz 2 BGB. fallender Tatbestand zugrunde liegt.

3. SächsRpflA. **11** 408 (Dresden). Die Vorschrift des § 817 Satz 2 kann auch einem aus der allgemeinen Bestimmung des § 812 hergeleiteten Anspruch entgegengesetzt werden (**RG. 63** 346; JDR. **5** § 817 Ziff. 3).

4. **RG. 11** Nr. 1930, LeipzZ. **11** 554. Beim Verkauf einer ärztlichen Praxis kann auch dem Käufer ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fallen, Rückforderung des gezahlten Kaufpreises daher ausgeschlossen sein.

5. **RG.** SächsRpflA. **11** 128. Beiderseitiger Verstoß gegen die guten Sitten. Verstoß des Beklagten, der für eine sittenwidrige Handlung eine Belohnung entgegennahm; Verstoß des Klägers, der durch Gewährung der Belohnung sowohl die bisherigen Dienste des Beklagten abgalt, als auch sich seines Stillschweigens für die spätere Zeit dadurch versicherte.

6. **RG.** HansGZ. **11** Beibl. 113, R. **11** Nr. 718. Muß der Mieter eines Bordells das Haus wegen Sittenwidrigkeit des Mietvertrags zurückgeben, so kann er seine Mietkaution zurückfordern.

7. **RG.** HansGZ. **11** Beibl. 113, R. **11** Nr. 720. Der § 817 Satz 2 kann nicht der Herausgabeklage des Eigentümers eines Bordells entgegengehalten werden, wenn dessen Mieten als sittenwidrig nichtig ist.

8. BadRpr. **11** 150 (Karlsruhe). Ausschluß der Rückforderung des zu einem unsittlichen Zwecke Geleisteten.

9. OLG. **23** 56 (KG.). Geschenke für die Gewährung des geschlechtlichen Umganges können nicht zurückgefordert werden. Dies gilt selbst dann, wenn die Beträge als Darlehen gegeben und empfangen wären. Denn auch in diesem Falle müßte angenommen werden, daß die Darlehen unmittelbar dem Zwecke dienten, die Fortsetzung des geschlechtlichen, Verkehrs zu ermöglichen und daß die Parteien

sich dieses Zweckes und des darin liegenden Verstoßes gegen die guten Sitten bewußt waren.

§ 818. 1. **RG.** JW. **11** 40. Wenn die Nachteile, die der Beklagten zugegangen sind, in einem ursächlichen Zusammenhange stehen mit dem Tatbestande, der die Grundlage des Bereicherungsanspruchs bildet, so ist die Vermögensminderung in Abrechnung zu bringen (**RG. 60** 293, **72** 3, WarnE. **08** 36, 37). Der Wegfall der Bereicherung muß nicht einredeweise geltend gemacht werden; er ist zu berücksichtigen, wenn er aus dem Sachverhältnisse sich ergibt (**RG. 72** 4, JW. **10** 108).

2. **RG.** JW. **11** 402. Die Frage, ob und inwieweit der Empfänger einer nach § 812 wieder herauszugebenden Leistung im Sinne von § 818 Abs. 3 noch bereichert ist, ist wirtschaftlicher Natur. Sie beantwortet sich nach dem Ergebnis einer Verdleichung des Vermögensstandes des Herausgabepflichtigen zur Zeit des Empfanges ger Leistung und zu einem späteren Zeitpunkte, regelmäßig demjenigen der Rechtsdängigkeit des Bereicherungsanspruchs (§ 818 Abs. 4). Dabei ist nicht sowohl auf hen Stand des ganzen Vermögens zu sehen — es sei denn, daß es ganz verloren gegangen ist —, als vielmehr auf diejenigen Vermögensteile, welche Gegenstand der Leistung waren. Als schließlich maßgebend ergibt sich diejenige Gestaltung der Vermögenslage, welche sich in einem gewissen ursächlichen, nicht unterbrochenen Zusammenhang aus der ursprünglichen Leistung heraus entwickelt hat.

3. ElsLothJZ. **11** 353 (Colmar). Gegenüber der Rückforderung des an Zeugen- und Sachverständigengebühren oder sonstiger gerichtlicher Auslagen Zuvielgezahlten durch den Fiskus kann sich der Empfänger nicht auf die Grundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung und somit nicht darauf berufen, daß die Bereicherung nicht mehr im Augenblicke der Rückforderung vorhanden gewesen sei (§ 818 Abs. 3). Denn es handelt sich bei Zahlung solcher Gebühren und Auslagen um Verpflichtungen, die dem öffentlichen Rechte entspringen und deren Inhalt und Umfang nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechtes zu bestimmen sind.

4. a) **RG.** JW. **11** 323. Steht fest, daß ein Beamter die ihm als Gehalt bezahlten Beträge verbraucht hat, so kann ohne weiteres angenommen werden, daß er es bestimmungsgemäß zur Bestreitung des standesmäßigen Unterhalts für sich und seine Familie verwendet hat. Stellt sich nachträglich heraus, daß ihm ein höheres Gehalt gezahlt ist, als ihm zukam, so ist er insoweit nicht mehr bereichert, weil er bei geringerem Gehalt auch seine Bedürfnisse eingeschränkt hätte. Er ist also durch die erhöhte Einnahme zu erhöhten Ausgaben veranlaßt worden, und damit sind die Voraussetzungen des § 818 Abs. 3 gegeben.

b) BreslauAK. **11** 49 (Breslau). Klage eines Beamten gegen den Fiskus, der wegen irrtümlich zuviel gezahlter Pension später fällig gewordene Raten zurückbehalten hat. Verurteilung des Fiskus. Die dem Gehalt und der Pension eines Beamten innewohnende Bestimmung, zur Bestreitung des Lebensbedürfnisse des Beamten zu dienen, bringt es mit sich, daß die Lebenshaltung des Beamten von der Höhe der ihm zur Verfügung stehenden Gehalts- und Pensionsbeträge bis zu einem gewissen Grade abhängig ist. Diese in einer Anpassung der Ausgaben für die Lebenshaltung an die Einnahmen aus Gehalt und Pension sich kundgebende Abhängigkeit äußert ihre Wirkung am stärksten, wenn der Beamte weder durch Ersparnisse sein Einkommen an Gehalt und Pension der Verwendung für die Lebenshaltung teilweise entzieht, noch durch den Besitz von Privatvermögen in die Lage gesetzt ist, über sein Einkommen an Gehalt und Pension hinaus Aufwendungen für die Lebensunterhaltung zu machen. Liegt keiner dieser beiden Fälle vor, so ist ohne weiteres die Annahme begründet, daß der Beamte sich bei den zur Bestreitung des Unterhalts für sich und seine Familie gemachten Ausgaben nach der Höhe seines Einkommens an Gehalt und Pension gerichtet hat, und hieraus folgt wiederum, daß eine Bereicherung durch Zahlung eines ihm nicht zustehenden Gehalts- oder

Pensionsbetrags nur so lange vorhanden ist, als er den Betrag nicht zur Bestreitung des Unterhalts für sich und seine Familie verausgabt hat (vgl. **RG.** JW. **11** 323).

5. **RG.** BayRpflZ. **11** 136, R. **11** Nr. 321. Wegfall der durch unberechtigte Empfangnahme eines Zwangsversteigerungserlösteils eingetretenen Bereicherung ist anzunehmen, wenn der Empfänger den empfangenen Erlös dem Empfangsberechtigten zur Tilgung von Schulden gutgebracht hat, sofern die Forderungen des Empfängers gegen den Empfangsberechtigten vollwertig waren, sein nunmehriger Anspruch gegen seinen früheren Schuldner auf Zahlung der für getilgt erklärten Forderungen aber wertlos ist.

6. OLG. **23** 55, BreslauAK. **11** 49 (Breslau). Kläger zahlte dem Beklagten eine Schuld von 900 M. aus Versehen zweimal. Der Beklagte zahlte 900 M. an X. zurück, der zwar Beamter der Klägerin, aber nicht zur Empfangnahme von Geld befugt war und die 900 M. unterschlug. Beklagter ist verurteilt, sein auf § 818 Abs. 3 gestützter Einwand ist verworfen.

7. **RG.** R. **11** Nr. 2326. Der Fiskus, der einen zu Unrecht erhobenen Stempel zurückzuzahlen hat, hat den Betrag nicht vom Tage der Zahlung an, sondern regelmäßig erst von der Rechtshängigkeit ab zu verzinsen.

8. OLG. 22 355 (KG.). Der Empfänger ist so lange bereichert, als er die Leistung noch besitzt. Ob der Empfänger infolge der Annahme der Leistung eine Forderung gegen einen Dritten in gleicher Höhe hat verjähren lassen, ist unerheblich; diese Forderung gegen den Dritten stellt einen anderen Vermögensbestandteil dar als die geleistete Zahlung.

9. OLG. 22 356 (KG.). Bei Rückforderungen gegen Entmündigte muß der Geber entweder beweisen, ob etwas in die Verfügungsmacht des Vormundes gelangt ist oder daß das Mündel damit notwendige oder nützliche Ausgaben bestritten hat (OLG. **11** 79).

§ 819. **RG.** R. **11** Nr. 3309. Eine Verzinsungspflicht besteht nur für den nach Verrechnung etwaiger Gegenansprüche als Bereicherung verbleibenden Betrag.

§ 820. **RG.** BayRpflZ. **11** 424, R. **11** Nr. 3310. Die strengere Haftung, die § 820 BGB. vorschreibt, greift nach der Ausnahmebestimmung des Abs. 2 für Nutzungen nicht Platz; hier tritt vielmehr die gewöhnliche Haftung des § 818 BGB. so lange ein, als nicht der Empfänger von dem endgültigen Wegfalle des Grundes, der für den Empfang bestimmend war, Kenntnis erlangt.

Fünfundzwanzigster Titel. Unerlaubte Handlungen.

Vorbemerkung: Die Literatur hat im Berichtsjahre grundlegende Arbeiten über das Recht der unerlaubten Handlungen nicht hervorgebracht. Das Interesse konzentriert sich mehr auf Einzelfragen als auf die Gesamtheit der Lehre von den zivilrechtlichen Delikten. — Die Rechtsprechung dagegen hat im Berichtsjahre fördernd gewirkt. Sehr wichtig sind vor allem die zum § 833 erwähnten Entscheidungen, die für die Auslegung und die praktische Anwendung der neuen Vorschrift wesentliche Gesichtspunkte zutage gefördert haben. Das Automobilhaftpflichtgesetz ist aus dem Bereiche des 25. Titels ausgeschieden, einzelne Entscheidungen aus dem Automobilhaftpflichtrecht finden sich abgedruckt zu § 823 Ziff. 6v und zu § 831 Ziff. 18d.

Im einzelnen sei auf folgendes besonders hingewiesen. Zu §§ 823 ff. Ziff. 8 verdient die Entscheidung des **RG.** Beachtung, die sich über die seelische Aufregung des Verletzten im Schadensprozeß in ihrem Verhältnisse zu den Fragen des Schadensersatzes ausspricht. — Zum § 823 Abs. 1. Die Entscheidung Ziff. 2d (Verletzung bei der Luftschiffahrt) hat ein aktuelles Interesse. Eingehend ist die Frage der Observanzen hinsichtlich der Streupflicht erörtert (Ziff 6dα). Die Verletzung der Aufsichtspflicht und die Haftung aus § 823 sei erwähnt (Ziff. 61). Im übrigen finden sich wieder zahlreiche

Urteile über die Haftung für Straßen und Wege. — Zu § 824 enthält die Ziff. 1 abgedruckte Entscheidung des RG. einen lehrreichen Fall. — § 826 bietet immer wieder eine Fülle von Anregungen. Über die formale Rechtskraft der Urteile, über die sittenwidrige Ausbeutung der Rechtskraft haben Hamburger und Düringer geschrieben (Ziff. 7). Einen Fall der Lüge im Prozesse behandelt die Ziff. 8 mitgeteilte Entscheidung des RG. Die Boykottentscheidung des RG. (Ziff. 10b) enthält neue, außerordentlich wertvolle rechtliche und wirtschaftliche Gesichtspunkte. Kisch und Pinczower haben der Entscheidung je eine Abhandlung gewidmet. Das Verhältnis zu den Gesetzen des gewerblichen Rechtsschutzes ist mehrfach behandelt (Ziff. 13—16); erwähnt sei der Aufsatz von Rosenthal (Ziff. 12). Viel besprochen, insbes. in der kaufmännischen Fachpresse, sind die Entscheidungen des RG. (Ziff. 19b). Zwei Senate, der 7. und der 6., haben einen Sicherungsübereignungsvertrag, durch den der Schuldner sein Warenlager, seine künftig angeschafften Waren und seine Außenstände übertrug, nach Lage der Sache für nichtig erklärt. Es bleibt indessen stets die Gestaltung des einzelnen Falles genau zu prüfen. — § 831 bietet eine große Anzahl höchstrichterlicher Entscheidungen, besonders die Urteile des RG. über den Entlastungsbeweis seien hier erwähnt. — Zu § 833 sind die Erörterungen von Fürnrohr, Hasenclever und Josef zu erwähnen. Auf die Entscheidungen, die sich mit der Novelle beschäftigen, ist bereits oben verwiesen. — Zu § 839 sind Eckſteins Bemerkung über den Begriff des Beamten, sowie Sommers Auseinandersetzung über die Haftung des Waisenrats zu erwähnen. Das Verhältnis des § 839 zu § 823 bespricht RG. (Ziff. 3). — Die §§ 843 und 844 geben nach wie vor Anlaß zu zahlreichen Streitigkeiten. Eine Fülle von Entscheidungen bietet § 852. Erwähnt sei hier der Aufsatz von Engelmann.

Literatur: Dreyfus, Zur Anwendung des § 840 Abs. 3, HessRsp. **11** 175. — Düringer, Falsche Urteile und Rechtskraft, DJZ. **11** 38. — Eckstein, AÖffR. **27** 558. — Derselbe, Welche Ansprüche konkurrieren mit dem Anspruch aus § 847? SeuffBl. **11** 582. — Th. Engelmann, Die Verjährung der Ansprüche aus unerlaubten Handlungen (Sonderdruck aus der Festschrift für K. Binding), Leipzig 1911. — Fürnrohr, Findet auf den Tierhändler die Tierhalternovelle Anwendung? JW. **11** 702. — Derselbe, Haftung für „Tierschäden" oder für eigenes Verschulden? JW. **11** 793, 794. — Hagen, SächsRpflA. **11** 52. — Hamburger, Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten (Diss. 1911). — Hammeley, Der Schmerzensgeldanspruch gemäß § 146 Abs. 2 LUVG., WürttRpflZ. **11** 282. — Hasenclever, Findet auf den Tierhändler die Tierhalternovelle Anwendung? JW. **11** 703. — Josef, Die Haftung der Frau für Arztkosten, KGBl. **11** 66. — Derselbe, Arglistige Herbeiführung der Formnichtigkeit, ABürgR. **36** 60—70. — Derselbe, SeuffBl. **11** 13. — Derselbe, Haftung für „Tierschäden" oder für eigenes Verschulden? JW. **11** 80. — Korn, Weiteres zur Regreßpflicht des Rechtsanwalts, JW. **15** 631. — Meyer, R. **11** Nr. 153. — Pinczower, Das Verhältnis des § 826 zum Boykott, Breslau 1911. — Risch, Das Reichsgericht und der Boykott, DJZ. **11** 1349. — Rosenthal, Die illoyale Ausnutzung fremder Arbeitsresultate und die neuere reichsgerichtliche Rechtsprechung, HansGZ. **11** Hauptbl. 37 ff. — Ruth, Zur Anwendung des § 840 Abs. 3 BGB., HessRspr. **11** 151. — Seiferth, R. **11** Nr. 258. — Schwartz, Kann bei Betriebsunfällen Schmerzensgeld nach § 146 Abs. 3 LUVG. verlangt werden? DJZ. **11** 280. — Sommer, Die Haftpflicht des Waisenrats, BraunschwZ. **11** 85.

§§ 823 ff. 1. Begriff der unerlaubten Handlung. SächsOLG. **32** 65 (Dresden). Feststellung des Begriffs der unerlaubten Handlung. Im 25. Titel wird keineswegs jede objektive Rechtswidrigkeit als unerlaubte Handlung bezeichnet; es wird aber doch in einzelnen Anwendungsfällen von dem Grundsatze, daß zur Annahme einer solchen Verschulden erforderlich ist, abgewichen (RG. **60** 344). Soweit in diesen Fällen der Grund des Gesetzgebers erkennbar ist, der ihn veranlaßt hat, die unverschuldete Schädigung der verschuldeten gleichzustellen, ergibt sich auch eine Erweiterung des Begriffs der unerlaubten Handlung. In dieser Hinsicht liegen die Fälle der §§ 833, 835 klar. Das an sich nicht verbotene Halten

von Tieren wird im Falle einer dadurch eintretenden Beschädigung eines anderen wie eine unerlaubte Handlung behandelt, weil dabei die Benutzung von Dingen für den eigenen Vorteil in Frage ist, deren Eigenart ohne weiteres Gefahren für andere mit sich bringt. Eine unerlaubte Handlung im Sinne des BGB. ist auch in der Benutzung von an sich erlaubten Einrichtungen, die ihrem Wesen nach Gefahren für andere mit sich bringen, für den Fall zu erblicken, daß sie zu einer Schädigung führen, deren Ersatz nach dem Gesetz im Einzelfalle gefordert werden kann. Gemißbilligt wird vom Rechte hier der schädigende Erfolg, nicht schon für sich allein die Handlung, die ihn herbeiführt.

2. Kausalzusammenhang (JDR. **9** §§ 823 ff. Ziff. 1, **8** Ziff. 2, **7** Ziff. 1, **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 3, **2** Ziff. 8, **1** Ziff. 5).

a) **RG.** BayRpflZ. **11** 340. Der Kausalzusammenhang ist vom Standpunkte der Lehre von der sog. adäquaten Verursachung aus zu betrachten (**RG. 50** 222). Ein Zusammenhang im Rechtssinn ist nicht schon dann gegeben, wenn der schädliche Erfolg durch eine Verkettung der Umstände eingetreten ist, mit der vernünftigerweise nicht gerechnet werden konnte.

b) **RG.** JW. **11** 95, SeuffA. **66** 190. Über die Ursache einer Verletzung im Rechtssinne.

c) **RG.** JW. **11** 399, ZVersWes. **11** 298. Unfall dadurch hervorgerufen, daß mehrere Ursachen zusammenwirkten. Jede der beiden Tatsachen, deren Zusammentreffen die Gesamtursache des Schadens bildet, muß als kausal betrachtet werden, vorausgesetzt, daß der Schaden nicht ein so entfernter war, daß er nach der Auffassung des Lebens und der allgemeinen Erfahrung vernünftigerweise als solcher nicht mehr in Betracht gezogen werden konnte (**RG. 72** 327, JW. **08** 526, **10** 652).

d) **RG.** WarnE. **11** 405. Zusammenhang zwischen einem Stoße und einer dadurch hervorgerufenen Krankheit, wenn sich die Krankheit nur infolge einer vorhandenen Anlage entwickelte.

e) WürttJ. **23** 7 ff. (Stuttgart). Zur Frage des Kausalzusammenhanges.

3. Verschulden (JDR. **9** §§ 823 ff. Ziff. 2, **8** Ziff. 3, **7** Ziff. 2, **5** Ziff. 3 **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 5, **2** Ziff. 9, **1** Ziff. 6).

a) **RG.** JW. **11** 30. Der Begriff des Eventualdolus ist auf dem Gebiete des bürgerlicheu Rechtes kein anderer als auf dem des Strafrechts. Es genügt nicht das Bewußtsein, daß die Handlung den schädlichen Erfolg haben könne, sondern es muß danach dieser Erfolg, der als möglich vorausgesetzt wird, für den Fall seines Eintritts auch von dem Willen des Handelnden umfaßt sein. Das ist aber genau der Begriff, wie ihn die Rechtsprechung der Straffenate des RG. ständig festgehalten hat (**RG.** [Straff.] **16** 365, **25** 7, **33** 5, ebenso **RG.** [Zivilf.] **57** 339 ff.).

b) **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 124. Zum eventuellen Vorsatze reicht das Bewußtsein von der Möglichkeit des rechtsverletzenden Erfolges für sich allein nicht aus, der Handelnde muß den Erfolg, falls er nicht zu vermeiden sein würde, gebilligt und so in seinen Willen aufgenommen haben. Das bloße Handeln auf die Gefahr eines Erfolges schließt noch nicht von selbst die Billigung und das Wollen des Erfolges in sich.

c) **RG.** JW. **11** 578. Eine Überschreitung (sog. Exzeß) der Notwehr bedeutet nach dem Zivilgesetze, für welches auch die Vorschrift im § 53 Abs. 3 StGB. insofern keine Bedeutung hat, ebenso wie die bloß vermeintliche Notwehr unbedingt eine Widerrechtlichkeit. Doch kann in einem solchen Falle unter Umständen, namentlich bei entschuldbarem Irrtum, über das erforderliche Maß der Verteidigung auch ein Verschulden im zivilrechtlichen Sinne als ausgeschlossen erscheinen.

4. Unterlassungsklage (JDR. **9** §§ 823 ff. Ziff. 3, **8** Ziff. 5, **7** Ziff. 5, **6** Ziff. 6, **5** Ziff. 7, **4** Ziff. 7, **3** Ziff. 8, **2** Ziff. 11, **1** Ziff. 10).

a) **RG.** JW. **11** 981, DJZ. **11** 1557. Die Rechtsprechung des RG. hat in weitem Umfang eine Klage auf Unterlassung für zulässig erklärt; aber sie hat nicht ausgesprochen, daß in jedem Falle, wenn der Tatbestand einer unerlaubten Handlung vorliegt, in jedem Falle, in dem ein Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung gegeben ist, auch eine Klage auf Unterlassung gegeben sein müsse. Die Urteile **RG. 48** 114 (119), **51** 369 (375), **60** 6 (7) haben das Rechtsschutzbedürfnis als Maßstab für die Zulassung der Unterlassungsklage aufgestellt, und in dem Urteile **RG. 71** 85 ist eine Klage auf Unterlassung ehebrecherischer Handlungen deshalb abgewiesen worden, weil eine Klage auf Unterlassung dann zu versagen sei, wenn das öffentliche Recht einer zivilrechtlichen Verfolgung entgegenstehe. Der rechtliche Gesichtspunkt dieser letzteren Entscheidung trifft aber im allgemeinen überall zu, wo die Handlung, auf deren Unterlassung im Wege des Zivilprozesses geklagt wird, durch ein Strafgesetz unter öffentliche Strafe gestellt ist. Wo die Wiederholung einer Handlung als gesetzlich verboten bereits mit öffentlicher Strafe bedroht ist, ist für eine weitere zivilrechtliche Strafandrohung kein Bedürfnis und kein Raum.

b) **RG.** BayRpflZ. **11** 261. Unter allen Umständen hat die Klage auf Unterlassung und hat jedenfalls die Verurteilung auf diese Klage zur Voraussetzung, daß die Fortsetzung oder Wiederholung von Handlungen, Eingriffen derselben Art ernstlich zu befürchten steht. Aus dem Umstande, daß der Beklagte im Rechtsstreit es unternommen hat, den Wahrheitsbeweis für die fragliche Beschuldigung zu führen, folgt noch nicht, daß zu befürchten sei, er werde außerhalb des Prozesses jene Beschuldigung wiederholen.

c) BayRpflZ. **11** 290 (Zweibrücken). Unterlassungs- und Schadensersatzklage eines Gewerbetreibenden gegen eine Stadtgemeinde wegen Schädigung seines Gewerbebetriebs durch die Art und Weise der Festsetzung der Vergütung für die Benutzung eines städtischen Gewerbebetriebs. Klage ist abgewiesen.

d) BreslauAK. **11** 80 (LG. Oppeln). Klage auf Unterlassung der Verbreitung beleidigender Gerüchte (Kläger habe auf der Jagd eine Frau erschossen).

5. Beweislast (JDR. **9** §§ 823 ff. Ziff. 4, **8** Ziff. 6, **7** Ziff. 7, **6** Ziff. 10, **5** Ziff. 8, **4** Ziff. 11, **3** Ziff. 9, **2** Ziff. 12, **1** Ziff. 11).

a) **RG.** SächsRpflA. **11** 173, FrankfRundsch. **45** 105, GruchotsBeitr. **55** 966. Der Kläger hat bei Ansprüchen aus § 823 Abs. 1 neben dem objektiven Tatbestande der schädigenden Handlung zwar auch das subjektive Verschulden des Beklagten zu beweisen. Er genügt aber diesem Beweise zunächst, wenn der auf seinen Vortrag hin festgestellte Sachverhalt nach dem regelmäßigen Zusammenhange der Dinge die Folgerung rechtfertigt, der Unfall sei durch Verschulden des Beklagten verursacht. Liegt ein solcher Sachverhalt vor, so ist demgegenüber Sache des Beklagten, die etwaigen besonderen Umstände nachzuweisen, aus denen seine Schuldlosigkeit sich ergibt.

b) SchlHolstAnz. **11** 133 (Kiel). Wenn auch der Beweis der Voraussetzungen des § 823 demjenigen obliegt, der seinen Anspruch aus den Vorschriften über unerlaubte Handlungen herleitet, so können doch Umstände vorliegen, die eine Haftung aus diesem Gesichtspunkt ohne weiteres annehmen lassen, sofern nicht besondere Umstände dargetan werden, die eine solche Haftung ausschließen.

6. a) Ausschluß der Haftung durch Vertrag (JDR. **9** §§ 823 ff. Ziff. 5). **RG.** JW. **11** 28, EisenbE. **27** 316. Rechtsirrtümlich würde es sein, wenn das BerG. grundsätzlich und allgemein die Ausschließung der Haftung aus unerlaubter Handlung durch Vertrag oder auch nur durch stillschweigenden Vertrag auf die Fälle der Gefährdungshaftung ohne Verschulden des Haftpflichtigen beschränkt hätte. Der Hinweis darauf, daß die Entscheidung des **RG. 65** 313 und die anderen in demselben

Sinne ergangenen Urteile des **RG. 67** 431 (JW. **08** 108, WarnE. **08** Nr. 157, **09** Nr. 100), die den stillschweigenden Abschluß eines die Haftung ausschließenden Vertrags zum Gegenstande haben, durchweg Fälle der Gefährdungshaftung betreffen, ist zutreffend; die Annahme, daß die Feststellung eines solchen stillschweigenden, also nicht ausgesprochenen Vertragsschlusses regelmäßig nur dann unbedenklich ist, wenn es sich um den Ausschluß einer Gefährdungshaftung, um die Übernahme einer nicht durch ein Verschulden des anderen Teiles, zumal durch ein grobes Verschulden, sondern allein durch die gegebenen Verhältnisse von selbst begründeten Gefahr handelt, ist nicht rechtsirrtümlich. Umstände, die ohne weiteres die Annahme eines stillschweigenden Vertrags nahelegen, liegen der Regel nach nur vor gegenüber einer Haftung auf Gefährdung, wogegen es der Ermittelung besonderer die Willenseinigung ausdrückender Äußerungen bedarf, wenn eine Haftung für auf Verschulden beruhende unerlaubte Handlung für vertraglich ausgeschlossen erachtet werden soll. Ausschließung der Haftung des Automobillenkers.

b) Ausschluß der Haftung durch Vertrag (JDR. **9** §§ 823 ff. Ziff. 5). **RG.** JW. **11** 714. Die Haftung für eine unerlaubte Handlung, die der eine dem anderen zufügen könnte, kann grundsätzlich durch ausdrückliche oder stillschweigende Abrede ausgeschlossen werden, gleichviel, ob es sich um die Haftung für ein schuldhaftes Verhalten oder um eine bloße Gefährdungshaftung handelt. Voraussetzung ist hierbei nur, daß nicht anderweitige gesetzliche Bestimmungen diesem Ausschluß entgegenstehen, wie z. B. die Vorschrift des § 276 Abs. 2, wonach die Haftung wegen Vorsatzes dem Schuldner nicht erlassen werden kann (s. unten § 833 Ziff. 10a).

7. Konkurrenz mit Vertragsversprechen. ElsLothJZ. **11** 207 (Colmar). Grundsätzlich ist neben der Haftung aus § 618 auch eine solche aus § 823 Abs. 2 gegeben, wenn die Vertragsverletzung des Dienstherrn gleichzeitig den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt.

8. Schadensersatz (JDR. **9** §§ 823 ff. Ziff. 6).

a) **RG.** JW. **11** 149, ZVersWes. **11** 298, EisenbE. **27** 332, DJZ. **11** 337. Eine krankhafte Veranlagung des Verletzten vor dem Unfalle schließt den ursächlichen Zusammenhang zwischen Unfall und Krankheit nicht aus, wenn festzustellen ist, daß erst der Unfall die Krankheit selbst ausgelöst hat. Dies gilt auch dann, wenn ohne die Veranlagung der Unfall einen schädlichen Erfolg nicht gehabt haben würde. Die krankhaften Zustände, die die Aufregungen und Enttäuschungen des Prozesses um die Entschädigung, das ungeduldige Warten auf die Entscheidung, die Angst vor einer ungünstigen Entscheidung in diesem Prozesse bei dem Verletzten hervorrufen, können als Wirkungen des schädigenden Ereignisses erachtet werden (ebenso **RG.** vom 8. 10. 06, VI. 31. 06; JW. **08** 405 und 526). Ob der ursächliche Zusammenhang gegeben ist, ist Tatfrage. Zu bejahen wird diese Frage überall da sein, wo es gerade nervöse Krankheitserscheinungen waren, die, sei es allein, sei es in Verbindung mit anderen Krankheitsfolgen, die Körperverletzung ausgelöst hat, und die, hervorgerufen durch die letztere, durch die später hinzugetretenen Aufregungen des Prozesses gesteigert und verschlimmert worden sind. Der Prozeß auf Schadensersatz ist gewiß nicht an sich eine Folgewirkung der Körperverletzung, sondern nur durch diese veranlaßt; dieser Zusammenhang ist, wie **RG.** JW. **06** 231 sagt, ein bloß äußerlicher und zufälliger. Nichtsdestoweniger können die seelischen Aufregungen, die der Prozeß für den Verletzten mit sich bringt, in innerem und ursächlichem Zusammenhange mit der Verletzung stehen, insofern diese in dem Betroffenen eine auf nervösem Krankheitszustande beruhende Herabminderung der seelischen Kräfte, eine Schwächung der Widerstandskraft gegen die Unbilden und Kämpfe des Lebens erzeugt hat, die alsdann tatsächlich, wenn solche Unbilden eintreten oder solche Kämpfe

notwendig werden, jenen Krankheitszustand verschlimmern und die Willenskraft bei dem Verletzten vollends erschöpfen. — Eigenes Verschulden des Verletzten, der maßlose Schadensersatzansprüche stellt.

b) **RG.** JW. **11** 584. Bei der Berechnung des Umfanges des durch eine Verletzung eingetretenen Schadens und der dem Verletzten zu leistenden Entschädigung ist zunächst diejenige Lage der Verhältnisse des Verletzten maßgebend, in welcher er sich zur Zeit des Unfalls befand, und es ist in der Regel davon auszugehen, daß der Verletzte den Verdienst, welchen er zu dieser Zeit hatte, auch in Zukunft gehabt hätte, wenn die Verletzung und dadurch die Aufhebung oder Verminderung seiner Erwerbsfähigkeit nicht eingetreten wäre. Sache des Ersatzpflichtigen ist es, Umstände darzutun und nachzuweisen, aus denen zu entnehmen ist, daß mit Rücksicht auf die Verhältnisse des gegebenen Falles mit Sicherheit angenommen werden müsse, der Verletzte hätte den bisher genossenen Verdienst auch ohne die Verletzung in Zukunft nicht gehabt (Urteile des **RG.** III. 285/84 und 281/86, **RG. 17** 45 ff. IIIa. 198/96, **RG. 16** 80 ff.). Da aber in Wirklichkeit die Erwerbsfähigkeit des Verletzten dasjenige wirtschaftliche Gut ist, dessen Verlust oder Minderung in dem Maße, in welchem dadurch dem Verletzten ein Schaden entstanden, zu ersetzen ist, so kann der zur Zeit des Unfalls bestehende tatsächliche Erwerb des Verletzten der Schadensberechnung nur insofern zugrunde gelegt werden, als er der Erwerbsfähigkeit des Verletzten entspricht. Befand sich der Verletzte zur Zeit der Verletzung in einer augenblicklich ungünstigen und nicht einträglichen, seiner Erwerbsfähigkeit nicht entsprechenden Erwerbslage, so kann dieser ungünstige Zufall dem Schadensersatzpflichtigen nicht zugute kommen (vgl. Urteil des **RG.** vom 20. November 1895, EisenbE. **12** 234). Maßgebend ist vielmehr der Gebrauch, den die verletzte Person nach den Verhältnissen, in denen sie lebt, in der Zeit nach dem Unfall ohne dessen Dazwischentreten von ihrer Erwerbsfähigkeit voraussichtlich gemacht haben würde (vgl. **RG.** JW. **08** 273, 452, SeuffA. **63** 454).

c) **RG.** R. **11** Nr. 3181. Als ärztliche Behandlung, die der vom Schädiger schuldhaft Verletzte benötigt, kommt in ihrer kausalen Beziehung zum Verschulden des Schädigers nicht eine solche in Betracht, die, abstrakt beurteilt, ärztlich das Richtige trifft, sondern diejenige, die der Verletzte nach seinen persönlichen und den sonstigen Verhältnissen tatsächlich unbedenklich in Anspruch nehmen durfte. Nach allgemeiner Erfahrung kann aber von einem Arzte nicht erwartet werden, daß seine Anordnungen unbedingt sachgemäß ausfallen und denkbarste Gewähr für schnelle und volle Heilung geben. Vielmehr kommen selbst in der sorgfältigsten ärztlichen Praxis Fehler und Unrichtigkeiten vor. Wenn der Kläger dieser unvermeidlichen Gefahr notgedrungen hier deshalb ausgesetzt wurde, weil der Beklagte die notwendig gewordene ärztliche Behandlung verschuldet hat, so muß auch der Beklagte diese Gefahr auf sich nehmen und für die nachteiligen Folgen, die sich für den Kläger aus der unzureichenden Wundbehandlung ergaben, einstehen. Allerdings würde ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der vom Beklagten verschuldeten Verletzung und der mißglückten Heilung fehlen, wenn der hinzugezogene Arzt alle ärztliche Regel und Erfahrung derart gröblichst außer acht gelassen und jede berechtigte Erwartung an ein vernünftiges und gewissenhaftes ärztliches Verfahren derart getäuscht hätte, daß der Mißerfolg der Heilung im Rechtssinn allein auf diese ungewöhnlichen Umstände zurückgeführt werden müßte.

9. **RG.** SeuffBl. **11** 101. Der Satz, daß die Bezeichnung eines bestimmten verfassungsmäßigen Vertreters für die Haftbarmachung der juristischen Person nicht erforderlich sei, ist in dieser Allgemeinheit wenigstens für das Gebiet der unerlaubten Handlung nicht als richtig anzuerkennen. Als unerlaubte Handlung der juristischen Person selbst gilt nach dem Gesetze die

entsprechende Handlungsweise eines ihm verfassungsmäßig berufenen Vertreters, an sich also einer individuell bestimmten Persönlichkeit, auf welche die Merkmale des § 31 (oder § 30) BGB. im gegebenen Falle zutreffen. Freilich braucht nicht in allen Fällen diese Person namhaft gemacht oder festgestellt zu werden. So wird es in einem Falle, wo objektiv der Tatbestand der Verletzung eines Schutzgesetzes festgestellt ist, für dessen Befolgung die juristische Person verantwortlich wäre, in der Regel nicht Sache des Klägers sein, den Vertreter, welchen die Schuld an der Übertretung trifft, seinerseits zu bezeichnen. Und insbesondere da, wo der Schaden durch eine bleibende Einrichtung oder einen dauernden ordnungswidrigen bzw. sicherheitsgefährlichen Zustand bei der von der juristischen Person geschaffenen oder von ihr zu unterhaltenden Anlage handelt, erscheint gewöhnlich der Schluß gerechtfertigt, daß dieser Zustand oder jene Einrichtung nicht bestanden haben könnte, wenn die verfassungsmäßig berufenen Vertreter bei ihren Anordnungen die im Verkehr erforderliche und etwa noch durch Amtspflicht oder Dienstvorschriften besonders gebotene Sorgfalt beobachtet, durch gehörige Aufsicht und Kontrolle solche Sorgfalt betätigt haben würden. Von diesem Gesichtspunkt aus ist auch vom RG. eine Haftung in derartigen Fällen als ohne weiteres begründet angenommen worden.

10. **RG.** GewRschutz **11** 175 (177). Es steht mit dem Wesen einer GmbH. in grundsätzlichem Widerspruche, daß die einzelnen ihr angehörigen Gesellschafter auf Grund von unerlaubten Handlungen, die sie vor der Entstehung der Gesellschaft begangen haben, als Dritten gegenüber zu einem gewissen Tun innerhalb der Gesellschaft verpflichtet, gehalten werden sollen, als Gesellschafter auf eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags durch Gesellschaftsbeschluß hinzuwirken, während sie doch als Gesellschafter nur diejenigen Pflichten zu erfüllen haben, die ihnen der Gesellschaft gegenüber obliegen und dem Dritten (aus seinen Interessen heraus) Einfluß auf die Gesellschaft und deren Maßnahmen nicht zusteht. Dem Dritten, der durch unerlaubte Handlung seitens der Gründer einer GmbH. zu Schaden kommt, können daraus Schadensersatzansprüche gegen die Gründer erwachsen; einen Anspruch auf „Wiederherstellung des früheren Zustandes“ durch Beseitigung des gültig zustande gekommenen Gesellschaftsvertrags, sei es auch nur einzelner Punkte desselben, hat er gegen die Gründer nicht.

11. GewRschutz **11** 177 (Dresden). Wenn ein Sondergesetz (Urheberrecht) den Schutz für einen der von ihm geregelten Tatbestände ausschließt, kann ein solcher auch nicht aus den Bestimmungen anderer Gesetze und namentlich nicht aus den allgemeinen Vorschriften des BGB. abgeleitet werden.

12. JW. **11** 293 (PrOVG.). Es gibt keine Bestimmung, welche eine Klage auf Schadensersatz im Verwaltungsstreitverfahren zuläßt. Für die Verfolgung solcher Ansprüche kann nur der ordentliche Richter angegangen werden.

13. G e r i c h t s s t a n d (JDR. **9** §§ 823 ff. Ziff. 8). SächsOLG. **32** 243 (Dresden). Gerichtsstand der unerlaubten Handlung für die Klage auf Widerruf einer unwahren Auskunft. Es genügt die bloße Behauptung des Klägers von der Deliktsnatur der Handlung.

§ 823. I. A b s. 1.

1. SächsRpflA. **11** 282 (Dresden). Klage wegen Tötung der Adoptivtochter. Nach BGB. ist aus einer unerlaubten Handlung nur der unmittelbar Verletzte ersatzberechtigt, nicht der mittelbar Geschädigte. Soweit nicht an die Stelle des Verletzten der Erbe tritt, sind Schadensersatzansprüche dritter Personen aus einer gegen einen anderen begangenen unerlaubten Handlung nur in den Fällen der §§ 844, 845 gegeben.

2. K ö r p e r v e r l e t z u n g (JDR. **9** § 823 Abs. 1 Ziff. 2, **8** Ziff. 4, **7** Ziff. 2, **6** Ziff. 1, **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 4, **2** Ziff. 3, **1** Ziff. 5).

a) Haftung der Ärzte.

α. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 968, JW. **11** 449. Der Arzt ist kraft seines Berufes verpflichtet, bei der Behandlung Kranker Kunstfehler, Verstöße gegen die Grundsätze der medizinischen Wissenschaft zu vermeiden, einerlei ob er in einem Vertragsverhältnisse zu dem behandelten Kranken steht oder nicht, und haftet nach § 823 Abs. 1, wenn er unter Verletzung dieser Berufspflicht das Leben, den Körper oder die Gesundheit widerrechtlich verletzt, dem Verletzten auf Schadensersatz, insbesondere auch auf Ersatz des nicht vermögensrechtlichen Schadens gemäß § 847. Die Widerrechtlichkeit und damit die Haftbarkeit des Arztes aus § 823 ist nur ausgeschlossen, wenn und insoweit der Kranke oder sein gesetzlicher Vertreter in die Verletzung eingewilligt hat (**RG. 68** 431, SeuffA. **62** 450).

β. **RG.** JW. **11** 748, BayRpflZ. **11** 424. Operation eines Minderjährigen ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ist eine rechtswidrige Körperverletzung. Ausnahmen sind nur in besonders gearteten Fällen möglich.

b) **RG.** JW. **11** 319. Schadensersatz wegen einer infolge Körperverletzung eingetretenen Geisteskrankheit.

c) Lehrer.

α. FrankfRundsch. **45** 154 (Frankfurt). Inanspruchnahme eines Lehrers, weil bei Befolgung seiner Anordnung zur möglichst raschen Klassenentleerung ein Schüler sich im Gedränge verletzt habe. Klage abgewiesen.

β. PrVerwBl. **32** 282, PrVolksschulA. **10** 141 (PrOVG.). Konfliktssache. Ob die Voraussetzungen zur Anwendung körperlicher Züchtigung gegeben sind, muß in letzter Linie dem pflichtmäßigen Ermessen des Lehrers überlassen bleiben.

γ. MecklZ. **29** 195 (Rostock). Haftung des Turnlehrers.

d) Verletzung bei der Luftschiffahrt.

EisenbE. **27** 329, R. **11** Nr. 54, DJZ. **11** 543 (Stuttgart). Ein Schadensersatzanspruch läßt sich aus dem allgemeinen Gesichtspunkte der Gefährdungshaftung nicht begründen, insbesondere auch nicht auf dem Gebiete der Luftschiffahrt. Unser heutiges bürgerliches Recht steht grundsätzlich auf dem Standpunkte, daß für einen Schaden, der einem anderen außerhalb eines Vertragsverhältnisses zugefügt wird, nur beim Vorliegen eines Verschuldens gehaftet wird. Wenn im BGB. und einigen Spezialgesetzen die Haftung auf Fälle erstreckt ist, in denen, ohne daß ein Verschulden vorliegt, gewisse mit Gefahren verbundene Handlungen zu Schädigungen führen, so sind das Ausnahmebestimmungen, die als solche um so weniger einer entsprechenden Anwendung auf sonstige gefährliche Unternehmungen zugänglich sind, als dabei wenigstens zum Teil noch andere Haftungsgesichtspunkte, so z. B. der Gedanke, daß die Realisierung von Betriebsgefahren zu den Generalunkosten des Unternehmens zu rechnen sind, eine Rolle spielen. Wollte man aber eine analoge Anwendung an sich für zulässig halten, so stünden ihr doch für den vorliegenden Fall — der Kläger war auf dem Felde bei Echterdingen am 5. August 1908 als Zuschauer anläßlich der Losreißung des Zeppelinschen Luftschiffs durch einen nachschleppenden Anker schwer verletzt worden — die erheblichsten Bedenken deshalb entgegen, weil zur Zeit der Fernfahrt des Beklagten Fahrten mit Luftschiffen noch nicht zu stehenden Einrichtungen unseres Verkehrs- und Wirtschaftslebens geworden waren und weil bei einer Landung eines Luftschiffs auf offenem Felde der Unternehmer nicht — wie das z. B. beim Halten von Tieren, beim Betriebe von Eisenbahnen und Kraftfahrzeugen der Fall ist — selbst unmittelbar gefährdend in den Verkehr eingreift, sondern die Gefahr für andere regelmäßig erst dadurch entsteht, daß diese sich freiwillig in den Bereich des Luftschiffs begeben. Ob die in der Literatur (R. **10** 802) vertretene Ansicht, daß Drachenflieger, solange sie sich mit elementarer Kraft auf dem Erdboden fortbewegen, den Kraftfahrzeugen im Sinne des Automobilgesetzes beizuzählen seien, zutreffend ist, kann hier unerörtert bleiben. Es bedarf keiner Aus-

führung, daß auf ein gelandetes, am Boden befestigtes Luftschiff jenes Gesetz keine Anwendung finden kann.

e) **RG.** EisenbE. **28** 84, R. **11** Nr. 1129. Ein Eisenbahnschaffner, der auf einer kleinen Station einen betrunkenen Menschen von der Mitfahrt ausschließt und ihn auf dem Bahnsteige liegen läßt, handelt nicht fahrlässig, wenn er sich nicht bewußt ist, daß er einen Menschen vor sich hat, der wegen Hilflosigkeit nicht verlassen werden darf.

f) **RG.** BadRpr. **11** 131 f. JDR. **9** § 823 Abs. 1 Ziff. 4 b.

3. Eigentum (JDR. **9** § 823 Abs. 1 Ziff. 5, **8** Ziff. 5, **7** Ziff. 3, **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 5, **2** Ziff. 4, **1** Ziff. 7).

a) EisenbE. **27** 150 (Hamm). Recht des Eigentümers im Enteignungsverfahren, für die mehr entnommene Fläche Schadensersatz oder Erwerb derselben gegen angemessenen Preis vom Unternehmer zu verlangen.

b) SeuffA. **66** 236, SchlHolstAnz. **11** 63 (Kiel). Das BGB. regelt die Verletzung des Eigentums besonders und eingehend. Deshalb kann insoweit die allgemeine, die schuldhafte widerrechtliche Verletzung des Eigentums behandelnde Vorschrift des § 823 nicht zur Anwendung kommen.

c) SeuffA. **66** 104 (Dresden). Haftung des Erwerbers gestohlener Gegenstände bei Fahrlässigkeit.

4. Verletzung des Vermögens im allgemeinen (JDR. **9** Ziff. 6, **8** Ziff. 6, **7** Ziff. 4, **6** Ziff. 3, **5** Ziff. 5, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 6, **2** Ziff. 5, **1** Ziff. 7 b).

a) **RG.** WarnE. **11** 414. Keine allgemeine Ersatzpflicht wegen kulposer Vermögensbeschädigung.

b) SeuffA. **66** 194 (197) (Marienwerder). Eine außervertragliche allgemeine fahrlässige Vermögensbeschädigung verpflichtet nicht zum Schadensersatze.

c) SächsRpflA. **11** 468 (Dresden). Eine Vermögensbeschädigung allein reicht zur Anwendung des § 823 Abs. 1 nicht aus.

5. Sonstiges Recht (JDR. **9** Ziff. 7, **8** Ziff. 7, **7** Ziff. 6, **6** Ziff. 4, **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 8, **3** Ziff. 7, **2** Ziff. 6, **1** Ziff. 8).

a) Eingerichteter Gewerbebetrieb.

α. **RG.** SeuffA. **66** 19 f. JDR. **9** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 b α.

β. **RG.** JW. **11** 712. Eine Verletzung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs als eines Rechtes im Sinne von § 823 Abs. 1 kann nur dann angenommen werden, wenn der Eingriff sich unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbebetriebs richtet (**RG. 58** 124, **64** 52, **65** 210, **73** 107). Diese Schranke muß — wofern hier überhaupt privatrechtliche Grundsätze maßgebend sind — auch für die Maßregel einer Behörde gelten. Auf die hier autoritative Bedeutung und durchgreifendere Wirkung einer amtlichen Kundgebung kann es dabei nicht entscheidend ankommen; das Merkmal des rechtswidrigen Eingriffs liegt nicht in der nachteiligen Einwirkung auf den Ertrag des Geschäfts, sondern in der Antastung des Gewerbebetriebs als solchem. — Warnung der Behörde vor einem gesundheitsschädlichen Mittel. Die Klage des Fabrikanten ist abgewiesen.

γ. HansGZ. **11** Beibl. 39 (Hamburg). An sich kann die Berechtigung, das von persönlicher Konzession abhängige und monopolistisch privilegierte Apothekergewerbe auszuüben, zu den „sonstigen Rechten" des § 823 Abs. 1 gezählt werden, die an und für sich ein Gegenstand widerrechtlicher Verletzung sein könnten. An einem solchen Eingriffe fehlt es, wenn der Beklagte (Inhaber eines Drogengeschäfts), wenn auch in polizeiwidriger Weise, nichts weiter getan hat, als Waren im eigenen Gewerbebetriebe zu veräußern.

b) **RG.** GewRschutz **11** 29, JW. **11** 111. Beschädigung der Erwerbsaussicht f. unten § 826 Ziff. 14 a.

c) Ehre.

BreslauAK. **11** 80 (LG. Oppeln). Die Ehre gehört nicht zu den im § 823 Abs. 1 geschützten Rechten; sie ist ein Rechtsgut; ihr Schutz wird durch § 823 Abs. 2 erreicht.

d) BraunschwZ. **11** 153 (Braunschweig). Ebenso wie unter einem „sonstigen Rechte" im Sinne des § 823 Abs. 1 der Besitz des Mieters und das Recht des Jagdpächters verstanden werden (**RG. 59** 326, JW. **05** 113, **RG.** [Straff.] **39** 429), muß auch der Pachtbesitz an Fischteichen dazu gerechnet werden.

e) Verletzung von Vertragspflichten.

RG. GruchotsBeitr. **55** 970, PrVerwBl. **32** 750, R. **11** Nr. 721. Wer vertraglich die Erfüllung von Obliegenheiten übernimmt, deren Vernachlässigung Gefahren für andere erzeugen kann, begeht mit der schuldhaften Verletzung seiner Vertragspflicht, die solche Gefahren hervorruft, zugleich eine unerlaubte Handlung und wird dem durch seine Pflichtversäumnis Beschädigten haftbar (vgl. **RG. 63** 308).

f) RG. R. **11** Nr. 2879. Der Pächter eines Teichgrundstücks hat, wenn durch einen benachbarten Gewerbebetrieb eine Verschlammung des Teiches und ein Absterben der Fische verursacht wird, nach beiden Richtungen gegen den Unternehmer des Gewerbebetriebs, ein Verschulden dieses vorausgesetzt, einen Schadensersatzanspruch. Dem Kläger steht sowohl hinsichtlich der Fischteiche selbst wie auch hinsichtlich des darin befindlichen Fischbestandes ein Recht zu, wie es durch den Abs. 1 des § 823 geschützt ist. Denn zu den dort geschützten „sonstigen Rechten" gehört (vgl. **RG. 59** 328) auch das Besitzrecht des Pächters, also auch das Recht, das dem Kläger betreffs der Fischteiche zusteht. Und auch an dem Fischbestande hatte der Kläger, wenn nicht sogar Eigentum, so doch zum mindesten Pachtbesitzrecht. Beim Hinzukommen eines Verschuldens der Beklagten sind somit im vorliegenden Falle alle Erfordernisse des Abs. 1 des § 823 erfüllt.

g) RG. GruchotsBeitr. **55** 974, ZBlFG. **12** 199, R. **11** Nr. 1738. Der die Zwangsversteigerung betreibende Hypothekengläubiger hat einen Schadensersatzanspruch gegen einen Dritten, welcher ein von der Beschlagnahme ergriffenes Zubehörstück vor der Versteigerung rechtswidrig und schuldhaft entfernt und veräußert. Die Ansprüche der Hypothekengläubiger wegen widerrechtlicher Verletzung ihres Hypothekenrechts gehören zu den „sonstigen Rechten".

h) RG. R. **11** Nr. 49. Hat ein Dritter den Wert eines Grundstücks durch Entfernung wesentlicher Bestandteile schuldhaft und widerrechtlich vermindert, so kann ein Hypothekargläubiger, der das Grundstück für ein seine Hypothek nicht deckendes Meistgebot zugeschlagen erhalten hat, einen Schadensersatzanspruch nur dann erheben, wenn sein Ausfall durch den billigen Erwerb des Grundstücks nicht wieder eingebracht ist.

i) RG. R. **11** Nr. 3812. Ein Pfandrecht ist nicht schon dadurch verletzt, daß der Pfandgläubiger veranlaßt wird, von der Weiterverfolgung abzustehen.

k) RG. R. **11** Nr. 3464. Eine allgemeine Regel darüber, wann ein Verschulden des Pfandgläubigers wegen Verweigerung der Freigabe vorliegt, läßt sich nicht aufstellen. Vielmehr läßt sich immer nur nach der konkreten Sachlage beurteilen, wann der Gläubiger bei ernstlicher Erwägung der Verhältnisse dem Intervenienten gegenüber zurücktreten muß, und ob der Gläubiger fahrlässig oder gar vorsätzlich im Sinne des § 276 BGB. handelt, wenn er den Kampf mit dem Intervenienten aufnimmt oder fortführt. — S. a. o. zu § 276 Nr. VI 14.

6. Einzelne Fälle (JDR. **9** § 823 Abs. 1 Ziff. 8, **8** Ziff. 8, **7** Ziff. 7, **6** Ziff. 5, **5** Ziff. 7, **4** Ziff. 9, **3** Ziff. 9, **2** Ziff. 7, **1** Ziff. 9).

a) Haftung für Wege, Straßen, Verkehrsorte (JDR. **9** Ziff. 8 a, **7** Ziff. 7 a, **6** Ziff. 5 c, **4** Ziff. 9 c, **3** Ziff. 9 c, **2** Ziff. 7 c, **1** Ziff. 9 d).

α. **RG.** JW. **11** 759, BayRpflZ. **11** 445. Die Verkehrssicherungspflicht umfaßt

nach der Rechtsprechung im einzelnen die Instandhaltung des Pflasters oder sonstigen Belags, die Anbringung von Geländern oder sonstigen Verwahrungen an Brücken und Abhängen, Beleuchtung bei Dunkelheit, Bestreuung bei Glätte, auch die Anordnung von Sicherungsmaßregeln bei Vornahme öffentlicher Arbeiten auf den Straßen. Dagegen kann diese Verkehrspflicht nicht ohne weiteres auch auf das Tun und Treiben der auf der Straße Verkehrenden erstreckt werden, soweit damit eine Gefährdung des übrigen Verkehrs verbunden ist. Ein Einschreiten gegen derartige Verkehrsgefährdungen kann nicht mehr aus der Verpflichtung zur Unterhaltung des Weges oder der Straße gefolgert werden, bei der doch im wesentlichen an die Erhaltung des Straßenkörpers in verkehrssicherem Zustande gedacht ist. Gegen das verkehrsgefährliche Verhalten einzelner Personen auf öffentlicher Straße einzuschreiten, ist vielmehr Sache der Polizei, die insoweit mit den Mitteln obrigkeitlicher Zwangsgewalt die öffentliche Ordnung aufrechtzuerhalten berufen ist. Fahren mit Bobsleighs auf Straßen.

β. BayObLG. **12** 376 (BayObLG.). Die Gemeinde ist verpflichtet, für die Sicherheit des Verkehrs auf den in ihrem Eigentume stehenden öffentlichen Straßen Sorge zu tragen und wie jede Privatperson den Schaden zu ersetzen, der durch schuldhafte Versäumung jener Pflicht entsteht. Das Maß der anzuwendenden Sorgfalt richtet sich aber nach den örtlichen Verhältnissen, insbesondere nach der Lebhaftigkeit des Verkehrs. Kleine Landgemeinden mit geringem Verkehre sorgen genügend für die Verkehrssicherheit auf ihren Ortsstraßen, wenn bei Glatteis die Fußbänke zu beiden Seiten der Fahrstraße bestreut werden; dagegen kann ihnen nicht zugemutet werden, auch für die Bestreuung der Fahrbahn zu sorgen, sofern nicht besondere Umstände, wie die Abschüssigkeit der Fahrbahn oder zeitweise verstärkter Verkehr oder besondere Vorschriften es erfordern. — Die Gemeinde kann zwar durch ortspolizeiliche Vorschrift die ihr zunächst obliegende Streupflicht auf Dritte, wie die Eigentümer der an der Straße liegenden Grundstücke, abwälzen, aber sie hat auf diesem Wege ihre Fürsorgepflicht nur dann erfüllt, wenn sie tut, was in ihren Kräften steht, um den Vollzug der getroffenen Anordnung zu überwachen und zu sichern.

γ. **RG.** JW. **11** 446. Straßenpassanten, die die Straße verlassen und ihren eigenen Weg neben der Straße suchen, setzen sich damit außerhalb des Bereichs, innerhalb dessen sie Verkehrssicherheit der Straße erwarten können. Rechtlich belanglos ist, wenn sie ihr eigenmächtiges Verhalten damit erklären, daß sie dem Straßenschmutze haben ausweichen wollen. Keine Haftung der Eigentümerin der Straße.

δ. **RG.** R. **11** Nr. 726. Wenn eine Stadtgemeinde einen zwischen einer öffentlichen Straße und den anliegenden Häusern gelegenen Landstreifen in ein gleiches Niveau mit der Straße bringen läßt und dort einen gleichen öffentlichen Verkehr wie auf der alten Straße duldet, so fällt ihr die Pflicht zu, für genügende Sicherheit des Verkehrs auch an jener Stelle zu sorgen. Von dieser Verpflichtung ist sie nicht dadurch entbunden, daß ihre Stadtverordnetenversammlung beschließt, jene Fläche einstweilen noch nicht zur Straße zu ziehen.

ε. **RG.** R. **11** Nr. 728. Eine Stadtgemeinde, welche in einem als „Rutschgebiet" bekannten Gelände eine Brunnenanlage herrichtet, durch welche an einzelnen Stellen größere Massen von Wasser angesammelt werden, die dort einen starken Druck auf das Erdreich ausüben, handelt schuldhaft und ist den Grundeigentümern für den Schaden verantwortlich, der durch Rutschungen entsteht, die infolge jener Anlage eintreten.

ζ. **RG.** R. **11** Nr. 3459. Wenn ein Seitenweg, der viel befahren wird, in einer kleinen Landgemeinde sich in ausgefahrenem Zustande befindet und tiefe Furchen und Löcher aufweist, so ist das keineswegs ein Zustand, der ohne weiteres auf eine

pflichtwidrige Nachlässigkeit der Vertreter des Beklagten hinsichtlich der Wegeunterhaltung schließen läßt.

η. RG. R. **11** Nr. 3903. Kleine Erhöhungen des an den Häusern hinlaufenden Fußsteigs machen die zur Unterhaltung des Fußsteigs verpflichtete Stadtgemeinde für die Folgen der auf die Unebenheit zurückzuführenden Unfälle nicht haftbar.

ϑ. RG. R. **11** Nr. 991. Erlaubt der Besitzer einer Lehmgrube anderen Personen gegen Entgelt das Abgraben und Abfahren von Lehm, so trifft ihn aus dieser Verkehrseröffnung zwar die allgemeine Pflicht, auf den Zustand der Grube sein Augenmerk zu richten, er haftet aber nicht dafür, daß in der Grube gefahrlos, insbesondere mit Vermeidung von Unterhöhlungen der Lehmwände gearbeitet werde.

ι. BraunschwZ. **11** 60 (Braunschweig). Für einen Unfall, der durch mangelhafte Beschaffenheit eines dem öffentlichen Verkehre dienenden Weges verursacht wird, haftet derjenige, der diesen Verkehr eröffnet hat und zur Unterhaltung verpflichtet ist, ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse am Wege.

κ. RG. R. **11** Nr. 491. Auch unfertige, sowie unausgebaute Straßen können die Eigenschaft öffentlicher Wege haben. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls, die hier auf eine Widmung zum öffentlichen Verkehre hinweisen.

λ. SächsRpflA. **11** 79 (Dresden). Haftung einer Gemeinde für die ordnungsgemäße Beschaffenheit eines Brückenstegs.

μ. RG. PrVerwBl. **32** 846. Inanspruchnahme eines Kreises als Erbauer und Unterhalter einer Chaussee aus der ungenügenden Verwahrung eines Chausseeabhanges. Klage mangels Verschulden abgewiesen.

ν. RheinA. **108** 281 (Cöln). Haftung einer Gemeinde für den Zustand einer Ortsstraße während der Ausbesserung. Eine Haftung besteht auch für die Unterlassungen der Ortspolizeibeamten.

ξ. RG. R. **11** Nr. 1736. Sogenannte Richtwege (Verbindungswege) sind nur dann bei Winterglätte zu bestreuen, wenn sie verkehrsnotwendig sind.

ο. B a d e v e r w a l t u n g. S. u. b ρ.

αα. FrankfRundsch. **45** 156 (Frankfurt). Haftung einer Kurverwaltung für Unfälle infolge eines Sturzes auf dem sehr glatten und schlüpfrigen Fußboden einer zum Kurhause gehörigen Räumlichkeit.

ββ. RG. JW. **11** 42, R. **11** Nr. 323. Unterläßt es die Badeverwaltung einer Gemeinde, die Gäste ihrer Seebadeanstalt auf die durch hohen Seegang drohenden Gefahren aufmerksam zu machen, so haftet sie nicht bloß vertraglich, sondern auch deliktisch.

π. EisenbE. **27** 281 (Dresden). Ist der Zugang zu einem Freiladebahnhofe so angelegt, daß er den Fußgängern genügenden Raum zum ungefährdeten Vorbeigehen bei vorbeifahrenden Wagen gewährt, so liegt ein Verstoß gegen § 823 nicht vor, wenn demungeachtet ein Fußgänger überfahren wird.

ρ. SeuffA. **66** 18 (Dresden). Haftung des Eisenbahnfiskus für die verkehrssichere Einrichtung der Zu- und Abfuhrstraßen zum Güterbahnhofe. — Klagabweisung.

σ. P f a r r - u n d K i r c h e n g e m e i n d e.

αα. RG. JW. **11** 981. Unfall infolge eines umstürzenden Grabsteins und Haftung der Pfarrgemeinde. Nach der feststehenden Rechtsprechung des RG. muß jeder, der auf ihm gehörigem oder seiner Verfügung unterliegendem Grund und Boden einen Verkehr für Menschen eröffnet, für die Sicherheit dieses Verkehrs Sorge tragen. Was zu diesem Zwecke zu geschehen hat, bestimmt sich nach Lage des besonderen Falles. Allerdings kann man von dem, der einen Weg dem öffentlichen Verkehr übergeben hat, z. B. von einer Stadtgemeinde, nicht fordern, daß er stets die Mauern und Hausdächer der Anlieger darauf kontrolliere, ob sie etwa die Sicherheit des Verkehrs gefährden möchten; wenn die Sachlage aber so ist, daß die Gefährdung bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt bemerkt werden muß, so sind die Maß-

nahmen zur Sicherung des Verkehrs geboten, die, wenn die Gefahr sonst nicht zu beseitigen ist, auch in einer Einstellung des Verkehrs bestehen können. Eine solche Pflicht besteht nicht nur bezüglich der auf dem Friedhofe befindlichen Wege und Pfade, sondern für den ganzen Umfang des Begräbnisplatzes, da auch auf den Gräbern, namentlich wenn sie geschmückt werden sollen, ein Verkehr von Menschen nicht zu vermeiden ist.

ββ. **RG.** JW. **11** 182, ZVersWes. **11** 156. Verpflichtung, die Vorhalle einer Kirche bei Schneewetter in gefahrlosem Zustande zu erhalten. Wenn auch nicht gestreut zu werden braucht, so kann die Gefahr durch Legen von Matten oder Strohdecken beseitigt werden.

γγ. **RG.** R. **11** Nr. 51. Hat eine Kirchengemeinde einen schmalen gepflasterten Streifen eines Weges für die Kirchenbesucher bestimmt, so muß sie gleichwohl auch die Seitenteile des Weges bei Eisglätte bestreuen, wenn zu erwarten ist, daß nach Beendigung des Gottesdienstes die in Scharen die Kirche verlassenden Personen auf die Seitenteile übertreten.

τ. **RG.** R. **11** Nr. 725. Wenn auch ein Feld- und Forstpolizeigesetz denjenigen straffrei läßt, der unbefugt auf ausgebauten öffentlichen oder Privatwegen die Bankette befährt, sofern er dazu genötigt ist, so folgt daraus doch nicht, daß der Bankett-eigentümer gehalten sei, das Bankett derart einzurichten, daß es auch im Falle etwaiger notgedrungener Fahrten ungehindert benutzt werden kann.

υ. **RG.** R. **11** Nr. 2138. Es besteht kein Anspruch der Personen, die auf einem im Hafen liegenden Seeschiffe Geschäfte zu erledigen haben, daß ein jederzeit verkehrssicherer Zugang zu dem Schiffe unterhalten wird.

b) Haftung der Hauseigentümer, Vermieter, Gastwirte (JDR. **9** Ziff. 8 b, **8** Ziff. 7, 8 b, **7** Ziff. 7 b, **6** Ziff. 5 d, **5** Ziff. 7 c, **4** Ziff. 9 d, **3** Ziff. 9 d, **2** Ziff. c γ, **1** Ziff. 9 c). — S. a. o. zu § 276 Ziff. VI 6, 8.

α. SchlHolstAnz. **11** 87 (Kiel). Der Hausbesitzer eröffnet auf Grund des Mietvertrags für die Angehörigen des Mieters einen Verkehr auf den Fluren und Kellertreppen des Miethauses und haftet dieser deshalb für ordnungsmäßigen Zustand dieser Anlagen auf Grund des § 823.

β. **RG.** R. **11** Nr. 492, WarnE. **11** 128. Die Haftung des Hauseigentümers, der ein noch unfertiges Gebäude zum Zwecke des Wirtschaftsbetriebs in demselben vermietet, für die Verkehrssicherheit gefährdende Mängel von Gebäudeteilen ist eine stärkere, als die Haftung für Mängel, welche sich erst im Laufe des Mietgebrauchs herausstellen.

γ. **RG.** R. **11** Nr. 2139. Ist die Dachrinne schadhaft, so daß das Schneewasser durchtröpfelt und in der Schneeschicht des Trottoirs eine Höhlung bildet, in der das Wasser allmählich übertritt und weitere Stellen des Trottoirs gefährdet, so trifft den Hausbesitzer ein Verschulden, wenn er sein Augenmerk nur auf die gefährliche Tropfstelle richtet und sich nicht auch vergewissert, ob das Wasser auch an anderen Stellen Glätte erzeugt hat.

δ. **RG.** R. **11** Nr. 2729. Das hundert Jahre lange Bestehen einer Treppe ohne Geländerschutz befreit den Hausbesitzer nicht von der selbständigen Prüfungspflicht, ob der Zustand verkehrsgefährlich ist.

ε. **RG.** R. **11** Nr. 2142. Hat der Grundstücks- und Ladenbesitzer es unterlassen, vor dem Ladeneingange zu streuen, obwohl mindestens zwei Stunden vor dem Unfalle Glätte eingetreten war, so kann er sich nicht darauf berufen, daß er seiner Frau das Bestreuen des Bürgersteigs ein für allemal übertragen und diese es auch jahrelang zuverlässig besorgt habe; er ist vielmehr ohne weiteres wegen Verletzung der Aufsichtspflicht haftbar.

ζ. **RG.** R. **11** Nr. 2328. Wer ein einem anderen gehöriges Haus mit allen privatrechtlichen und polizeilichen Verpflichtungen zur Verwaltung übernimmt, ist selbst

ersatzpflichtig, wenn er die dem Hauseigentümer obliegende Streupflicht schuldhaft verletzt hat und daraus für Dritte ein Schaden entstanden ist.

η. **RG.** R. **11** Nr. 324. Das Liegenlassen eines unbefestigten Läufers auf dem Flure eines Gasthofes kann dem Gasthofbesitzer als Verschulden anzurechnen sein.

ϑ. **RG.** RheinA. **108** 350 = JDR. **9** § 823 Abs. 1 Ziff. 8 b γ.

ι. **RG.** JW. **11** 40, R. **11** Nr. 50. Die Pflicht eines Gastwirts, verkehrssichere Wirtschaftsräume zu halten, besteht nicht notwendig nur gegenüber den gastvertraglich aufgenommenen und bewirteten Personen. Sie kann sich erweitern und auch zugunsten anderer Personen gelten, wenn die Wirtschaft nicht bloß für vertraglich zugelassene Gäste, sondern allgemein in dem Sinne offengehalten wird, daß ein gewisses Publikum angelockt wird und dort ohne weiteres ein- und ausgehen darf. Ein solcher Wirtschaftsverkehr, der vielfach durch besondere äußere Einrichtungen, offene, zum Eintritt einladende Eingänge, Aufschriften am Gebäude, empfehlende Anzeigen in öffentlichen Blättern usw. angestrebt wird, kann sehr wohl als ein besonderer Verkehrsmittelpunkt im gewöhnlichen Ortsverkehre hervortreten. An den Wirt, der diesen Verkehr im eigenen Gewerbeinteresse geschaffen und eröffnet hat, muß aber dann die Anforderung gestellt werden, daß er dem zugelassenen Publikum in seinen Wirtschaftsräumen Verkehrssicherheit gewährleistet. Ob und wieweit ein derartiger Verkehr besteht und für den Wirt die Übernahme allgemeiner Pflichten zum Schutze des Verkehrs mit sich bringt, ist allerdings wesentlich Tatfrage.

κ. **RG.** JW. **11** 182, LeipzZ. **11** 218, ZVersWes. **11** 156. Der Wirt eröffnet in der Wirtsstube einen Verkehr nicht nur für die dort verkehrenden Gäste, sondern auch für andere Personen, z. B. solche, welche Gäste abholen wollen, namentlich auch für alle Personen, welche die Wirtsstube in der Absicht, dort als Gäste zu verweilen, betreten, vor der Bestellung von Speisen oder Getränken aber in einem Vertragsverhältnisse zum Wirte noch nicht stehen. Allen diesen Personen gegenüber ist der Gastwirt verpflichtet, die Wirtsstube in einem verkehrssicheren Zustande zu erhalten. Ausgeschlossen ist der Anspruch aus unerlaubter Handlung nur bei solchen Unfällen, die sich in Räumen ereignet haben, welche zum ausschließlichen Gebrauche der Gäste — oder sonstiger in einem Vertragsverhältnisse zum Wirte stehender Personen — bestimmt sind, hinsichtlich deren also eine Verpflichtung des Wirtes, diese Räume in gefahrfreiem Zustande zu erhalten, nur durch das entstandene Vertragsverhältnis begründet wird.

λ. **RG.** JW. **11** 360, LeipzZ. **11** 380. Nicht erst durch die Bestellung von Speisen und Getränken, sondern schon durch den Eintritt des Gastes, der als solcher auftritt, in die Gasträume, entsteht ein Vertragsverhältnis zwischen dem Gaste und dem Wirte über die Benutzung der Räume, kraft dessen der Wirt dem Gaste für die Sicherheit des Verkehrs in den Räumen haftet. Der Wirt ist danach auch verpflichtet, dafür zu sorgen, daß in den Räumen kein die Gäste gefährdender Unfug verübt wird. Diese Pflicht geht in seiner Abwesenheit auf seinen Vertreter (vorliegend einen Kellner) über. Verletzung der Pflicht durch Liegenlassen einer geladenen Waffe auf dem Tische. Die Pflichtverletzung ist eine vertragliche. Daher kein Anspruch auf Schmerzensgeld gemäß § 847.

μ. **RG.** R. **11** Nr. 3079. Überläßt ein Wirt seinen großen Festsaal einem Vereine zur Feier einer Festlichkeit, so müssen rechtsgrundsätzlich die zu derartigen größeren Veranstaltungen bestimmten Räume auch nach den allgemein herrschenden Verkehrsanschauungen für das dort zusammenkommende Publikum verkehrssicher eingerichtet sein, so daß auf das Verhältnis des Wirtes zu seinen Gästen nicht lediglich vertragliche Haftungsgrundsätze, sondern auch die §§ 823 ff. (Schmerzensgeld) Anwendung finden.

ν. SächsOLG. **32** 474 (Dresden). Schadensklage gegen die Erben eines Gastwirts seitens eines Gastes, der im Gastlokale bei einem Exzesse von einem anderen Gaste körperlich verletzt worden ist. — Klagabweisung.

ξ. **RG.** R. **11** Nr. 2558. Die allgemein gehaltene Behauptung des Klägers, die ganze Treppe habe sich in einem höchst mangelhaften Zustande befunden, ohne daß er den Fehler angibt, der nach seiner Meinung seinen Sturz verursacht hat, reicht zur Klagebegründung nicht aus.

ο. ElsLothJZ. **11** 462 (Colmar). Haftung für eine unverwahrte Kelleröffnung im Trottoir; Haftung sowohl der Gemeinde, die den Verkehr auf der Straße eröffnete, als desjenigen, der schuldhaft die Öffnung unverwahrt ließ, auch wenn er nicht Eigentümer ist gemäß § 823 Abs. 2 oder § 367 Ziff. 12 StGB.

π. **RG. 76** 187, R. **11** Nr. 2327. Ein Landwirt, der auf seinem an der Straße gelegenen, jedermann zugänglichen und von Kindern der Nachbarschaft als Spielplatz benutzten Hofraum eine Dreschmaschine mit freiliegenden Kammrädern ohne Sicherungsmaßregeln stehen läßt, handelt fahrlässig. Er muß sich sagen, daß erfahrungsmäßig Kinder leicht verlockt werden, an den Rädern einer solchen Maschine zu drehen. Nicht genügend ist, daß er den Kindern den Aufenthalt zwischen den Maschinen verboten, sie auch schon unter Schlägen vom Hofe weggejagt hat.

ρ. **RG.** PrVerwBl. **33** 135, R. **11** Nr. 1739. Ist der Besitzer einer Badeanstalt auf die Gefährlichkeit glatter Marmorplatten durch wiederholte Unfälle aufmerksam gemacht worden, so kann er sich der Haftung für weitere Unfälle nicht durch die Entschuldigung entziehen, daß ihm die Platten von einer Autorität auf dem Gebiete des Badewesens besonders empfohlen seien. S. o. Ziff. 6 a ο.

σ. **RG.** JW. **11** 450, EisenbE. **27** 439. Die Baulichkeiten einer öffentlichen Verkehrsanstalt (Bahnhof) sind nicht auf eine Linie mit einem Privatgebäude zu stellen; sie sind nicht einem Verkehre des Publikums in der Weise des Wohnhauses eröffnet, sondern dem öffentlichen Verkehrsdienste geradezu bestimmt. Derartige Baulichkeiten müssen fortdauernd in kurzen zeitlichen Zwischenfäumen einer Nachprüfung des Befestigungszustandes unterzogen werden. Die regelmäßigen instruktionsmäßigen Baurevisionen haben dem Bedürfnisse nicht genügt.

c) Beleuchtungspflicht (JDR. **9** Ziff. 8 c, **8** Ziff. 8 c, **7** Ziff. 7 c).

α. **RG.** BadRpr. **11** 19. Beleuchtungspflicht des Hauseigentümers. Eigenes Verschulden des Verletzten. Wer ein fremdes Haus betritt, ist verpflichtet, mit der größten Vorsicht und mit besonderer Aufmerksamkeit auf den Fußboden zu gehen. Dieser Verpflichtung wird nicht durch Tasten an der Wand nachgekommen; der Verletzte hätte bei der herrschenden Dunkelheit vorfühlen sollen, ob er ungefährdet hätte weitergehen können.

β. HessRspr. **11** 177 (Darmstadt). Verpflichtung des Hauseigentümers zur Beleuchtung der Treppen im Hause, wenn er durch Vermietung einen Verkehr für andere darin eröffnet hat. Eigenes Verschulden des Verletzten.

γ. **RG.** R. **11** Nr. 3460. An die Beleuchtungspflicht eines Gastwirts auf dem Lande sind geringere Anforderungen als in der Stadt zu stellen.

d) Streupflicht (JDR. **9** Ziff. 8 d, **8** Ziff. 8 d, **7** Ziff. 7 d, **6** Ziff. 5 e, **5** Ziff. 7 f, **4** Ziff. 9 e, **3** Ziff. 9 c, **2** Ziff. 7 e, **1** Ziff. 9 f).

α. Observanz.

αα. **RG.** JW. **11** 1015. Der erkennende Senat hat in seinem Urteile vom 6. April 1911, Rep. VI. 207. 10 (abgedr. **RG. 76** 164 ff.) zu § 6 b und f der VO. vom 20. September 1867 über die Polizeiverwaltung in den neuerworbenen Landesteilen ausgeführt, daß es sich bei der Beseitigung von Schnee- und Eisglätte nicht um eine rein verkehrspolizeiliche Vorschrift im Sinne von § 6 b G. über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 (mit § 6 b jener VO. wörtlich übereinstimmend) handelt, sondern um eine unter § 6 f daselbst fallende ortspolizeiliche Vorschrift zur

Sorge für Leben und Gesundheit, und daß unter diesem Gesichtspunkte die Streupflicht rechtlich anders beurteilt werden müsse, als die mit ihr in dieser Hinsicht nur in äußerlicher Verbindung stehende Verpflichtung zur Straßenreinigung. Während die Straßenreinigung als solche nur Ordnung im Verkehre schaffen solle, diene das gegen Schnee- und Eisglätte gerichtete Streuen vor allem dazu, die menschliche Gesundheit vor Schaden zu bewahren. Hierfür sei aber ein Eingreifen der Gesundheits- und Gefahrspolizei wohl veranlaßt, und es könne daher eine, dem § 6 f G. vom 11. März 1850 gerecht werdende Polizeiverordnung, die dem Eigentümer, Besitzer oder gerichtlich bestellten Verwalter eines Grundstücks die positive Leistung des Streuens bei Schnee- und Eisglätte auferlege, nicht als unzulässig beanstandet, insbesondere ihre Gültigkeit nicht ausschließlich davon abhängig gemacht werden, wer gesetzlich die Straße zu reinigen und zu unterhalten habe. Während daher die aus dem Verkehrszwecke der öffentlichen Straßen sich ergebende Straßenreinigungspflicht der Gemeinde nach preußischem Polizeiverordnungsrechte durch bloße Polizeiverordnung auf die Anlieger nicht abgewälzt, sondern nur gegenüber zur Straßenreinigung bereits ortsrechtlich verpflichteten Personen nach Art und Maß näher geregelt werden könne, bedürfe es einer solchen ortsrechtlichen Grundlage für die polizeiliche Regelung der Streupflicht im dargelegten Umfange nicht. Von den gleichen Grundsätzen ist der erkennende Senat in seinem Urteile vom 22. Mai 1911, Rep. VI. 671. 09, in dem es sich um die Gültigkeit einer entsprechenden Bestimmung der Straßenpolizeiverordnung der Stadt Liegnitz vom 1. November 1892 handelte, ausgegangen, und ihnen ist auch der hier zu entscheidende Fall zu unterstellen. Da die Vorschrift im § 15 der Straßenpolizeiverordnung der Stadt Lennep vom 10. Oktober 1893 sich als eine Maßnahme der Gesundheits- und Gefahrspolizei im erörterten Sinne kennzeichnet, stellt sie eine für die Annahme der Streupflicht der Anlieger ausreichende Rechtsgrundlage dar, ohne daß es hierfür der Feststellung der von der Beklagten behaupteten Observanz bedarf. Ist aber die Streupflicht bei Winterglätte zulässigerweise den Anliegern auferlegt worden, so besteht eine solche auf seiten der Beklagten nicht.

ββ. **RG.** JW. **11** 323. Streupflicht infolge dauernder gleichförmiger Übung des Streuens aus Rechtsüberzeugung angenommen. Die Bildung einer Observanz ist so lange ausgeschlossen, als die Beteiligten bei Vornahme der betreffenden Handlungen davon ausgehen, daß sie lediglich durch Polizeiverordnungen dazu verpflichtet seien und ausschließlich unter dem Zwange dieser handeln. Ebenso hindert ein tatsächlicher oder rechtlicher Irrtum die Entwickelung eines Gewohnheitsrechts aus der Übung anerkanntermaßen so lange, als er allein der Beweggrund der Übung ist. Andererseits ist es möglich, daß auch in derartigen Fällen eine vielleicht ursprünglich rechtsirrtümlich entstandene Übung unter Umständen die Quelle einer Observanz wird. Es kann nämlich im Laufe der Jahre die ursprüngliche Veranlassung des Tuns im Bewußtsein der Übenden völlig schwinden und an ihre Stelle allmählich die Überzeugung von der rechtlichen aus den Umständen geschöpften Notwendigkeit treten. Für ein Handeln aus Rechtsüberzeugung ist nicht notwendige Voraussetzung, daß der Handelnde sich bewußt ist, er handele in Befolgung eines bestehenden positiven Rechtssatzes; es genügt auch schon ein Handeln aus dem Gefühle heraus, man sei zum Streuen verpflichtet, damit niemand Schaden nehme.

γγ. **RG.** JW. **11** 547, R. **11** Nr. 2140. Zur Bildung einer Observanz dahin, daß die anliegenden Hauseigentümer bei Glatteis zum Bestreuen des Bürgersteigs verpflichtet sind, ist nicht erforderlich, daß die Streuenden sich bewußt sind, in Befolgung eines bestehenden positiven Rechtssatzes zu handeln. Es genügt, wenn sie auch nur aus dem Gefühle heraus handeln, sie seien zum Streuen verpflichtet, damit niemand Schaden nehme, und wenn der in der Annahme einer solchen Verkehrs-

pflicht liegende Rechtsgedanke sich durch allgemeine Übung zu einer allgemeinen Rechtsüberzeugung verdichtet hat.

δδ. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 1165, BreslauAK. **11** 67. Pflicht der Anlieger zur Beseitigung der Winterglätte auf der Straße. Bei der Beseitigung von Schnee und Eis handelt es sich nicht um ein reine verkehrspolizeiliche Vorschrift im Sinne des § 6 b PrG. über die Polizeiverwaltung, sondern vielmehr um eine unter § 6 f das. fallende ortspolizeiliche Vorschrift zur Sorge für Leben und Gesundheit. Unter diesem Gesichtspunkte muß die Streupflicht rechtlich anders beurteilt werden als die mit ihr in dieser Hinsicht nur in äußerlicher Verbindung stehende Verpflichtung zur Straßenreinigung: während die Straßenreinigung als solche nur Ordnung im Verkehre schaffen soll, dient das gegen die Schnee- und Eisglätte gerichtete Streuen vor allem dazu, die menschliche Gesundheit vor Schaden zu bewahren. Während die aus dem Verkehrszwecke der öffentlichen Straßen sich ergebende Straßenreinigungspflicht der Gemeinde (KG., KGJ. **24** 47) nach preuß. Polizeiverordnungsrechte (§ 16 G. vom 11. März 1850, § 13 VO. vom 20. September 1867) durch bloße Polizeiverordnung nicht auf die Anlieger abgewälzt, sondern nur gegenüber zur Straßenreinigung bereits ortsrechtlich verpflichteten Personen nach Art und Maß näher geregelt werden kann, bedarf es einer solchen ortsrechtlichen Grundlage für die polizeiliche Regelung der Streupflicht im dargelegten Umfange nicht. — Vgl. BreslauAK. **11** 87 (Breslau).

εε. **RG.** PrVerwBl. **32** 570, R. **11** Nr. 1298. Eine Streupflichtobservanz kann sich auch unter der Herrschaft einer Polizeiverordnung bilden. Die Übung der Beteiligten kann sehr wohl auf gemeinsamer Rechtsüberzeugung beruhen, auch wenn sie damit der Polizeiverordnung nachkommen, wofern sie nur zugleich in der Meinung handeln, daß die Verpflichtung nicht erst durch die Polizeiverordnung auferlegt sei, vielmehr ohnehin bestehe, daß es von alters her so Recht und Brauch gewesen sei, die Polizeiverordnung nur schon bestehendes Recht näher geregelt habe. Es ist sogar möglich, daß eine ursprünglich vielleicht rechtsirrtümlich entstandene, etwa auf eine an sich unzulässige Polizeivorschrift gestützte Übung zur Quelle einer Observanz wird, wenn nämlich im Laufe der Jahre die anfängliche Veranlassung des Handelns im Bewußtsein der Beteiligten schwindet und an ihre Stelle allmählich die Überzeugung von der rechtlichen Notwendigkeit tritt. Von Bedeutung ist es dabei auch, wenn die Anlieger das Streuen widerspruchslos besorgt hatten.

β. **RG.** R. **11** Nr. 3465. Das Streuen kann im allgemeinen einem tüchtigen und zuverlässigen Dienstmädchen anvertraut werden, es sei denn, daß es anderweit überlastet ist. Ein Schluß aus der mehrjährigen tadellosen Erfüllung der Streupflicht auf die Eignung und Fähigkeit der beauftragten Person ist zulässig (§ 286 ZPO.). Von Bedeutung ist ferner der Umstand, daß das Dienstmädchen nicht auf ihre eigenen Kräfte allein angewiesen war, sondern die Kutscher mit den Arbeiten beauftragen konnte, also nicht selbst kehren und streuen mußte, sich vielmehr darauf beschränken konnte, die Notwendigkeit dieser Maßregeln festzustellen und die Ausführung anderen zu übertragen. Auch der von der Revision hervorgehobene Umstand kann Bedeutung gewinnen, daß sich nach den Zeugenaussagen die Frau des Beklagten um die Arbeiten gekümmert und durch Anweisungen an die Kutscher eingegriffen hat.

γ. **RG.** JW. **11** 649. Bei der Streupflicht handelt es sich nicht um eine rein verkehrspolizeiliche Vorschrift im Sinne des § 6 b G. vom 11. März 1850, sondern vielmehr um eine unter § 6 f das. fallende ortspolizeiliche Vorschrift zur Sorge für Leben und Gesundheit. S. ob.

δ. **RG.** R. **11** Nr. 3462. Dem Streupflichtigen ist eine angemessene Frist zum Streuen nach Beendigung des Schneefalls zu lassen.

ε. SächsOLG. **32** 381, SeuffA. **66** 98 (Dresden). Ausgleiten in einem Hausflure während eines Schneewetters auf hereingetragenem Schnee. Während Schneewetter herrscht, braucht der Hausflur nicht ständig beobachtet und von hereingewehtem oder hereingetragenem Schnee nicht sofort wieder beseitigt zu werden. — Eigenes Verschulden des Verletzten, der den neben der Türe befindlichen Schuhabtreter nicht benutzt hat.

ζ. **RG.** JW. **11** 824. Ein Weg, auf dem bei Kälte Glatteis entsteht, muß durch Bestreuen mit abstumpfendem Materiale verkehrssicher gemacht werden, wenn er den an die Beschaffenheit des Ausganges zu stellenden Anforderungen genügen soll.

η. **RG.** WarnE. **11** 191. Wenn jemand bei Winterglätte auf einem Bahnsteige zu Falle kommt, so ist dies kein anderer Vorgang, als wenn er infolge von Glätte auf der Straße stürzt; es handelt sich um eine allgemeine, durch die Wetterverhältnisse des Winters bedingte Verkehrsgefahr, nicht um eine vom Eisenbahnbetriebe herkommende Gefahr.

ϑ. **RG.** PrVerwBl. **32** 750, R. **11** Nr. 729. Wer bei Glatteis stürzt, hat nur zu beweisen, daß während eines längeren Zeitraums trotz des Glatteises nicht gestreut ist.

ι. **RG.** R. **11** Nr. 1126. Kommt ein Straßenpassant auf einer von spielenden Kindern während des Schneefalls frisch hergestellten Schlitterbahn zu Falle, so fehlt es zwischen dem Unfall und dem Nichtstreuen des Hausbesitzers an dem Kausalzusammenhange.

κ. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 970, PrVerwBl. **32** 750, R. **11** Nr. 723. Der Unternehmer, der einer großen Zahl von Hausbesitzern die Erfüllung der Streupflicht gegen Entgelt abnimmt, muß wegen der Gefahren für den Verkehr, die aus der mangelhaften Erfüllung seiner Aufgabe entspringen können, gesteigerte Sorgfalt in allen Einrichtungen und in der Beaufsichtigung seines Betriebs beobachten. Ist aber sein Betrieb sachgemäß geordnet, hat er fleißige und verlässige Leute in genügender Zahl eingestellt, ihnen geeignete Anweisungen gegeben und deren Befolgung regelmäßig in angemessenen Zwischenräumen kontrolliert, sind keine Beschwerden wegen Lässigkeit seiner Arbeiter laut geworden, so kann ihm daraus, daß er an irgendeinem Tage, wo, wie mutmaßlich des öfteren im Winter, gegen Abend Eisglätte in Aussicht stand, nicht noch einmal nachgesehen und das Streuen anbefohlen hat, keine Verletzung der Aufsichtspflicht zum Vorwurfe gemacht werden. Allerdings gehörte zu den Anordnungen des Beklagten, daß er seine Vorarbeiter anwies, das Wetter zu beobachten, insbesondere auf einen sich anzeigenden Witterungswechsel, der Glätte bringen könne, zu merken, damit sie, sobald diese sich einstellte, ungesäumt mit dem Streuen beginnen konnten.

λ. **RG.** R. **11** Nr. 3461. Wenn auch im allgemeinen eine Rechtspflicht der Eigentümer ländlicher Grundstücke, das Glatteis auf ihren Höfen zu beseitigen, nicht ohne weiteres anerkannt werden mag, so kann doch von der Besitzerin eines landwirtschaftlichen Gutes verlangt werden, an einem Tage, an dem sie zahlreiche Gäste zu einer Hochzeit in ihrem Hause erwartete und zu begrüßen hatte, den als Zugang zum Hause dienenden Hof verkehrssicher zu halten und bei Glatteis bestreuen zu lassen.

μ. **RG.** JW. **11** 583. Die Verpflichtung zum Streuen kommt erst dann in Frage, wenn sich nach dem Schneefall eine gefährliche Glätte einstellt. Verpflichtung in einer Stadtgemeinde zum Streuen insbesondere an den Sonnabendnachmittagen. Bereitschaft der Feuerwehr.

ν. BadRpr. **11** 265 (Karlsruhe). Haftung einer Stadtgemeinde wegen unterbliebenen Streuens bei Glatteis.

ξ. SächsRpflA. **11** 256 (Dresden). Über die Verpflichtung einer Landgemeinde zum Streuen bei Glatteis.

ο. **RG.** PrVerwBl. **33** 115. Schadensersatzklage gegen eine Stadtgemeinde aus

einem Unfalle, der durch Unterlassung einer Beseitigung von Winterglätte auf einem dem öffentlichen Verkehr innerhalb der Stadt dienenden Wege entstanden ist. Die Stadtgemeinde hat ihre Schuldlosigkeit nachzuweisen.

π. BayRpflZ. **11** 31 (BayVerwGerH.). Nach bayerischem Rechte ist der Bürgermeister verpflichtet, das Bestreuen der Ortsstraßen bei Glatteis herbeizuführen. Er verletzt eine Amtspflicht gegenüber einem Dritten, wenn er das unterläßt. Es macht nichts aus, ob die Streupflicht der Gemeinde oder einer anderen Person obliegt. Im letzteren Falle hat der Bürgermeister dafür zu sorgen, daß der Verpflichtete seiner Verbindlichkeit nachkommt, gegebenenfalls hat er eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen, bis zur Entscheidung des Streites aber den Weg einstweilen für Rechnung der Gemeinde bestreuen zu lassen.

ρ. **RG.** RheinA. **108** 341 = JDR. **9** § 823 Abs. 1 Ziff. 8 d ϰϰ (290).

σ. **RG.** BreslauAK. **11** 67. Über die Pflicht der Anlieger zur Beseitigung der Winterglätte auf der Straße.

τ. **RG.** JW. **11** 980. Richtig ist, daß die Unterlassung einer durch Polizeivorschrift gebotenen Tätigkeit zunächst regelmäßig die tatsächliche Folgerung begründen wird, jene Unterlassung beruhe auf einem Verschulden: dem Beklagten liegt dann der Beweis ob, daß er dasjenige getan habe, was geeignet war, die Ausführung der Vorschrift zu sichern, oder welche besonderen Umstände ihn gegenüber dem Vorwurfe des Verschuldens entlasten. Richtig ist, daß dem Hausbesitzer in Fällen, wo auf Tauwetter wieder Frost eintritt und Glätte hervorruft, eine gewisse Frist zum Streuen gelassen werden muß, deren Länge sich nach den Umständen des einzelnen Falles richtet.

υ. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 970, PrVerwBl. **32** 750, R. **11** Nr. 722. Ein Straßenreinigungsunternehmer wird nicht dadurch entlastet, daß der Hausbesitzer bei Säuberung der Straße, als es taute, das Streumaterial mit hat entfernen lassen. Denn der Beklagte hat damit rechnen müssen, daß der Inhaber eines offenen Geschäfts nicht dulden werde, daß eine Schmutzmasse vor dem Eingange liegen bleibe und von den Besuchern in die Geschäftsräume getragen werde. Außerdem wäre das Streumaterial, da die darunter befindliche Schnee- oder Eiskruste getaut und es darauf geschneit oder geregnet hat, unwirksam geworden und hätte der Erneuerung bedurft.

e) Posthaftpflicht (JDR. **9** Ziff. 8 f, **8** Ziff. 8 e, **7** Ziff. 7 c, **5** Ziff. 7 h, **4** Ziff. 9 g, **3** Ziff. 7 g).

f) Ersatzansprüche aus Betrieben und Anlagen (JDR. **9** Ziff. 8 g, **7** Ziff. 7 f, **6** Ziff. 5 h, **5** Ziff. 7 c, **4** Ziff. 9 h).

α. HansGZ. **11** Beibl. 185 (Hamburg). Über die Haftung des Staates für Beschädigung einer Spiegelscheibe bei Pflasterarbeiten auf der Straße. Entlastung des Staates, wenn er sich bei Auswahl der die Arbeiten ausführenden Unternehmer auf die im § 831 erforderte Sorgfalt berufen kann.

β. WürttJ. **23** 137 (Stuttgart). Haftung des Staates für das Verschulden eines Beamten bei der Beaufsichtigung von Sprengarbeiten in einem öffentlichen Flusse.

γ. Eisenbahnbetrieb.

αα. SchlHolstAnz. **11** 118 (Kiel). Die Eisenbahnverwaltung haftet aus § 823 für die Sicherheit des von ihr auf dem Bahnkörper zugelassenen Verkehrs. Sie haftet für die Sicherheit der Menschen und Tiere auf dem Bahnkörper, die sich behufs Vornahme der in ihrem Auftrag auszuführenden Bauarbeiten auf demselben aufhalten, denen sie also das Betreten desselben gestattet hat; und zwar haftet sie aus demselben rechtlichen Gesichtspunkt, aus dem die Haftung der Gastwirte, der Hauseigentümer, der Gemeinden usw. bei Unfällen begründet ist, nämlich deshalb, weil sie für die Verkehrssicherheit des Bahnkörpers eintreten muß, wenn sie denselben

oder doch die in unmittelbarer Nähe der Eisenbahnschienen befindlichen Teile für das Betreten von Menschen und Tieren freigegeben hat.

ββ. RheinA. **108** 292 (Cöln). Die Eisenbahnverwaltung verletzt die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht, wenn sie an einem Übergang eine Abschrankung und Bewachung nicht einrichtet, nachdem die Aufsichtsbehörde solche Maßnahmen trotz eingehender Prüfung nicht für notwendig erachtet hat und eine wesentliche Änderung der Verkehrsverhältnisse an jener Stelle bis zu dem Unfalle nicht eingetreten ist.

δ. Straßenbahnbetrieb.

RG. SeuffA. **66** 348, EisenbE. **28** 53, JW. **11** 95, R. **11** Nr. 325. Hat ein Straßenbahnunternehmer sich der Stadt gegenüber verpflichtet, das Straßenpflaster an den Gleisen in ordnungsmäßigem Zustande zu erhalten, so haftet er auch Dritten gegenüber für den ordnungsmäßigen Zustand des Pflasters.

ε. Kleinbahnbetrieb.

RG. R. **11** Nr. 3316. Die Verwaltung einer Kleinbahn wird dadurch, daß die Aufsichtsbehörde eine bestimmte Geschwindigkeit zuläßt und genehmigt, nicht der eigenen Erwägung enthoben, ob sich die Geschwindigkeit mit der Sicherheit des Verkehrs verträgt. Andererseits folgt daraus, daß die Aufsichtsbehörde nachträglich die zuerst zugelassene Geschwindigkeit herabsetzt, noch nicht ein Verschulden der Kleinbahn, wenn diese bis dahin an der zunächst zugelassenen Geschwindigkeit festgehalten hat.

ζ. Anlagen und Bauten von Stadtgemeinden.

αα. **RG.** WarnE. **11** 193. Eine Stadtgemeinde ist nicht befugt, die Verantwortung für die Sicherheit des Verkehrs auf Straßen und Plätzen auf den Unternehmer abzuwälzen, dem sie die Ausführung von öffentlichen Arbeiten übertragen hat. Die Fürsorge hierfür ist ihre eigenste Verpflichtung, aus welcher folgt, daß, wenn der Unternehmer (wie hier) vertraglich Beleuchtung, Sperr- und sonstige Sicherheitsvorkehrungen übernommen hat, die Gemeinde die Aufsicht führen muß, daß diese Vertragsobliegenheiten auch erfüllt werden (**RG.** VI. 123. 05, 249. 07, 466. 07).

ββ. SächsOLG. **32** 477 (Dresden). Haftung einer Stadtgemeinde für einen in ihrem Krankenhaus eingetretenen Unfall, der auf ungenügende allgemeine Anordnungen zurückzuführen ist.

γγ. **RG.** BadRpr. **11** 175. Schadensersatzpflicht einer Gemeinde, die im Schlachthausbetriebe bei der Beschaffung der Vorrichtungen oder Leitung der Ausführung der Verrichtungen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht beobachtet hat.

η. Bauunternehmer.

αα. **RG.** R. **11** Nr. 495. Wird durch Ausschachtungsarbeiten eine innere Absteifung des Nachbargebäudes erforderlich, so wird der Bauunternehmer von seiner Haftbarkeit für voraussehbare Schädigungen des Nachbargebäudes nicht schon dadurch befreit, daß er den Nachbar zur Vornahme der Absteifungen auffordert. Bei untätigem Verhalten des Nachbarn darf er nicht den Dingen freien Lauf lassen, sondern muß die Durchführung des einzigen Abwehrmittels mit allen Kräften versuchen, nötigenfalls die Polizei anrufen.

ββ. **RG.** R. **11** Nr. 322. Den Bauunternehmer, der auf öffentlichen Straßen Ausschachtungsarbeiten vornimmt, trifft keine Verkehrssicherungspflicht in bezug auf die nach Beendigung seiner Arbeit notwendig zurückbleibenden Erderhöhungen, die dazu bestimmt sind, zur Ausgleichung des nachsinkenden Erdreichs zu dienen. Die Verpflichtete ist hier die Stadtgemeinde.

ϑ. **RG.** JW. **11** 666. Über Schadensersatz der Bergwerksbesitzer.

ι. ElsLothJZ. **11** 449 (Colmar). Über Schadensersatz für öffentliche Arbeiten (ElsLoth. Recht).

g) α. **RG.** JW. **11** 487. Haftung des Reichsmilitärfiskus für nicht gehörige Aufsicht eines Regimentskommandeurs über den Krümperfuhrwerks-

betrieb. Durch einen mit einer unbrauchbaren Laterne versehenen Krümperwagen war der Kläger überfahren worden. Wie eine allgemeine Aufsichtspflicht des Geschäftsherrn für den ganzen Umfang seines Geschäftsbetriebs besteht, auch wenn er die einzelne Verrichtung oder einen Kreis von Verrichtungen Angestellten übertragen und bei deren Auswahl die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, so hat auch dem Regimentskommandeur eine allgemeine Aufsicht über den Krümperfuhrwerksbetrieb obgelegen. Der Regimentskommandeur hat in größeren Zwischenräumen persönlich nachzuschauen.

β. Über die Haftung des Reiches für ein Verschulden der Besatzung von Kriegsschiffen Hertz, GruchotsBeitr. **55** 39.

h) **RG.** R. **11** Nr. 1742. Der Besteller des Abbruchs und Neubaues eines Hauses haftet dem Nachbarn für die in dessen Hause entstandenen Risse, wenn er sich damit begnügt, die fortgesetzten Anzeigen des Nachbarn seinem Baumeister weiterzugeben.

i) **RG.** R. **11** Nr. 3315. Erfährt ein Bauherr, daß der von ihm bestellte Bauunternehmer in der arbeitsfreien Zeit den Neubau nach der Richtung, daß für Dritte kein Schaden entsteht, nicht ordnungsmäßig überwacht, so ist er selbst verpflichtet, für zweckdienliche Sicherungsmaßregeln zu sorgen.

k) Fuhrwerksbetrieb.

α. HessRspr. **12** 19 (Darmstadt). Verschulden im Fuhrwerksbetriebe durch zu hohe Belastung eines Wagens und unrichtige Ladungsanordnung. Voraussehbarkeit des Zusammenbruchs des Wagens.

β. HessRspr. **11** 153 (Darmstadt). Zusammenstoß im Fuhrwerksbetriebe durch Anfahren eines hinteren Wagens gegen den vorderen.

l) Aufsichtspflicht.

α. **RG.** JW. **11** 487. Aufsichtspflicht nach § 823; Gegensatz zu § 831. Aus § 831 ergibt sich eine Verpflichtung des Geschäftsherrn zur Beaufsichtigung der Ausführung der Verrichtung, soweit er diese nicht in besonderen Fällen zu leiten hat, nicht. Dagegen trifft die für die Beobachtung der Polizeivorschriften verantwortliche Person, falls sie die Ausführung der Schutzmaßregeln zur Sicherung des Verkehrs Dritten überläßt, eine nach § 823 zu beurteilende Pflicht der Aufsicht, wenn auch selbstverständlich nicht hinsichtlich jedes einzelnen Aktes der Ausführung der übertragenen Tätigkeit, so doch eine allgemeine Pflicht der Aufsicht, deren Maß und Umfang sich nach den Umständen des Einzelfalls richtet; denn sie hat alles zu tun, was geeignet ist, die Ausführung des Schutzgesetzes zu sichern, und kann sich daher nicht damit allein entschuldigen, daß sie bei der allgemeinen Übertragung der Verrichtung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe. Mit der Betätigung dieser Aufsichtspflicht darf sie auch nicht warten, bis Umstände zu ihrer Kenntnis gelangt sind, die Zweifel in die Zuverlässigkeit des Angestellten erwecken müssen.

β. **RG.** **75** 251, JW. **11** 219. Verletzung der dem Vater oder der Mutter gegenüber den Kindern obliegenden Fürsorge- und Aufsichtspflichten. Wie die Verletzung von Vertragspflichten zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllen und die Verpflichtung zum Schadensersatz aus dieser für den geschädigten Vertragsteil begründen kann (**RG.** JW. **08** 432, **10** 148, 748), so auch die Verletzung familienrechtlicher Fürsorgepflichten, wenn sie gleichzeitig eine Verletzung der allgemeinen Rechtspflichten enthält, die jedermann gegen jeden obliegt. Wenn ein Vater eine gefährliche Maschine unverwahrt an einem Orte aufstellt oder stehen läßt, wo seine unerwachsenen Kinder verkehren, der Maschine nahekommen und sich verletzen können, so ist er seinem Kinde gegenüber wegen einer durch diese Fahrlässigkeit ihm zugefügten Körperverletzung genau ebenso aus unerlaubter Handlung verpflichtet, wie er dies einem fremden Kinde gegenüber sein würde, dem, wie er wußte oder wissen mußte, der Raum, wo die Maschine stand, zugänglich war.

γ. MecklZ. **29** 203 (Rostock). Schadensersatzpflicht des Vaters wegen nicht gehöriger Aufsichtsführung über sein Kind. Verletzung eines anderen Kindes durch eine Pistole (sog. Eurekapistole). Der Beklagte kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, daß die Eurekapistolen im Verkehr als harmlos angesehen würden. Was von den Fabrikanten oder Kaufleuten zur Reklame angegeben wird, durfte für die Erwägungen des Beklagten nicht maßgebend sein. Er durfte sich auch dabei nicht beruhigen, daß andere Eltern ihre Kinder mit Eurekapistolen auf der Straße spielen ließen.

δ. **RG.** R. **11** Nr. 1737. Hat der Großvater der Mutter seines kleinen Enkels versprochen, auf das Kind achtzugeben, so haftet er bei einem Unfalle des Kindes nicht aus einem Vertrage, sondern deliktisch.

ε. SchlHolstAnz. **11** 72 (Kiel). Anspruch eines Kindes auf Schmerzensgeld wegen gröblicher Vernachlässigung in körperlicher Pflege und dadurch herbeigeführte Gesundheitsbeschädigung.

ζ. **RG.** SeuffA. **66** 348, JW. **11** 95, R. **11** Nr. 329. Neben der im § 831 BGB. erwähnten Leitung einer einzelnen Verrichtung besteht für den Geschäftsherrn auch eine allgemeine Überwachungstätigkeit hinsichtlich seiner Angestellten.

η. Über Schadensersatzpflicht bei Verletzung der aus den persönlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern sich ergebenden Pflichten s. bei § 1664 (Aufsatz von Strupp, SeuffBl. **11** 223 ff.).

m) Haftung der Rechtsanwälte.

α. R. **11** Nr. 327 (Cöln). Ein Rechtsanwalt, der als Prozeßbevollmächtigter eines Gläubigers einem Dritten, nicht dem Schuldner gehörige Sachen pfänden und versteigern läßt, ist nach § 823 BGB. dem Eigentümer haftbar, wenn er wußte oder den Umständen nach annehmen mußte, daß die Pfandstücke nicht Eigentum des Schuldners waren. Erklärt der Schuldner dem Rechtsanwalte, daß die Pfandstücke nicht ihm, sondern einem Dritten gehörten, so kann natürlich der Rechtsanwalt Glaubhaftmachung des Eigentums des Dritten verlangen. Tut er das aber nicht, obwohl der Schuldner ihm erklärt, er komme im Auftrage des Eigentümers, der Einspruch gegen die Zwangsvollstreckung erheben wolle, so kann er dem ihn haftbar machenden Eigentümer gegenüber nicht einwenden, dieser habe sich den Schaden selbst zuzuschreiben, weil er die Geltendmachung seiner Rechte durch Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung unterlassen habe.

β. R. **11** Nr. 1933 (Hamburg). Hat ein Rechtsanwalt im Offenbarungseidverfahren einen Schuldner verhaften lassen, obwohl der vom Rechtsanwalte beauftragte Referendar mit dem Schuldner einen Vergleich geschlossen hatte, so ist der Rechtsanwalt schadensersatzpflichtig. Der Rechtsanwalt kann sich auch nicht mit Unkenntnis des Vergleichs entschuldigen; denn er hätte den Referendar auf Erledigung des Auftrags kontrollieren und nach dem Ergebnisse des Termins sich erkundigen müssen. Diese Pflicht bestand auch dem Schuldner gegenüber.

γ. R. **11** Nr. 2560 (Hamburg). Der Anwalt, der trotz Fristgewährung den Schuldner verhaften läßt, ist für den dadurch erwachsenen Schaden dem Schuldner verantwortlich, auch wenn der ihn vertretende Referendar die Frist bewilligt und unterlassen hatte, den Haftauftrag zurückzuziehen.

n) **RG.** R. **11** Nr. 493. Schreibt eine Polizeiverordnung die Anbringung einer Schutzvorrichtung an einer gefährlichen Maschine vor, so wird der Unternehmer nicht schon dadurch von seiner Haftung befreit, daß die von ihm beobachteten Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaft die Schutzvorrichtung nicht vorschreiben.

o) **RG.** R. **11** Nr. 3317. Wird durch den Rückstau eines Baches die Leistungsfähigkeit einer Mühle beeinträchtigt und dadurch für den Mühlenbesitzer ein Verdienst-

ausfall herbeigeführt, so liegt nicht lediglich eine allgemeine Vermögensbeschädigung, sondern die Verletzung eines unter § 823 Abs. 1 fallenden Rechtes vor.

p) **RG.** R. **11** Nr. 53. Kann der Gläubiger voraussehen, daß durch die Ableitung des Laugenwassers das Eigentum der das Flußwasser zu persönlichen und gewerblichen Zwecken benutzenden Anlieger geschädigt werden könne, so wird das Verschulden nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Geschädigte das Wasser unbefugt benutzt.

q) **RG.** HansGZ. **11** Beibl. 277, WarnE. **11** 264. Die Leitung eines Krankenhauses ist nicht verpflichtet, Personen, welche ein dort geborenes Kind in Pflege nehmen wollen, über den Gesundheitszustand des Kindes oder seiner Mutter aufzuklären.

r) SächsRpflA. **11** 49 (Dresden). Kein Ersatzanspruch des geschiedenen Ehegatten gegen den für schuldig erklärten Gatten wegen der für ihn aus der Scheidung entstehenden wirtschaftlichen Nachteile.

s) BankA. **10** 304 (KG.). Hat eine Bank einen Inhaberscheck in Zahlung genommen, so erwirbt sie Eigentum an ihm auch in dem Falle, daß ihr Vormann wegen Verschwendung entmündigt war und den Scheck vom Aussteller durch eine unerlaubte Handlung erlangt hatte. Der Aussteller macht sich deshalb seinerseits einer unerlaubten Handlung schuldig, wenn er sich unter dem Vorwande, eine unzureichende Unterschrift ergänzen zu wollen, den Scheck von der Bank wieder aushändigen läßt und ihn alsdann nach Durchstreichung seiner Unterschrift zurückgibt. An Stelle des in Wegfall geratenen Regreßanspruchs erwächst der Bank gegen den Aussteller auf Grund dieses seines Verhaltens ein Schadensersatzanspruch gemäß § 823.

t) **RG.** R. **11** Nr. 3814, DJZ. **11** 1559. Die Feststellung der Gefahr, daß die spielenden Kinder heftig zusammenstoßen und stürzen können, reicht allein nicht aus, um den aufsichtspflichtigen Lehrer zu einer so hochgradigen Sorgfalt für verpflichtet zu erklären, daß er das Spiel durch persönliches Einschreiten hätte hindern müssen.

u) **RG.** R. **11** Nr. 3811. Wer eine Sache erwirbt, braucht an und für sich nicht für die Wahrung eines zeitlich früher zur Sache Berechtigten zu sorgen.

v) A u t o m o b i l h a f t p f l i c h t (JDR. **9** Ziff. 8 z, **8** Ziff. 8 q, **7** Ziff. 1, **6** Ziff. 5 cc; s. unten § 831 und AutomobilhaftpflG.).

α. **RG.** SeuffBl. **11** 430, EisenbE. **28** 72, JW. **11** 218. Eine rechtliche Verpflichtung des Insassen eines Fahrzeugs, fortwährend auf den Lenker desselben zu achten, kann nicht anerkannt werden. Eine ständige Beaufsichtigung des Leiters eines Fahrzeugs durch den mitfahrenden Eigentümer oder gar eine Leitung der Verrichtungen des Kutschers oder Chauffeurs durch ihn ist nirgends geboten. Häufig würden auch dem Eigentümer oder dem zur Verfügung über das Fahrzeug berechtigten Insassen desselben die nötigen technischen Kenntnisse hierzu fehlen. Es ist lediglich Sache des Besitzers des Automobils oder Fuhrwerkes, zur Führung desselben eine geeignete, zuverlässige und erprobte Persönlichkeit auszusuchen; dieser kann er alsdann die selbständige Leitung des Fahrzeugs überlassen. Etwas anderes ist die a l l g e m e i n e Aufsichtspflicht, die jedem Geschäftsherrn über seine Angestellten und ihre Dienstverrichtungen obliegt und die ihn bei Wahrnehmung von Fehlern der Angestellten zum Einschreiten verpflichtet, widrigenfalls er sich aus § 823 verantwortlich machen kann. Dieser Aufsichtspflicht hatte der Beklagte dadurch genügt, daß er sich vor Antritt der Rückfahrt von der Nüchternheit des Chauffeurs überzeugt und ihn zur Vorsicht auf der Rückfahrt ermahnt hatte. Der Beklagte hatte unterwegs keine Veranlassung, den Chauffeur zu beobachten und sein Augenmerk darauf besonders zu richten, ob derselbe den Polizeivorschriften auch gehörig nachkomme. Vielmehr hätte es dem Beklagten in keiner Weise verargt werden können, wenn er sich der Unterhaltung mit seinem Begleiter gewidmet und den Chauffeur

dabei gar nicht beachtet oder wenn er sich während der nächtlichen Rückfahrt dem Schlafe überlassen hätte.

β. **RG.** JW. **11** 41, EisenbE. **27** 330, R. **11** Nr. 52. Der im Innern eines geschlossenen Kraftwagens sitzende Halter desselben kann sich zwar in der Regel auf seinen bewährten Führer verlassen, bei besonders gefährlichen Verhältnissen muß er aber unter Umständen auch selbst eingreifen.

γ. **RG.** JW. **11** 40. Über das Verschulden des hinter dem Chauffeur sitzenden Eigentümers. Nichtanhalten des Automobils bei Gefahr des Zusammenstoßes.

δ. RheinA. **108** 292 (Cöln). Ein eigenes Verschulden des Automobilfahrers liegt nicht darin, daß er vor Antritt der Fahrt in eine ihm unbekannte Gegend von einem genauen Kartenstudium bezüglich der zu überquerenden Eisenbahnkörper abgesehen hat. Wenn er akustische Warnungssignale der Eisenbahn infolge des Motorgeräusches nicht vernimmt, so liegt darin ein die Betriebsgefahr der Eisenbahn erhöhendes Moment, aber kein Verschulden des Automobilfahrers.

ε. **RG.** R. **11** Nr. 990. Sieht der Automobilfahrer, daß der vom Wagen abgestiegene Kutscher das ruhig stehende Pferd am Kopfe hält, so kann er annehmen, daß es vor dem Scheuwerden gesichert und beruhigt ist, und daß er mit zulässiger Geschwindigkeit ohne Gefahr für die Insassen des Wagens vorbeifahren kann.

ζ. KGBl. **11** 99 (KG.). Haftung des Mitfahrenden, der die Stelle eines Dienstherrn des Chauffeurs einnimmt, für den Schaden, der aus einer Unvorsichtigkeit des Chauffeurs entstanden ist, weil er nicht trotz Erkennens der Gefahr in die Automobilführung des Chauffeurs eingegriffen hat.

η. SchlHolstAnz. **11** 75 (Kiel). Haftung eines Autobesitzers für den Schaden, den ein aus Gefälligkeit Mitgenommener infolge unvorsichtigen Fahrens des ersteren erlitten hat. Stillschweigender Verzicht nicht angenommen. Gegen stillschweigenden vertraglichen Ausschluß der Haftung spricht die Tatsache, daß der Autobesitzer gegen Unfälle der hier fraglichen Art versichert war.

ϑ. ElsLothJZ. **11** 304 (Colmar). Unfall durch Vorüberfahren eines Autos an einem Fuhrwerke. Feststellung, daß der Autoführer alles getan hat, um den Führer des Fuhrwerkes auf das Herannahen des Autos aufmerksam zu machen.

ι. **RG.** JW. **11** 28, EisenbE. **27** 316. Ausschluß der Haftung des Automobillenkers s. oben §§ 823 ff. Ziff. 6 a.

w) **RG.** JW. **11** 324, EisenbE. **28** 82. Rücksichtsloses Verhalten eines Wagenführers, der weiterfährt, obwohl er den Sturz eines Menschen bemerkt hat, gewährt einen Rückschluß auf die Gesinnung, von der der Wagenführer bei seiner Handlungsweise vor dem Unfalle sich hat leiten lassen, und daraus auf diese Handlungsweise selbst.

x) **RG.** R. **11** Nr. 3463. Eine Stadtgemeinde handelt fahrlässig, wenn sie bei ungeklärter Rechtslage den im öffentlichen Interesse eingenommenen, einen anderen schädigenden Standpunkt weiter aufrechterhält, obschon sie mit der naheliegenden Möglichkeit seiner Unrichtigkeit rechnen mußte.

y) HansGZ. **11** Beibl. 229 (Hamburg). Darin, daß ein Verleger sich weigert, jemanden in seinem genealogischen Jahrbuch aufzuführen oder seine Zugehörigkeit zu einem bestimmten Adelsstand anzuerkennen, ist eine unerlaubte Handlung, die den Gerichtsstand auch an dem Orte der Verbreitung begründen könnte, nicht zu erblicken.

z) **RG.** R. **11** Nr. 3311. Wenn der Wirt die zwangsweise Entfernung eines Gastes veranlaßt, muß er sich auch um die Art der Ausführung kümmern.

aa) Seiferth, R. **11** 258, teilt einen Fall mit, in welchem ein im Schwurgerichtsverfahren Verurteilter gegen einen Mitangeklagten, der wahrheitswidrig ausgesagt haben soll, eine Schadensersatzklage eingeleitet hat. Abweisung der Klage, weil die Klägerin den Beweis des Kausalzusammenhanges nicht führen kann.

bb) **RG.** JW. **11** 758. Verletzung der Klägerin durch einen Schulknaben auf dem Schießstande, wo Beklagter sich mit Scheibenschießen beschäftigte; für das Verschulden des Beklagten kommt in Frage, ob er die Unzuverlässigkeit und Ungezogenheit des Knaben kannte. In diesem Falle ist ein Verbot, das Gewehr liegen zu lassen, nicht ausreichend.

cc) Jagdunfälle (JDR. **9** Ziff. 8 ee, **8** Ziff. 8 bb, **7** Ziff. 7 cc, **6** Ziff. 5 aa, **5** Ziff. 7 hh).

α. HansGZ. **11** Beibl. 241 (Hamburg). Fahrlässige Tötung bei der Jagd. Derjenige, der einen Schuß abgibt, muß sich vor Abgabe des Schusses davon überzeugen, ob das von ihm gesichtete lebende Wesen ein Wild und nicht ein Mensch ist. Mitverschulden des getroffenen Mitjagenden, wenn er der Verabredung zuwider seinen Stand verläßt, ohne den anderen Jäger vorher zu warnen.

β. **RG.** JW. **11** 319, ZVersWes. **11** 495. Haftung des Jägers wegen Verletzung einer Person durch Schrotschüsse. Haftung mangels Verschuldens verneint.

dd) SchlHolstAnz. **11** 133 (Kiel). Tötung wildernder Hunde (vgl. JDR. **7** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 cc ζ). Mitverschulden des Eigentümers, der seinen Hund nicht genügend beaufsichtigt.

ee) SchlHolstAnz. **11** 83 (Kiel). Unfall auf einer Rutschbahn (s. unten § 831 Ziff. 17 h).

ff) R. **11** Nr. 724 (Stuttgart). Gegenüber der den Kostenaufwand für ein künstliches Bein (neben einem Stelzfuße) geltend machenden Klage kann der Schädiger nicht einwenden, die Berufsgenossenschaft habe für diesen Schaden aufzukommen.

II. Abs. 2.

1. **RG.** WarnE. **11** 414. Auch im Falle des § 823 Abs. 2 ist der Ersatzberechtigte regelmäßig nur der unmittelbar Verletzte, nicht ein Dritter, mittelbar Geschädigter, wie die Versicherungsgesellschaft.

2. Einzelne Schutzgesetze (JDR. **9** § 823 Abs. 2 Ziff. 5, **8** Ziff. 4, **7** Ziff. 8, **6** Ziff. 4, **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 3, **1** Ziff. 5).

a) Bürgerliches Gesetzbuch.

HansGZ. **11** Beibl. 193 (Hamburg). § 618 BGB. ist kein Schutzgesetz. — OLG. **22** 299 (Braunschweig). § 618 BGB. ist kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2.

b) Strafgesetzbuch.

α. **RG.** JW. **11** 753. § 316 StGB. ist Schutzgesetz.

β. (§ 367 Ziff. 3.) **RG.** JW. **11** 981. Die Frage, ob in den gesetzlichen Bestimmungen des § 367 Nr. 3 StGB. und der Kaiserl. VO. vom 22. Oktober 1901 Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. für die Apotheker als Gewerbetreibende zu erblicken sind, ist hinsichtlich des erstgenannten Gesetzes zu verneinen.

γ. **RG.** JW. **11** 759, BayRpflZ. **11** 445. § 368 Ziff. 2 StGB. als Schutzgesetz (Bobsleighfahren).

δ. ElsLothJZ. **11** 462 (Colmar). § 367 Ziff. 12.

c) Gewerbeordnung.

SächsRpflA. **11** 450 (LG. Dresden). § 148 Ziff. 4 a GewO. verb. mit §§ 38 Abs. 4 und 33 Abs. 2 GewO. und die auf Grund dieser Vorschrift erlassenen Polizeiverordnungen sind zum Schutze derer erlassen, die über im Trödelverkehre gehandelte Sachen verfügungsberechtigt sind, sind also Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2.

d) Reichsbeamtengesetz.

Korn, JW. **11** 631. Der § 10 Halbs. 1 RBG. und § 28 Halbs. 1 RAO. sind keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2.

e) Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

FrankfRundsch. **45** 24 (Frankfurt). § 9 GmbHG. ist ein Schutzgesetz lediglich zugunsten der Allgemeinheit, insbesondere der Gesellschaftsgläubiger. Die im § 9

zugunsten der Gesellschaft vorgesehene Haftung der Anmelder für die Richtigkeit der Anmeldung ist keine Haftung aus unerlaubter Handlung. Neben dieser Haftung besteht der Gesellschaft selbst gegenüber nicht noch eine Haftung der Anmelder aus § 826. Ihr gegenüber haftet auch ein Dritter, der die falschen Angaben mitveranlaßt hat, nicht aus § 826.

f) **RG.** GruchotsBeitr. **55** 1156, WarnE. **11** 194, DJZ. **11** 474. Der § 270 PrStGB. (Abhalten vom Mitbieten bei Versteigerungen) ist Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2. Denn die Vorschrift des § 270 hat den Zweck, zu verhüten, daß die Interessen des Schuldners und der beteiligten Gläubiger an der Erlangung eines möglichst hohen, den Wert der versteigerten Gegenstände entsprechenden Kaufpreises gefährdet und geschädigt werden (**RG. 26** 314).

g) Unfallverhütungsvorschriften.

α. **RG.** JW. **11** 335, BayRpflZ. **11** 164. Bedeutung von Unfallverhütungsvorschriften. Wenn im einzelnen Falle die Umstände so liegen, daß die Abweichung von einer Unfallverhütungsvorschrift sich rechtfertigen läßt, so ist dabei nicht an die Fälle einer dauernd verbotswidrigen Beschäftigung zu denken.

β. OLG. **22** 97 (Celle). Die von der Berufsgenossenschaft ihren Mitgliedern gegebenen Unfallverhütungsvorschriften sind keine Schutzvorschriften im Sinne von § 823 Abs. 2, da sie in erster Linie im Interesse der Genossenschaft zur Abwendung von Vermögensnachteilen erlassen sind und dem wirtschaftlichen Zwecke der Sicherung der Genossenschaft dienen sollen. Für eine Frage der Fahrlässigkeit sind sie dennoch wesentlich.

h) SchlHolstAnz. **11** 307 (Kiel). Sperrmaßregeln des Landrats zur Verhinderung der Verbreitung von Viehseuchen sind Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2.

i) WürttJ. **23** 7 (Stuttgart). § 26 Abs. 1 Satz 1 der WürttMinVf. betr. den Verkehr mit Sprengstoffen ist ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2.

k) FrankfRundsch. **45** 83 (Frankfurt). Die Bestimmung des Frankfurter Baustatuts, daß niemand seinen Wasserablauf so nahe an des Nachbars Mauer anlegen darf, daß die Mauer durch Feuchtigkeit Schaden leiden kann, ist eine Schutzvorschrift im Sinne des § 823 Abs. 2.

§ 824. 1. **RG.** JW. **11** 760, SächsRpflA. **11** 404, GewRschutz **11** 238. Kläger hat ein Verlagsgeschäft „Kompaßverlag" in Wien, Beklagter betreibt ein Bankgeschäft, hat die Telegrammadresse „Kompaßbank" und gibt Schriften als „Kompaßkurstabellen" u. ähnl. heraus. Klage auf Unterlassung der Telegrammadresse und der Herausgabe von Druckschriften unter Verwendung des Titels „Kompaß". — Das UnlWG. braucht nicht herangezogen zu werden. BGB. stützt den Anspruch. Wie das RG. wiederholt ausgesprochen hat, genießt die Ausübung eines selbständigen Gewerbebetriebs in Deutschland gegen jede Art von Verletzungen den Schutz durch Gewährung von Abwehrklagen in entsprechender Anwendung von § 1004 BGB. (vgl. **RG. 44** 19, **45** 62, **48** 119, **51** 374, **58** 29, **60** 7, **61** 369, **64** 55). Außerdem aber wird der Erwerb gegen solche Beeinträchtigungen, die das unwahre Behaupten und Verbreiten von Tatsachen mit sich bringt, noch durch die Sondervorschrift des § 824 BGB. geschützt, und gerade diese kommt in erster Linie nach dem Klagevorbringen für die rechtliche Beurteilung in Betracht. Erste Voraussetzung für eine Beeinträchtigung der Erwerbstätigkeit des Klägers durch Anmaßung des von ihm als Kennzeichnungsmittel für sein Unternehmen und seine Druckschriften gebrauchten Wortes ist allerdings bei dem Fehlen eines besonderen subjektiven Rechtes daran, daß damit eine Irreführung des Publikums in bezug auf diese Erwerbstätigkeit erzeugt wird. Im übrigen ist zu beachten, daß sowohl bei Bücher- und Zeitungstiteln als bei den besonderen Bezeichnungen eines Erwerbsgeschäfts, sofern das Eigentümliche der Bezeichnung vorliegt, dann die erstmalige Benutzung, die bloße Annahme, ein Besitzrecht daran verschafft (**RG. 41** 83, **RG.** II

206. 10 vom 11. November 1910, GewRschutz **11** 36, JW. **00** 76). Würde aber festgestellt werden können, daß das Wort „Kompaß" keine bloße Gattungsbezeichnung ist, die dem Allgemeingebrauch offensteht, sondern ein auf das Geschäft und die gewerblichen Leistungen des Klägers hinweisendes Unterscheidungszeichen ist, somit die unbefugte Benutzung dieses Zeichens durch die Beklagte eine Täuschung des Publikums in bezug auf die Beziehungen der Beklagten zu dem Unternehmen des Klägers mit sich bringt, so ist weiter erforderlich, daß diese Täuschung den Kläger in der freien Ausübung seiner Erwerbstätigkeit beeinträchtigt. Diese Beeinträchtigung kann aber vorliegen, auch ohne daß die Druckschriften und die Unternehmen der Parteien miteinander verwechselt werden und ohne daß die Beklagte mit dem Kläger in Wettbewerb steht.

2. **RG.** R. **11** Nr. 731, MschutzuWettbew. **10** 192. Der Schutzbereich des § 824 deckt sich nicht mit § 193 StGB. § 193 StGB. schützt ein berechtigtes Interesse des Täters an der Behauptung und Verbreitung der mitgeteilten Tatsache; es genügt auch ein nur in der Überzeugung des Täters vorhandenes vermeintliches Interesse. Nach § 824 Abs. 2 BGB. wird dagegen nur ein wirklich vorhandenes Interesse geschützt, das jedoch in Abweichung von § 193 StGB. sowohl ein solches des Mitteilenden wie des Mitteilungsempfängers sein kann (**RG. 51** 369, **56** 271).

3. **RG.** SchlHolstAnz. **11** 6. Die Unterlassungsklage aus § 824 ist nicht auf das Gebiet der unerlaubten Handlungen beschränkt und wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß den Beklagten kein Verschulden trifft oder daß er in Wahrung berechtigter Interessen gehandelt hat. Die Unterlassungsklage ist auch dann gegeben (vgl. **RG. 60** 6), wenn jemand in Wahrnehmung berechtigter Interessen durch unwahre Behauptungen den Kredit oder Erwerb eines anderen schädigt und sich dem Beweise gegenüber, daß seine Behauptungen unwahr sind, unbelehrbar zeigt.

4. SächsRpflA. **11** 409 (Dresden). Unterlassungsanspruch wegen übler Nachrede.

5. HansGZ. **11** Beibl. 11 (Hamburg). Eine Verwaltungsbehörde, welche allgemein die Pflicht hat, für die Beseitigung der dem öffentlichen Gesundheitszustand ihres Bezirkes nachteiligen oder gefahrdrohenden Zustände zu sorgen und der insbesondere obliegt, den unbefugten Verkauf von gesundheitsgefährlichen Fabrikaten zu überwachen „und dagegen einzuschreiten", ist, da die Form des „Einschreitens" nicht ein für allemal durch das Gesetz vorgeschrieben, mithin dem pflichtgemäßen Ermessen der Behörde überlassen ist, berechtigt, durch eine öffentliche Bekanntmachung vor dem Gebrauch eines Mittels, welches für das Publikum gefährlich werden kann, zu warnen.

6. HansGZ. **11** Beibl. 271 (Hamburg). Klage auf Rücknahme einer früheren Mitteilung bezüglich des Klägers ist nur zulässig, wenn nachgewiesen wird, daß wissentlich etwas Unrichtiges darin aufgenommen wurde.

§ 826. 1. a) Hagen, SächsRpflA. **11** 52, gibt weitere Beiträge zur Lehre von den guten Sitten (vgl. JDR. **9** § 826 Ziff. 1).

b) **RG.** R. **11** Nr. 3182. Für die Frage, ob eine Handlungsweise sittenwidrig ist, kommt es wesentlich darauf an, welche Kenntnis von der Sachlage der Handelnde hatte.

2. Josef, ABürgR. **36** 60 ff. a) Hat ein Beteiligter die vom anderen verlangte Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form abgelehnt und beruhigt sich der andere hierbei, so stellt sich dieses ihr Verhalten als eine Vereinbarung dar, daß die gesetzliche Form versäumt, die Erfüllung also dem Belieben des die Beobachtung der Form verweigernden Beteiligten überlassen bleiben solle. Daher kann sich dieser, wenn er demnächst auf Erfüllung belangt wird, auf den Mangel der gesetzlichen Form berufen, ohne sich hierdurch dem Einwande der Arglist auszusetzen. b) Stellt sich die Tatsache, durch die der eine Teil die Formnichtigkeit herbeigeführt

hat, als eine unerlaubte Handlung dar, so hat jener nach § 249 BGB. den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn die gedachte Tatsache nicht eingetreten wäre, also den Zustand vor der Schädigung, danach dem anderen das Vertrauensinteresse zu ersetzen. Nicht aber hat er den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn er an Stelle der die Nichtigkeit herbeiführenden Handlung eine andere betätigt hätte, durch die ein formgültiger Vertrag zustande gekommen wäre. c) Hat der Beklagte durch unerlaubte Handlung die Formnichtigkeit des Vertrags herbeigeführt, indem er z. B. wider besseres Wissen die Beobachtung der Form für gesetzlich nicht erforderlich erklärte, so steht der Schadensersatzanspruch dem Kläger zu, auch wenn seine Unkenntnis von der Formnichtigkeit auf eigener Fahrlässigkeit beruhte.

3. Vorsatz (JDR. **9** § 826 Ziff. 2, **8** Ziff. 5, **7** Ziff. 3, **6** Ziff. 4, **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 3, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 1 b, **1** Ziff. 1 b).

a) **RG.** JW. **11** 324, DJZ. **11** 649, BauersZ. **18** 185. Vorsätzlich im Sinne des § 826 führt auch derjenige eine Schädigung herbei, welcher einsieht, daß sein Tun die Schädigung nicht unwahrscheinlich zur Folge haben werde, trotz dieser Einsicht von seinem Tun nicht abläßt und die Schädigung im Hinblick auf den ihm entstehenden Vorteil in seinen Willen aufnimmt (s. unten Ziff. 19 c). Vgl. **RG.** JW. **11** 650.

b) **RG.** R. **11** Nr. 3907. Zur Annahme des Vorsatzes genügt das Bewußtsein von der Möglichkeit des schädigenden Erfolges, und nur wenn die Umstände des Falles ergeben, daß diese Möglichkeit eine bloß entfernte war — was darzulegen Sache des Täters ist —, liegt ein Vorsatz im Sinne des § 826 nicht vor.

c) BadRpr. **11** 206 (Karlsruhe). Vorsatz im Sinne des § 826 erfordert nur die Erkenntnis des Eintritts der nachteiligen Wirkung, die Absicht der Schädigung ist nicht erforderlich.

d) BadRpr. **11** 206 (Karlsruhe). Zum Vorsatze nach § 826 gehört nicht die Absicht der Schädigung, es reicht vielmehr die Voraussicht der Möglichkeit des schädlichen Erfolges vollkommen aus.

e) SächsRpflA. **11** 468 (Dresden). Zum Begriffe des Vorsatzes genügt das Bewußtsein, daß die Handlungsweise einen schädlichen Erfolg herbeiführen könne.

4. § 826 und seine Anwendung in Vertragsverhältnisse.

a) **RG.** WarnE. **11** 465. Der Anwendung des § 826 steht, sofern nur alle seine sonstigen Voraussetzungen vorliegen, auch innerhalb eines bestehenden Vertragsverhältnisses an sich nichts entgegen.

b) **RG.** SächsRpflA. **11** 312, GruchotsBeitr. **55** 985. Nur die durch unlautere Mittel bewirkte Verleitung zum Vertragsbruche verstößt gegen § 826.

c) **RG.** WarnE. **11** 37. Verstoß gegen die guten Sitten durch arglistige Versprechungen ohne das Vorliegen vertragsmäßiger Verpflichtung.

5. a) **RG.** JW. **11** 761. Es gibt Handlungen und Unterlassungen, die ohne weiteres den guten Sitten widerstreiten. Dazu gehört jedoch das Schweigen auf eine Mitteilung, wie sie dem Beklagten zugegangen ist, nicht. Niemandem kann es verübelt werden, geschweige zum sittlichen Tadel gereichen, wenn er einen anderen wegen des Mißbrauchs seiner Unterschrift nicht dem Strafrichter ausliefern und dadurch sich selbst Verdrießlichkeiten, mindestens Unbequemlichkeiten zuziehen will. Er kann auch, wenn es sich um eine Wechselfälschung handelt, sehr wohl des Glaubens sein, daß der Fälscher den Wechsel einlösen könne und werde, oder daß nichts von ihm zu holen sei, dem Wechselinhaber also auch eine Benachrichtigung von der Fälschung nichts helfe. Von einer Sittenwidrigkeit durch das Unterlassen solcher Benachrichtigung wird daher — unter geeigneten Umständen — nur dann die Rede sein können, wenn sich damit der Vorsatz der Schädigung im Sinne des § 826, mindestens also das Bewußtsein des schädlichen Erfolges verbindet.

b) SächsOLG. **32** 88 (Dresden). Auch ohne vertragsmäßige Beziehungen ist im Geschäftsverkehr unter Umständen eine Aufklärungspflicht anzunehmen, deren

Verletzung nach § 826 haftbar macht. (Unterlassen der Antwort auf ein Schreiben, nach welchem eine telephonische Unterredung bestätigt wird, in der der Beklagte sich zu einer Bürgschafterklärung verpflichtet hat.)

6. Vertragsbruch.

BayRpflZ. **11** 121 (Zweibrücken). Wer sich an der Verletzung von Vertragspflichten anderer beteiligt, um sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, kann sich unter Umständen eines Verstoßes gegen § 826 schuldig machen. Keinesfalls aber kann die Rechtsordnung die Übernahme einer Vertragspflicht billigen, einem Dritten gegenüber vertragsbrüchig zu werden, noch weniger eine Vereinbarung, in der sich die Vertragsteile unter der Androhung von Strafen versprechen, „unbekümmert um laufende Verträge" die darin vereinbarten Lieferungspreise zu erhöhen und keinem mehr zu liefern, der sich auf die neuen Bedingungen nicht einlassen will.

7. § 826 und die formale Rechtskraft der Urteile; Ausnutzung der Rechtskraft (JDR. **9** § 826 Ziff. 6, 8 Ziff. 11, **7** Ziff. 9, **6** Ziff. 8, **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 6).

a) *Hamburger 92 ff. Gegenüber rechtskräftigen Urteilen gibt es weder die actio noch die exceptio doli. Der vom **RG. 31** 365 aufgestellte Satz, daß die Wirkung der Rechtskraft da zessieren müsse, wo sie bewußt rechtswidrig zu dem Zwecke herbeigeführt sei, dem was nicht Recht ist, den Stempel des Rechtes zu geben, ist unrichtig, da er mit der Natur des Urteils als eines Staatsakts und der im öffentlichen Rechte wurzelnden Bedeutung der Rechtskraft im Widerspruche steht.

b) Düringer, DJZ. **11** 38 (42 f.), vertritt die vom RG. ausgesprochene Ansicht, daß unter Umständen gegenüber rechtskräftigen Urteilen der § 826 in Anwendung zu bringen ist.

c) **RG. 75** 213, JW. **11** 365, DJZ. **11** 761. Ein Schadensersatzanspruch aus § 826 ist auch gegenüber einem rechtskräftigen Ehescheidungsurteile zuzulassen. Das bedeutet für den vorliegenden Fall, daß der Beklagte unter der Voraussetzung, daß sein Verhalten im Ehescheidungsprozesse den Tatbestand des § 826 erfüllt, der Klägerin Schadensersatz dafür zu leisten hat, daß sie infolge des erschlichenen, rechtskräftigen Scheidungsurteils den ihr als Ehefrau nach Maßgabe der §§ 1360, 1361 zustehenden Unterhaltsanspruch eingebüßt hat. Aus dieser Formulierung ergibt sich ohne weiteres, daß durch die Zulassung des Anspruchs das Scheidungsurteil als solches in seinem Bestande nicht angetastet wird. Es bleibt vielmehr an und für sich mit allen seinen vermögensrechtlichen und familienrechtlichen Wirkungen in Kraft. Insbesondere soll nicht etwa der Klägerin, obwohl sie für schuldig erklärt ist, ein Unterhaltsanspruch nach §§ 1578 ff. BGB. zugebilligt werden. Somit ist zuzugeben, daß nicht alle Sätze, die das RG. über die „Ausbeutung der Rechtskraft" von Leistungsurteilen gegen die guten Sitten aufgestellt hat, auf Schadensersatzansprüche gegenüber arglistig herbeigeführten Scheidungsurteilen Anwendung erleiden. Dies gilt insbesondere von dem vielfach zitierten Ausspruch in **RG. 61** 365: die Wirkung der Rechtskraft müsse da zessieren, wo sie bewußt rechtswidrig zu dem Zwecke herbeigeführt sei, dem, was nicht recht sei, den Stempel des Rechtes zu geben. Denn aus der Natur des Scheidungsurteils ergibt sich, daß es — auch wenn es falsch ist — eine Rechtsänderung hervorruft, und gerade in der Herbeiführung dieser Rechtsänderung liegt, wenn sie in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise zu Unrecht erwirkt ist, die Schadenszufügung. Wenn man allerdings mit einem Teile der Schriftsteller die Bedeutung der sog. materiellen Rechtskraft darin erblickt, daß jeder folgende Richter an den Inhalt des rechtskräftigen Judikats gebunden ist, dergestalt, daß eine anderweite Beurteilung ausgeschlossen ist, dann sind die in Rede stehenden Klagen über-

haupt unzulässig. Denn der Schadensrichter muß prüfen, ob ein Schaden erwachsen ist, und das kann er nur, wenn er das Scheidungsurteil hinsichtlich seiner Richtigkeit einer Nachprüfung unterzieht. Allein die Rechtsprechung des RG. hat nach dem bereits Erörterten jene Theorie über die Wirkung der Rechtskraft abgelehnt.

d) **RG.** R. **11** Nr. 3908. Derjenige, welcher ein sachlich unrichtiges Urteil oder die Rechtskraft dieses Urteils arglistig, d. h. in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erwirkt hat und dieses Urteil für sich ausnutzt, begeht damit eine zum Schadensersatze verpflichtende unerlaubte Handlung. Ist ein Scheidungsurteil in solcher Weise erwirkt, so kann der andere Ehegatte die Gewährung von Unterhalt verweigern.

e) ElsLothJZ. **11** 488 (Colmar). Eine auf § 826 gestützte Klage, welche die Einstellung der Zwangsvollstreckung aus einem rechtskräftigen Urteile verlangt mit der Begründung, das Urteil sei erschlichen und seine Vollstreckung verstoße darum gegen die guten Sitten, kann im allgemeinen nicht zugelassen werden, weil sie die Feststellung zur Voraussetzung hat, das zu vollstreckende Urteil sei materiell unrichtig, eine solche Feststellung dem Gerichte aber gegenüber einem rechtskräftigen Urteile nicht gestattet ist. Nur in Ausnahmefällen, wenn z. B. behauptet wird, es sei das rechtskräftige Urteil durch betrügliche Manipulationen usw. erlangt, mag eine solche Klage zulässig erscheinen. Vgl. BuschsZ. **41** 407 (Colmar).

f) KGBl. **11** 9 (KG.). Anfechtung eines rechtskräftig gewordenen Anerkenntnisurteils im Wege der Klage aus § 826.

8. **RG.** R. **11** Nr. 330. Stellt der Beklagte im Prozesse bewußt unwahre Behauptungen auf, so haftet er, wenn der Kläger daraufhin die Klage zurücknimmt, diesem geichwohl nicht ohne weiteres für den durch die Klagezurücknahme entstandenen Schaden.

9. SchlHolstAnz. **11** 209 (Kiel). In der Erwirkung einer unberechtigten einstweiligen Verfügung kann verbotene Eigenmacht im Sinne des § 862 BGB. niemals gefunden werden. Eine solche enthält den Tatbestand des § 826 nur dann, wenn der Antragsteller wissentlich einen unberechtigten Anspruch verfolgt.

10. § 826 im gewerblichen Lohnkampfe (JDR. **9** § 826 Ziff. 8, **8** Ziff. 13, **7** Ziff. 12, **6** Ziff. 11, **5** Ziff. 9, **4** Ziff. 8, **3** Ziff. 7, **2** Ziff. 6, **1** Ziff. 4).

a) *Pinczower, Das Verhältnis des § 826 BGB. zum Boykott. Der Boykott mit Strafzweck ist schlechthin nichtig, weil er einen Eingriff in die Hoheitsrechte des Staates bedeutet und der Kautelen des staatlichen Strafverfahrens entbehrt. Dies gilt auch für den Boykott, der von Unternehmern über ihre Arbeiter zu Disziplinarzwecken verhängt wird. Die Zulässigkeit des Boykotts mit Kampfzweck ist von der Art der gestellten Forderung abhängig. Zur Vernichtung des Gegners geeignete Boykottmittel sind dann, aber auch nur dann statthaft, wenn sie zur Durchführung des seinem Zwecke nach zulässigen Boykotts unentbehrlich sind.

b) **RG. 76** 35, JW. **11** 450 (vgl. hierzu Kisch, DJZ. **11** 1349). Boykott einer Gastwirtschaft. Kläger hatte von einer Gemeinde eine Gastwirtschaft gepachtet mit der ausdrücklichen Vereinbarung, den Saal nicht zu sozialdemokratischen Versammlungen herzugeben. Von sozialdemokratischer Seite wurde der Boykott verhängt. Dagegen richtet sich die Schadensersatzklage. Ein Boykott ist nicht schlechthin unsittlich, weil er sich gegen unschuldige Dritte richtet oder weil sie darunter leiden. Ist eine Handlung nicht widerrechtlich, so verstößt sie nicht schon deshalb gegen die guten Sitten, weil derjenige, gegen den sie sich richtet, oder gar Dritte Schaden dabei nehmen. — Keine Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Klägers, da die Gastwirtschaft von bürgerlichen Kreisen besucht wurde, die es in der Hand hatten, dem Kläger durch verstärkten Zuspruch zu Hilfe zu kommen. Zudem brauchte die Gemeindeverwaltung, wozu sie wohl Anlaß hatte, dem Kläger nur für die Dauer des Boykotts den Pachtzins entsprechend zu ermäßigen, um eine

empfindliche Schädigung von ihm fernzuhalten. — Die Beklagten verfuhren nicht sittenwidrig, wenn sie ohne Rücksicht darauf, ob und welcher Schaden dem Kläger daraus erwuchs, den Besuch der Gastwirtschaft einstellten und ihre Gesinnungs- und Berufsgenossen aufforderten, sich ihnen anzuschließen und dadurch gegen die ihnen widerfahrene ungleiche Behandlung Einsprache zu erheben. — Das RG. hat wiederholt ausgesprochen und hält daran fest, daß öffentliche Kundgebungen — in Versammlungen, Flugblättern, Zeitungsartikeln — einen an sich berechtigten Boykott zu einer unerlaubten Handlung machen können, wenn sie den Gegner in beschimpfender Weise angreifen oder mittels Unterdrückung oder Entstellung des wahren Sachverhalts in aufreizender Form die Leidenschaften der Volksklassen aufzustacheln suchen, an die sie sich wenden (**RG.** v. 8. November 1909, VI. 524. 08). Vorliegend ist eine unerlaubte Handlung nicht gegeben. — Abhalten nicht nur der Parteigenossen, sondern auch der Freunde und Bekannten vom Besuche der Gastwirtschaft stellt nicht ohne weiteres eine sittenwidrige Handlung dar. — Postenstehen vor der Wirtschaft; es hat eine regelrechte Belagerung durch Beauftragte der sozialdemokratischen Organisationen stattgefunden. Hierin ist ein unmittelbarer Eingriff in den Gewerbebetrieb des Klägers und, da zu dieser Beeinträchtigung kein Recht bestand, eine schon nach § 823 Abs. 1 zum Schadensersatze verpflichtende Handlung zu finden (**RG. 58** 29, **64** 55, 156). Das Postenstehen mit seinen Begleiterscheinungen stellte nicht nur eine Wochen hindurch andauernde und schon darum nicht zu ertragende Belästigung des Publikums und Behinderung des freien Verkehrs dar, sondern es war auch vermöge des mittelbaren und unmittelbaren Druckes, der auf öffentlicher Straße durch Einschüchterung und andere unzulässige Einwirkung auf die freie Entschließung der Besucher der Wirtschaft geübt wurde, geeignet, den Unmut und die Entrüstung selbst derjenigen hervorzurufen, die in der Sache selbst auf seiten der Arbeiter standen. Ein Kampfesmittel von dieser Art widerstrebt dem Empfinden jedes anständig, ruhig und billig denkenden Menschen, verstößt daher gegen die guten Sitten.

c) RG. R. **11** Nr. 732. Schon in der bloßen Beeinträchtigung der auf Kundschaftsgewinnung gerichteten Tätigkeit ist im gewerblichen Verkehr eine Vermögensbeschädigung zu finden.

d) α. SächsOLG. **32** 556 (Dresden). Verstoß gegen die guten Sitten durch Abspenstigmachen von Kunden.

β. **RG.** MschutzuWettbew. **10** 159. Eindringen in das Absatzgebiet eines Konkurrenten durch Schutz- und Abwehrvereinbarungen mit den Kunden. Keine Anwendung des § 826.

e) RG. JW. **11** 402, SächsRpflA. **11** 216. Verstoß gegen die guten Sitten liegt vor, wenn ein Verpächter an seine Pächter ein Verbot richtet, von einer bestimmten Person Wein zu beziehen, und wenn dieses Verbot ausschließlich aus Feindschaft gegen diese Person erfolgt, ohne daß ein wirtschaftliches Interesse vorliegt.

f) RG. RheinA. **108** 356, R. **11** Nr. 1133. Eine Stadtgemeinde, welche ein Elektrizitätswerk betreibt, handelt gegen die guten Sitten, wenn sie im Konkurrenzkampfe gegen ein privates Elektrizitätswerk ihre monopolähnliche Stellung als Gas- und Wasserlieferantin ausnutzt, um das Konkurrenzunternehmen zu schädigen.

g) HansGZ. **11** Hptbl. 241 (Hamburg). Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn ein Ingenieur die Kenntnisse, die er in seiner Stellung bei einer Fabrik über den Bau einer Maschine erlangt hat, nach Beendigung dieses Dienstverhältnisses für eigene Zwecke verwendet oder wenn er einen Angestellten seines früheren Dienstherrn veranlaßt, dort zu kündigen und in seinen Betrieb einzutreten. Im einzelnen Falle kann eine andere Beurteilung eintreten (vgl. **RG. 65** 333).

h) SchlHolstAnz. **11** 274 (Kiel). Ein Verstoß gegen §§ 826 u. 823 liegt nicht vor, wenn eine Stadt, die ein Elektrizitätswerk betreibt, einen Installateur, der

gewerbsmäßig die Anlage von Hausleitungen besorgt, wegen wiederholten Verstoßes gegen die Bezugsordnung von der Herstellung elektrischer Anschlußleitungen ausschließt.

11. Exceptio doli.

RG. LeipzZ **11** 787. Der Gesellschafter einer GmbH., der seine Kundschaft in die Gesellschaft eingebracht hat, ist nach seinem Ausscheiden nicht ohne weiteres zur Unterlassung des Wettbewerbes verpflichtet.

12. Rosenthal, HansGZ. **11** Hptbl. 37 ff., wendet sich gegen **RG. 73** 253 und führt aus, daß in der bewußten täuschend ähnlichen Nachahmung einer in den beteiligten Kreisen als Kennzeichen der Ware des Klägers geltenden Ausstattung eine Sittenwidrigkeit im Sinne des § 826 BGB. erblickt werden müsse.

13. § 826 und der gewerbliche Rechtsschutz.

RG. GruchotsBeitr. **55** 988, R. **11** Nr. 496. Wenn ein Kaufmann einen anderen zur Überlassung einer Musterkollektion unter der Zusicherung veranlaßt, daß er die ihm zu bemusternde Ware nicht selbst fabrizieren werde, er später aber gleichwohl zur Fabrikation solcher Ware übergeht, so handelt er wider die guten Sitten, auch wenn er den Entschluß zu eigener Fabrikation erst später gefaßt hat. Die Vorschrift des § 826 BGB. kann allerdings nicht dazu dienen, da gewerblichen Rechtsschutz zu verschaffen, wo er nach den dafür maßgebenden Sondergesetzen nicht besteht. Andererseits kann aber der Mangel des gewerblichen Rechtsschutzes auch nicht dazu führen, daß auf dem seiner entbehrenden Gebiete jede illoyale Handlungsweise zugelassen sei, die nach ihrem wesentlichen Gehalt in einer Nachahmung des nicht geschützten Fabrikats besteht. Vielmehr ist unter besonderen erschwerenden Umständen, die das Verhalten des Gegners als Verstoß gegen die guten Sitten, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden erkennen lassen, auch dagegen der gesetzliche Schutz dem § 826 BGB. zu entnehmen (**RG. 73** 294, R. **10** Nr. 1950).

14. Verhältnis zum Warenzeichengesetze (JDR. **9** Ziff. 11, **8** Ziff. 15, **7** Ziff. 14, **6** Ziff. 15, **5** Ziff. 14, **4** Ziff. 10, **3** Ziff. 9).

a) **RG.** GruchotsBeitr. **55** 642, GewRSchutz **11** 29, JW. **11** 111, LeipzZ. **11** 221. Eine Befugnis der Klägerin, das Wort „Natura-Milch" als Beschaffenheitsangabe gemäß § 13 WarenZG. auch dann für ihre Waren zu gebrauchen, wenn dieser Gebrauch gegen § 826 verstoßen sollte, ist nicht anzuerkennen; denn § 13 WarenZG. schützt nur den redlichen Geschäftsverkehr und wahrheitsgemäße Beschaffenheitsangaben. Überhaupt kann nach der Rechtsprechung des RG. auch derjenige, der von einem ihm formell zustehenden Rechte Gebrauch macht, sich trotzdem einer unerlaubten Handlung im Sinne des § 826 dann schuldig machen, wenn die Ausübung dieses formellen Rechtes in einer gegen die guten Sitten verstoßenden, namentlich illoyalen Weise erfolgt und darauf gerichtet ist, einem anderen Schaden zuzufügen und dieser andere auch beschädigt wird. Als eine solche Beschädigung kann namentlich die Beeinträchtigung einer bloß tatsächlichen Erwerbsaussicht, des Kundenverhältnisses, sich darstellen.

b) LeipzZ. **11** 478 (KG.). Gegenüber dem Rechte aus eingetragenen Warenzeichen kann ein Recht aus § 826 einredeweise geltend gemacht werden. Wenn auch das Warenzeichengesetz das ihm zugewiesene Gebiet ausschließlich regelt, so ist es doch immerhin ein Sondergesetz. Durch ein solches soll aber die Anwendung derjenigen Grundsätze des BGB., durch welche der Gesetzgeber den Schutz gegen illoyale Handlungen auf allen Gebieten des menschlichen Verkehrs bezweckt, selbst dann nicht ausgeschlossen werden, wenn die betreffenden Handlungen gegen keine Verbotsgesetze des Sondergesetzes verstoßen (**RG. 48** 119, **66** 240, UnlW. **9** 88).

c) ZIndR. **6** 68 (LG. München I). Eintragung eines Warenzeichens wie „Salvator", „Urquell" und „Urquell-Malz" für Malz, Farbmalz und Karamelmalz. Verwertung nur zur Reklame durch Dritte in der Weise, daß die Abnehmer annehmen

müssen, es handele sich um das bekannte Urquell- und Salvator-Bier. Löschung auf Grund des § 826.

d) **RG.** MSchutzu.Wettbew. **10** 153. Die Löschung eines Warenzeichens auf Grund des § 826 kann nur erfolgen, wenn der Kl. durch die Eintragung des Warenzeichens der Bekl. ein Schaden entstanden wäre (**RG. 66** 240). **RG.** ebd. 155; 164.

15. Verhältnis zum UnlWG., vgl. auch zu § 1 UnlWG.

a) **RG.** WarnE. **11** 130. Nach der feststehenden Rechtsprechung des RG. (vgl. **RG. 48** 124, **51** 384, 14. 10. 04, II. 165. 04; 17. 11. 05, II. 398. 05; 5. 2. 07, II. 249. 06; 7. 2. 08, II. 296. 07 u. 14. 5. 09, II. 496. 08) kommt es für die Frage, ob in Wettbewerbshandlungen der Tatbestand eines Verstoßes gegen die guten Sitten liegt, hauptsächlich darauf an, ob die Handlungen zum Zwecke der Täuschung vorgenommen werden. Verwendung von Flaschenetiketten Hennessy-Kognak, fertiggestellt und auf Flaschen gefüllt von ..., Bezeichnung des Kognaks als vieux cognac.

b) **RG. 76** 110, JW. **11** 543, MSchutzuWettbew. **11** 11, R. **11** Nr. 2143. Wenn ein Kaufmann zu Wettbewerbszwecken den Kunden seines Konkurrenten Zeitungsausschnitte über diesen in ein schlechtes Licht setzende — wahre — Vorkommnisse vorzeigt, so liegt darin nur beim Hinzutreten besonderer Umstände, z. B. bei Verschweigung, daß es sich um weit zurückliegende, längst vergessene Vorkommnisse handelt, ein Verstoß gegen die guten Sitten.

c) **RG.** SeuffBl. **11** 167 = JDR. **9** § 826 Ziff. 13, JW. **10** 618, UnlW. **9** 392 (Nachbildung von Schallplatten). — **RG.** SeuffA. **66** 360 = JDR. **9** § 826 Ziff. 13.

16. Verhältnis zum Patentgesetze.

RG. R. **11** Nr. 1550. Wer ein Patent erwirbt, obschon er weiß, daß ein Dritter Anspruch auf das Patent erhebt, macht sich einer vorsätzlichen Schadenszufügung nicht schuldig, wenn er von der Unbegründetheit jener Ansprüche überzeugt ist. Daran ändert nichts, daß er vielleicht das Bewußtsein hat, daß die Gerichte möglicherweise anders entscheiden werden, sofern er nur diese Möglichkeit sich als so fernliegend vorstellt, daß er im Ernste nicht glaubt damit rechnen zu müssen (**RG. 56** 78 **57** 241, JW. **16** 781).

17. § 826 und das Anfechtungsgesetz (DJR. **9** § 826 Ziff. 12).

a) **RG.** JW. **11** 97, R. **11** Nr. 332. Ein der Anfechtung auf Grund des Anfechtungsgesetzes entzogenes Geschäft kann dennoch sittenwidrig sein und nach § 826 zum Schadensersatze verpflichten, weil es der Gläubiger unter geflissentlicher Benutzung der Unkenntnis des gesetzlichen Vertreters des Schuldners von seinen Absichten abgeschlossen hat, um dadurch anderen Gläubigern den Zugriff auf die ihm durch das Geschäft eingeräumten Nutzungen unmöglich zu machen.

b) **RG. 74** 224 = JDR. **9** § 826 Ziff. 12 b.

18. Exceptio doli.

a) SchlHolstAnz. **11** 265 (Kiel). Die Einrede der Arglist ist auch gegenüber der Eigentumsklage zulässig, mit der der Eigentümer die unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sachen zurückfordert, ohne die geleistete Anzahlung zurückzugewähren, auch wenn an sich die Rückforderung der Anzahlung auf Grund des § 817 ausgeschlossen wäre.

b) RheinA. **108** 235 (Düsseldorf). Replik der Arglist gemäß § 826 gegen die Einrede der Verjährung.

19. Einzelne Fälle.

a) Haftung für Auskunft und Rat (JDR. **9** § 826 Ziff. **15** a, **8** Ziff. **17** a, **7** Ziff. 16 a, **6** Ziff. 16 a, **5** Ziff. 15 c, **4** Ziff. 12 e).

α. **RG.** LeipzZ. **11** 612, R. **11** Nr. 3081. Zu einer wissentlich unwahren Auskunft ist nicht erfordert, daß der Erteiler der günstigen Auskunft über die Kreditwürdigkeit eines Kaufmanns wisse, daß es um diesen schlecht stehe; es genügt, daß er nicht weiß und nicht davon überzeugt ist, daß es um ihn gut stehe und dies denn-

noch als seiner Überzeugung entsprechend versichert. Zu der im § 826 BGB. erforderten vorsätzlichen Schädigung gehört ferner nicht das Bewußtsein, daß ein Schaden notwendig eintreten müsse; es genügt zur Ersatzpflicht für den eingetretenen Schaden, daß der Schädiger ihn als eine naheliegende Möglichkeit voraussah.

β. **RG.** R. **11** Nr. 3816. Für eine versehentlich unrichtige Auskunft des Anwalts haftet der Auftraggeber einem Dritten nur, wenn er den dadurch veranlaßten Irrtum arglistig ausgenutzt hat.

γ. **RG. 76** 313, BayRpflZ. **11** 337. Die Anwendung des § 826 auf die Haftung für eine erteilte Auskunft setzt voraus, daß die in der Auskunft kundgegebenen Tatsachen objektiv unwahr sind, daß der die Auskunft Erteilende dieser Unwahrheit sich bewußt war, daß er also die Auskunft wider besseres Wissen in dieser Weise erteilte und daß er sich ferner bewußt war, daß die Auskunft einen schädlichen Erfolg für den Auskunftsempfänger haben werde oder doch haben könne, im letzteren Falle, wenn er diesen möglichen Erfolg in seinen Willen aufgenommen und für den Fall seines Eintritts gebilligt hat. Endlich muß die Handlungsweise des Auskunfterteilenden sittlich verwerflich sein.

δ. **RG.** JW. **11** 43. Unrichtige Auskunft über Krediterteilung als Verstoß gegen die guten Sitten.

ε. **RG.** R. **11** Nr. 56. Wer über eine Firma, deren zeitige Kreditunwürdigkeit ihm bekannt ist, eine günstige Auskunft erteilt, kann sich nicht darauf berufen, daß zur Zeit der Auskunftserteilung die Hoffnung bestanden habe, die Firma werde durch eine Umgründung demnächst saniert werden.

ζ. **RG.** HansGZ. **11** Hptbl. 69. In besonders gearteten Fällen k a n n die Richtigstellung einer früheren Auskunft zur sittlichen Pflicht werden und ihre Unterlassung wider die guten Sitten verstoßen. Vorliegend Verstoß gegen § 826 verneint.

η. **RG.** DJZ. **11** 651. Schadensersatz wegen Zuweisung eines kreditunwürdigen Darlehnssuchers. Dem Zuweisenden war die Kreditunwürdigkeit bekannt.

ϑ. H a f t u n g a u s u n r i c h t i g e m Z e u g n i s s e OLG. **23** 42 (KG.).

b) A r g l i s t i g e T ä u s c h u n g (JDR. **9** Ziff. 15 b, **8** Ziff. 17 b, **7** Ziff. 16 c, **6** Ziff. 16 b, **5** Ziff. 15 c).

α. HansGZ. **11** Hptbl. 25 (Hamburg). Befugnis des Käufers, der durch arglistige Täuschung zum Abschlusse des Kaufes verleitet wurde, unter Aufrechterhaltung des Kaufes Schadensersatz zu fordern.

β. **RG.** LeipzZ. **11** 149 = JDR. **9** § 826 Ziff. 15 b.

c) S i c h e r u n g s ü b e r e i g n u n g.

RG. VII. JW. **11** 324, BauersZ. **18** 185, DJZ. **11** 649 (s. oben Ziff. 3 a). Verstoß gegen § 826, wenn ein Kaufmann, der sein Warenlager und die neu von ihm angeschafften Waren einem Gläubiger zur Sicherheit übereignet, seinen Lieferanten nicht aufklärt. Der kreditbegehrende Käufer braucht dem Verkäufer keineswegs über alle Verhältnisse, welche die für Entschließung des letzteren maßgebend sein könnten, Auskunft zu erteilen (**RG. 62** 150, **69** 13), er muß aber jedenfalls diejenigen Mitteilungen machen, welche der Gegenkontrahent unter den gegebenen Umständen nach der Verkehrsauffassung erwarten darf. — Ebenso **RG.** VI. JW. **11** 650, Bay. RpflZ. **11** 339, GruchotsBeitr. **55** 979 auf Grund des gleichen Sicherungsvertrags.

d) NaumburgAK. **11** 36 (Naumburg). Schadensersatzanspruch des (ehelichen) Kindes gegen den, der dem Vater hilft, die Verwirklichung des Unterhaltsanspruchs des Kindes zu vereiteln. Der Vater hatte sich der Pflicht entzogen, indem er auf den Namen seiner Geliebten ein Geschäft errichtete. Die Klage gegen diese drang durch.

e) α. BayRpflZ. **11** 143 (LG. Frankenthal). D e r V e r z i c h t d e s S c h u l d n e r s a u f d e n g e p f ä n d e t e n L o h n a n t e i l kann anfechtbar und nach § 826 nichtig sein. Es widerspricht dem Anstandsgefühl, wenn der Schuldner so ver-

werflich handelt, daß die Benachteiligung des Gläubigers geradezu den Zweck seines Handelns bildet. Vgl. Jaeger LeipZ. **11** 285.

β. BreslauAK. **11** 89 (LG. Liegnitz). Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn der Geschäftsherr trotz des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses, durch den der Gehalt seines Angestellten gepfändet worden ist, diesem das volle Gehalt auszahlt. — ➛ Die Entscheidung ist, wie die Bemerkung der Red. d. BreslauAK. ebd. 90 besagt, unzutreffend. Red. ⟵ —

f) **RG.** R. **11** Nr. 3906. Der Vater ist unter Umständen verpflichtet, der Geschäftsfirma von Veruntreuungen seines dort angestellten, von ihm früher zur Anstellung empfohlenen Sohnes Mitteilung zu machen.

g) § 826 und Kaufgeschäft.

α. **RG.** R. **11** Nr. 3909. Der Verkäufer eines Grundstücks, der vor seiner Restkaufgeldhypothek eine Baugelderhypothek hat eintragen lassen, wird nicht in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise von dem Baugelddarleiher geschädigt, wenn derselbe die Baugelderraten vorzeitig auszahlt.

β. SchlHolstAnz. **11** 90 (Kiel). Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn der Verkäufer eines Grundstücks es unterläßt, den Käufer von der bevorstehenden Einführung einer Umsatzsteuer Kenntnis zu geben, die dem Käufer zur Last fällt.

γ. SchlHolstAnz. **11** 138 (Kiel). Der Käufer, der den Vertrag nicht anficht, kann wegen arglistiger Täuschung Schadensersatz gemäß §§ 826, 823 Abs. 2 in Verb. mit § 263 StGB. verlangen.

h) **RG.** WarnE. **11** 364. Kein Verstoß gegen die guten Sitten im vorliegenden Falle angenommen, in dem ein Hypothekengläubiger, der ein Grundstück in der Subhastation zu erstehen beabsichtigte und deshalb mit dem Gläubiger einer vorhergehenden Hypothek über die Bedingungen verhandelt hatte, unter denen er ihm die Hypothek ließe, nicht dafür gesorgt hat, daß die Hypothek ausgeboten wurde, da sie wider Erwarten nicht in das geringste Gebot fiel. — Vgl. aber **RG. 69** 277.

i) **RG.** R. **11** Nr. 3905. Hat der Ersteigerer ein Grundstück in der irrtümlichen Meinung, daß er eine Hypothek mitzuübernehmen habe, zu einem entsprechend billigeren Preise erstanden, und erfährt er später, daß die Hypothek durch den Zuschlag erloschen ist, so verstößt er nicht gegen die guten Sitten, wenn er sich weigert, dem Hypothekengläubiger nachträglich den Kapitalbetrag der Hypothek auszubezahlen.

k) BayRpflZ. **11** 470 (Nürnberg). Schadensersatzpflicht des Gläubigers einer Baugelderhypothek bei unrichtiger Angabe ihrer Höhe.

l) **RG.** R. **11** Nr. 3318. Wer bei einer Grundstücksveräußerung in Kenntnis, aber unter Verschweigung der bereits erfolgten Kündigung einer Hypothek dafür garantiert, daß eine Kündigung binnen bestimmter Frist nicht erfolgen werde, handelt arglistig.

m) Haftung der Frau für Arztkosten (JDR. **9** § 826 Ziff. 15 h). Josef, KGBl. **11** 66. Unter Umständen findet auf die Haftung der Frau dem Arzte gegenüber § 826 Anwendung (JDR. **9** § 826).

n) Josef, SeuffBl. **11** 13. Gegen die Ehefrau, die Leistungen zum Unterhalte der Familie bestellt, kann unter Umständen § 826 anwendbar sein. Eine Frau, die auf Grund der Schlüsselgewalt abschließt, also den Mann zum Schuldner macht, obwohl sie weiß, daß der Mann zahlungsunfähig ist und voraussichtlich bleiben wird, schädigt vorsätzlich in einer den guten Sitten widersprechenden Weise den mit ihr Abschließenden. S. a. o. zu § 677 III, insbes. Ziff. 2.

o) **RG.** R. **11** Nr. 1303. Die Ehefrau handelt nicht sittenwidrig, wenn sie die finanzielle Rettung des Ehemanns durch Hingabe ihres eigenen Vermögens verweigert.

p) **RG.** R. **11** Nr. 55. Wer mit einer Frau zur Benachteiligung ihres Mannes Scheingeschäfte abschließt, haftet der Frau nicht aus § 826.

q) **RG.** BayRpflZ. **11** 263. Kein Verstoß gegen §§ 138, 826 durch Annahme des Versprechens einer übermäßig großen Mitgift.

r) FrankfRundsch. **45** 24 (Frankfurt). Über § 826 und die Haftung der Anmelder einer GmbH. s. oben § 823 Abs. 2 Ziff. 2 e.

s) **RG.** LeipzZ. **11** 219. Ein Gesellschafter (einer GmbH.), der bei der Abstimmung arglistig verfährt, um einen Mitgesellschafter zu schädigen, verletzt nicht eine Vertragspflicht gegen ihn, sondern haftet auf Grund der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen, die das Verhalten außerhalb des Vertrags regeln, für den entstandenen Schaden.

t) **RG.** R. **11** Nr. 2883. Wenn der Vorstand einer sich in Zahlungsschwierigkeiten befindlichen Aktiengesellschaft einen an die Aktiengesellschaft eingezahlten Geldbetrag der Kasse der Gesellschaft zuführt, obwohl er im Zweifel ist, ob und auf welchen Rechtsgrund hin die Gesellschaft das Geld für sich vereinnahmen darf, so macht er sich schadensersatzpflichtig.

u) NaumburgAK. **11** 13 (Naumburg). Verstoß gegen § 826 angenommen in einem Falle, in dem jemand früher als Reisender der Klägerin aufgetreten war, später aber nach seiner Entlassung eine Firma W. als Vertreter seiner neuen Firma aufgesucht hat. Der Inhaber der Firma W. wollte nicht der neuen Firma des Beklagten, sondern der Klägerin den Auftrag geben.

v) BayRpflZ. **11** 123 (Nürnberg). Verstoß gegen § 826 durch wissentliche Teilnahme an der Verletzung eines Konkurrenzverbots.

w) SächsRpflA. **11** 105 (Dresden). Eine unerlaubte, die Aufrechnung ausschließende Handlung im Sinne von § 393 BGB. liegt auch dann vor, wenn der Empfänger einer Nichtschuld den ihm bekannten Irrtum des Zahlenden dabei ausnutzt. Ist dieser Tatbestand gegeben, so wird durch § 819 Abs. 1 ein Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung nicht ausgeschlossen.

x) NaumburgAK. **11** 65 (LG. Nordhausen). Keinen Schadensersatz gegen denjenigen, der sich für eine Privatklagesache als Zeuge angeboten, dann aber das nicht ausgesagt hat, was er als sein Wissen angegeben hatte.

y) BreslauAK. **11** 18 (LG. Breslau). Einwand aus § 826 gegenüber den Ansprüchen eines Krankenkassenmitglieds auf die Kassenleistungen, da der Versicherte bei der ärztlichen Untersuchung verschwiegen habe, daß er an Epilepsie leide. Ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt nicht nur dann vor, wenn der Versicherte ausdrücklich nach Krankheiten, insbesondere Krämpfen, gefragt worden ist und diese Frage wahrheitswidrig verneint hat, sondern auch dann, wenn er ohne Befragen die Krankheit verschwiegen hat.

z) Über Schadensersatzpflicht bei Verletzung der aus den persönlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern sich ergebenden Pflichten s. u. bei § 1664 (Aufsatz von S t r u p p , SeuffBl. **11** 223 ff.).

§ 827. **RG.** R. **11** Nr. 3910. Auf die Deliktsfähigkeit übt die Entmündigung als solche keinen Einfluß aus. Die Verantwortlichkeit des wegen Geistesschwäche Entmündigten für den einem anderen durch eine unerlaubte Handlung zugefügten Schaden richtet sich daher lediglich nach der allgemeinen Bestimmung des § 827 BGB., wonach derjenige für den Schaden nicht verantwortlich ist, der im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit einem anderen Schaden zufügt. Ist die Verantwortlichkeit zu bejahen, so kann allerdings darin, daß der Geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte sich für geschäftsfähig ausgibt und dadurch andere verleitet, sich mit ihm in rechtsgeschäftliche Beziehungen einzulassen, eine unerlaubte Handlung, insbesondere ein Betrug gefunden werden (Mot. zum

Entw. des BGB. II 733). Das Merkmal der Widerrechtlichkeit ist vorhanden, wenn der Entmündigte, um die erstrebten Vermögensvorteile zu erlangen, die Tatsache seiner Entmündigung dem Geschäftsgegner gegenüber, in der Absicht, ihn zu täuschen, unterdrückt. Die sich hieraus ergebende Haftbarkeit des beschränkt Geschäftsfähigen oder Geschäftsunfähigen steht auch keineswegs in Widerspruch mit den Zwecken, die das Gesetz mit den Bestimmungen über die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit ihrer rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen verfolgt. Denn wenn diese Vorschriften auch in erster Linie im Interesse des Geschäftsunfähigen oder nicht voll Geschäftsfähigen gegeben sein mögen und ihre Ausbeutung durch andere verhüten sollen, so schließt das doch nicht aus, daß diese Personen sich selbst um die ihnen zugedachte Wohltat des Schutzes gegen Übernahme vermögensrechtlicher Verpflichtungen bringen, indem sie bei Eingehung rechtsgeschäftlicher Beziehungen zu Dritten sich diesen gegenüber zugleich unerlaubter Handlungen schuldig machen.

§ 828. 1. **RG.** R. **11** Nr. 2884, DJZ. **11** 1217. Die Art, wie die Worte des § 828 Abs. 2 BGB. gefaßt sind, läßt deutlich erkennen, daß im Zweifel jede Person zwischen 7 und 18 Jahren für den Schaden, den sie einem anderen zufügt, verantwortlich sein soll, so daß der Mangel der erforderlichen Einsicht von ihr erst besonders geltend gemacht und bewiesen werden muß (**RG. 61** 240). Der § 828 BGB. ist aber, wie das RG. mehrfach entschieden hat, auch anzuwenden, wenn eine Person dieses Alters wegen eines erlittenen Schadens Ersatzansprüche gegen einen anderen erhebt und hierbei die Anwendung des § 254 BGB. in Frage kommt, weil sie selbst zur Entstehung des Schadens schuldhaft mitgewirkt habe. Denn der Begriff des Verschuldens im Sinne des § 254 BGB. und des § 1 HaftpflG. ist gemäß § 276 BGB. zu bestimmen, der seinerseits wieder auf den § 828 BGB. Bezug nimmt (**RG. 59** 221, JW. **03** Beil. 76 Nr. 175, R. **08** Nr. 2904).

2. **RG.** HansGZ. **11** Beibl. 293. Dem bei einem Straßenbahnunfalle verletzten Jugendlichen liegt die Beweispflicht für seine mangelnde Einsicht ob (**RG. 51** 32, **61** 240). Das BGB. betrachtet Kinder, die über 7 Jahre alt sind, als deliktsfähig, so daß der Mangel der erforderlichen Einsicht erst besonders geltend gemacht und begründet werden muß. — Bei einer Handlung, durch die eine Person im Alter von 7 bis 18 Jahren sich selbst beschädigt, deckt sich in der Regel die Ensicht zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit für die Handlung mit der Einsicht zur Erkenntnis ihrer Gefährlichkeit, da der Nachweis des Vorhandenseins der letzteren Einsicht den Schluß auf die Einsicht des Handelnden gestattet, daß ihm sein Handeln zum Verschulden anzurechnen sei und ihn zur Vergeltung verpflichte.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 991, R. **11** Nr. 3083. Die Frage des Verschuldens eines Jugendlichen ist nicht identisch mit der Frage der Verantwortlichkeit nach § 828.

4. **RG.** JW. **11** 578. §§ 828 und 254.

§ 829. 1. HessRspr. **11** 155 (Darmstadt). Die Vorschrift des § 829 bedingt es, eine dem einzelnen Falle anzupassende Abweichung von der Regel in der Entschädigung zuzusprechen.

2. **RG. 74** 143 = JDR. **9** § 829 Ziff. 1.

§ 830. 1. **RG.** R. **11** Nr. 2885. Der Beklagte mochte als Vorsitzender des Aufsichtsrats einen vielleicht maßgebenden Einfluß auf die Geschäfte der Aktiengesellschaft ausüben; selbst vornehmen konnte er sie nicht. Seine beeinflussende Tätigkeit konnte danach für die widerrechtliche Verfügung des Vorstandes über den dem Kläger gehörigen Vermögenswert nur den rechtlichen Charakter der Anstiftung und der Beihilfe haben, der bewußten Beteiligung an einer fremden unerlaubten Handlung. Die Anstiftung erfordert eine Tätigkeit, die den Willensentschluß des Dritten zur Begehung der unerlaubten Handlung subjektiv und objektiv ursächlich bestimmt; die Beihilfe setzt zwar (vgl. **RG.** [Straff.] **6** 416, **9** 149, **21** 93) diese ursächliche Bedeutung der Handlung des Gehilfen für die Begehung der unerlaubten

Handlung nicht voraus, verlangt aber eine Tätigkeit, die die Ausführung des von dem Haupttäter gefaßten Entschlusses zur Begehung der Tat zu fördern bezweckt. Hat der Beklagte durch seinen Einfluß einen Beschluß des Aufsichtsrats herbeigeführt, das Geld des Klägers einzubehalten, so daß der Vorstand, zwar immerhin selbst für seine Handlung verantwortlich, doch nur ausgeführt hätte, was auf Betreiben des Beklagten der Aufsichtsrat beschlossen hatte, dann war der Tatbestand der Anstiftung gegeben. Eine bloße Zustimmung des Beklagten zu der von dem Vorstande geäußerten Einbehaltungsabsicht erfüllt dagegen diesen Tatbestand, ja selbst auch den der Beihilfe, nicht ohne weiteres; sie ist an sich rechtlich bedeutungslos.

2. **RG.** R. **11** Nr. 1551. Auch wenn nicht festzustellen ist, wer von zwei Jägern den schädigenden Schuß abgegeben hat, so gelten doch beide als am Schaden beteiligt, wenn jeder in fahrlässiger Weise einen Schuß abgegeben hat.

§ 831. 1. **RG.** JW. **11** 979, LeipzZ. **11** 930. Die Haftung aus dem § 831 BGB. gründet sich nicht auf ein Verschulden der zu einer Verrichtung bestellten Person, sondern auf ein vom Gesetze vermutetes Verschulden des Geschäftsherrn und wird infolgegessen noch nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein Verschulden des Bestellten nicht vorliegt. Nur Widerrechtlichkeit seiner Handlung ist erforderlich (**RG. 50** 65, **70** 76). Die Frage des Verschuldens des Bestellten kann allerdings von Bedeutung sein für den in dem § 831 BGB. vorgesehenen Entlastungsbeweis, aber nur unter der Voraussetzung, daß den Bestellten ein Verschulden nicht trifft und daß der Schaden auch bei Anwendung der dort von dem Geschäftsherrn erforderten Sorgfalt entstanden sein würde (JDR. **9** § 831 Ziff. 2).

2. **RG.** JW. **11** 584, BayRpflZ. **11** 283, LeipzZ. **11** 548. Zweifelhaft kann sein, ob die vorsätzliche sittenwidrige Beschädigung fremden Vermögens durch den Angestellten unter § 831 fällt. In dem Urteile vom 7. Juni 1909, VI. 344/08 (WarnE. **09** Nr. 484) hat das RG. die Anwendbarkeit des § 831 für ausgeschlossen erklärt, wenn das Handeln des Angestellten erst durch die subjektive Willensrichtung überhaupt rechtswidrig wird, wie bei § 826 und § 823 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit § 263 StGB. Nach erneuter Prüfung hat das RG. die Ansicht aufgegeben. Durch § 831 wird der Geschäftsherr zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der Bestellte in Ausführung der ihm übertragenen Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Diese Ersatzpflicht findet zwar darin ihre Grenzen, daß der Geschäftsherr nicht für schuldhafte Vermögensbeschädigungen durch seinen Angestellten haftet, für die er, wenn er sie selbst begangen hätte, nicht haften würde, weil eben das BGB. keine allgemeine Haftung für schuldhafte Vermögensbeschädigung kennt. Im übrigen tritt, da das Gesetz nicht unterscheidet, die Ersatzpflicht des Geschäftsherrn für seinen Angestellten nach Maßgabe des § 831 unbeschränkt ein. Eine andere Frage ist, ob eine vorsätzliche oder arglistige Handlung des Angestellten, sofern nicht gerade der Geschäftsherr den Auftrag dazu gegeben hat, oder die Handlung in seiner Willensrichtung liegt, noch als von dem Rahmen der dem Bestellten übertragenen Verrichtungen umspannt angesehen werden kann. Begrifflich ist dies nicht ausgeschlossen, weil es nach § 831 nur darauf ankommt, ob der Bestellte den Schaden (objektiv) in Ausführung der Verrichtung zugefügt und nicht, in welcher Absicht er die Verrichtung ausgeführt hat. Es wird deshalb im einzelnen Falle zu untersuchen sein, ob die vorsätzliche Handlung noch in den Kreis der Maßnahmen fällt, die die Verrichtung darstellen, ob sie innerlich mit ihr zusammenhängt und nicht etwa nur bei Gelegenheit der Ausführung der Verrichtung vorgenommen wurde.

3. **RG.** JW. **11** 487. Verhältnis der §§ 823 und 831 s. oben § 823 Ziff. 61.

4. a) **RG.** JW. **11** 182. Der Begriff der widerrechtlichen Zufügung eines Schadens im § 831 erfordert den objektiven Tatbestand einer unerlaubten Handlung, der ebenso wie im

Falle des § 823 Abs. 1 in einem Handeln wie in dem Unterlassen einer gebotenen Handlung bestehen kann. Als schädigende Handlung gilt auch die Unterlassung einer auftrags- oder pflichtgemäß vorzunehmenden Tätigkeit.

b) SchlHolstAnz. **11** 118 (Kiel). Zur Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 genügt ein objektiv widerrechtliches Verhalten des Angestellten (**RG.** JW. **03** Beil. 12, **04** 471, **RG. 70** 76).

5. a) **RG.** JW. **11** 182. In Ausführung der aufgetragenen Verrichtung handelt die Hilfsperson schon alsdann, wenn die schädigende Handlung in den Kreis der Tätigkeiten fällt, welche die Ausführung der Verrichtung darstellen. Die Handlung muß mit diesen Tätigkeiten in einem inneren Zusammenhange stehen; sie darf nicht etwa nur bei Gelegenheit der Ausführung der Verrichtung vorgenommen sein.

b) WürttRpflZ. **4** 22, WürttJ. **23** 18 (Stuttgart). Bei einer auf unerlaubte Handlung gestützten Schadensersatzforderung ist es sehr fraglich, ob von einer allgemeinen Haftung des Vollmachtgebers für die unerlaubte Handlung seines Bevollmächtigten (etwa nach §§ 164, 166 BGB.) die Rede sein kann und nicht vielmehr — vorausgesetzt, daß der Bevollmächtigte die unerlaubte Handlung nicht lediglich bei Gelegenheit, sondern in Ausführung der ihm übertragenen Verrichtung begangen hat — nur vielleicht davon, daß der Vollmachtgeber für deren Folgen nach Maßgabe des § 831 BGB. einstehen muß (**RG. 61** 207, **73** 434, JW. **10** 280).

6. **RG.** JW. **11** 806, DJZ. **11** 1155, 1275. Die Frage, ob der durch eine unerlaubte Handlung Beschädigte für ein Verschulden der von ihm bestellten Hilfspersonen, das bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, nach Maßgabe des § 831 BGB. einzustehen habe, ist zu bejahen.

7. **RG.** R. **11** Nr. 335. Der Aufsichtspflichtige hat nur für genügende Beaufsichtigung einzustehen, nicht auch dafür, daß diese einen günstigen Erfolg herbeiführt. Vermag er trotz angestrengter Bemühungen mehrfache erhebliche Verfehlungen des seiner Aufsicht Unterstellten nicht zu verhindern, so muß er allerdings, je nach Lage des Falles, dessen Unterbringung in eine fremde Familie oder seine Aufnahme in eine Anstalt veranlassen.

8. Stellung als Geschäftsherr.

RG. R. **11** Nr. 3319. Derjenige, welcher einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, nimmt die Stellung eines Geschäftsherrn nur dann ein, wenn er die erforderlichen Anordnungen für die Ausführung der Verrichtungen zu erteilen und der Bestellte sie zu befolgen hat, wenn also der Bestellte bei der Ausführung der Verrichtung von dem Willen des Bestellers abhängig ist.

9. a) SeuffA. **66** 194 (Marienwerder). Nicht jeder, der einen anderen in seinem Interesse zu einem Tun veranlaßt, ist Geschäftsherr im Sinne des § 831. Erforderlich ist vielmehr, daß der Bestellende die nötigen Anordnungen für die Ausführung der Verrichtung zu erteilen hat, daß der Bestellte diesen Anordnungen folge zu leisten hat, also bei der Ausübung der Verrichtung vom Willen des Bestellers abhängig ist. Wenn der Bestellte dagegen bei der Ausführung der ihm übertragenen Tätigkeit nach eigenem Ermessen so handeln soll, wie er es auf Grund eigener Sachkunde und Erfahrung für zweckmäßig erachtet, so hat der Besteller nicht die Stellung eines Geschäftsherrn.

b) **RG.** R. **11** Nr. 1745. Der Besteller hat dem zu einer Verrichtung Bestellten gegenüber die Stellung des Geschäftsherrn (vgl. **RG. 51** 201).

10. ElsLothJZ. **11** 207 (Colmar). § 831 setzt die Bestellung eines anderen zu einer Verrichtung außerhalb eines zwischen dem Dienstherrn und dem Geschädigten bestehenden Vertragsverhältnisses voraus.

11. WürttJ. **23** 18 (Stuttgart). Die Benutzung eines Fahrrads durch einen Ausläufer ist als „Verrichtung" anzusehen, zu der er von dem Geschäftsherrn bestellt ist. Es genügt die Duldung der Benutzung des Fahrrads; daß die Benutzung besonders aufgetragen war, ist nebensächlich.

12. R. **11** Nr. 734 (Stuttgart). Eine ungenügende „Beschaffung von Gerätschaften" im Sinne der Gesetzesstelle liegt vor, wenn ein Kraftwagen mit einem Reservescheinwerfer nicht versehen ist.

13. ElsLothJZ. **11** 31 (Colmar). Dadurch, daß eine Gemeinde bei Vergebung öffentlicher Arbeiten die Anordnung der hierbei für die Sicherheit des Publikums auf den öffentlichen Wegen und Straßen erforderlichen Maßnahmen dem Unternehmer überträgt, wird sie selbst nicht von ihrer aus dem öffentlichen Rechte entspringenden Verpflichtung befreit, für die Sicherheit des Verkehrs auf den ihr unterstellten Straßen Sorge zu tragen. Der Entlastungsbeweis des § 831 ist schon deshalb ausgeschlossen, weil die Vornahme der öffentlichen Arbeiten dem eigenen Ermessen und der eigenen Sachkunde des Unternehmers überlassen bleibt und weil der Gemeinde die Pflicht obliegt, die vom Unternehmer für die Sicherheit des Verkehrs getroffenen Maßregeln zu überwachen.

14. Bestellung zu selbständiger Ausführung (JDR. **9** § 831 Ziff. 7, **8** Ziff. 5).

a) **RG.** JW. **11** 403. Aus dem § 831 ist nicht zu entnehmen, daß der Geschäftsherr stets die Ausführung der Verrichtung persönlich zu leiten hat; denn diese Bestimmung legt ihm den Entlastungsbeweis für Beobachtung der erforderlichen Sorgfalt bei der Leitung nicht schlechthin, sondern nur für den Fall auf, daß er die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat (**RG. 53** 123). Der Geschäftsherr hat, wenn er die Leitung der auszuführenden Verrichtung einem anderen zu selbständiger Besorgung übertragen hat, die Ausführung nicht zu leiten oder er hat, wofern man noch eine eigene Leitungspflicht für ihn annehmen könnte, dieser durch Bestellung eines tüchtigen Vertreters genügt.

b) **RG.** RheinA. **108** 385. Die Haftung des Geschäftsherrn nach § 831 wird zwar dadurch nicht ausgeschlossen, daß er die Leitung des Geschäfts, darunter auch die Auswahl und Verwendung des Personals, einem Geschäftsführer zur völlig selbständigen Ausübung übertragen hat, solange dieser nicht dem Geschäftsherrn gegenüber die Stellung eines selbständigen Unternehmers einnimmt. Unter Umständen genügt aber zum Entlastungsbeweise nach § 831 Abs. 1 Satz 2 der Nachweis des Geschäftsherrn, daß er die Anstellung des Personals, die Leitung der Verrichtungen und die Beschaffung der erforderlichen Gerätschaften einem tüchtigen und zuverlässigen Geschäftsführer übertragen hat.

c) **RG.** R. **11** Nr. 733. Im Verhältnisse zwischen Hausbesitzer und Straßenreinigungsunternehmer greift § 831 nicht Platz.

15. Beweis und Gegenbeweis (JDR. **9** § 831 Ziff. 10, **8** Ziff. 11, **7** Ziff. 10, **6** Ziff. 9, **5** Ziff. 7, **4** Ziff. 5, **3** Ziff. 3).

a) **RG.** JW. **11** 652. Es ist nicht rechtsirrtümlich, daß es für den vom Geschäftsherrn nach § 831 zu führenden Beweis, daß er bei der Beauftragung eines Angestellten mit einer Verrichtung mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gehandelt habe, nicht sowohl darauf ankommt, ob vor dieser Auftragserteilung Pflichtwidrigkeiten des Angestellten wirklich vorgekommen, als daß solche dem Geschäftsherrn von glaubwürdiger Seite mitgeteilt worden sind. Mit dem Nachweise solcher Mitteilungen hat der Verletzte den von dem Geschäftsherrn zunächst geführten Beweis der Sorgfalt in der Auswahl des Angestellten bei der Einstellung des letzteren oder sonst zu einer früheren Zeit entkräftet, da er für die Zeit der in Frage stehenden späteren Verrichtung nicht mehr zutrifft, und der Geschäftsherr muß nunmehr, um seiner Beweispflicht aus § 831 zu genügen, dartun, daß er durch neue Unterweisungen

oder sonstige Maßregeln von neuem seine Sorgfaltspflicht betätigt habe, oder aber, daß der Mitteilung die sachliche Unterlage fehlte und der Angestellte in Wahrheit zuverlässig geblieben war, ein Beweis, der unter den Schlußsatz des Abs. 1 § 831 fällt.

b) **RG.** SeuffA. **66** 348, LeipzZ. **11** 143, R. **11** Nr. 334. Zur Führung des Entlastungsbeweises hinsichtlich der Sorgfalt bei der Auswahl genügt der Nachweis einer Sorgfalt, welche in dem vernünftigen und normalen Verkehre für erforderlich und genügend gehalten wird. Handelt es sich um einfache Verrichtungen, so genügt es, daß der Bestellte nach seinem Berufe für die fragliche Aufgabe geeignet erscheint, wenn sie überhaupt keine Fachkenntnisse und technische Geschicklichkeit voraussetzt, und daß der Beauftragte ihr nach Alter und Geschlecht gewachsen ist, auch keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß besondere Gründe, z. B. Leichtsinn, bestanden, die den Geschäftsherrn hätten abhalten können, dem Betreffenden die Verrichtung zu übertragen. Es kommt hier namentlich auf die moralischen Eigenschaften an, wie sie besonders für die Beobachtung gesetzlicher Schutzvorschriften, der Fürsorge für die Sicherungsmaßregeln bei Bauunternehmungen in Betracht kommen, nämlich Gewissenhaftigkeit, Pünktlichkeit und Zuverlässigkeit.

c) R. **11** Nr. 3651 (Colmar). Zum Nachweise der Anwendung gehöriger Sorgfalt des Geschäftsherrn in der Auswahl der Person, die er zu der Verrichtung bestellt hat, in deren Ausführung dem Dritten widerrechtlich ein Schaden zugefügt worden, genügt nicht die Bezugnahme auf allgemeine Erwägungen, Meinungen, Eindrücke Dritter, besonders solcher, die ihr Gutachten ohne Befähigung dazu und ohne die Gelegenheit zur erforderlichen Beobachtung abgeben. Vielmehr muß der Geschäftsherr dem Gerichte bestimmte Tatsachen unterbreiten, die demselben ein Urteil darüber ermöglichen, ob die bestellte Person zu der ihr aufgetragenen Leistung nach ihrer Befähigung und Verläßlichkeit geeignet war oder doch von ihm ohne Verschulden als geeignet angesehen werden konnte. Und zwar muß der Geschäftsherr, je größer die Gefahren sind, die durch die Verrichtung für andere entstehen können, sich um so sorgfältiger nicht bloß über die körperliche Fähigkeit und allgemeine Zuverlässigkeit, sondern auch darüber vergewissern, ob die von ihm bestellte Person mit den Kenntnissen des betreffenden Faches versehen ist.

d) **RG.** JW. **11** 944. Bei Prüfung der Frage, ob und inwieweit der Beklagte den angetretenen Beweis des eigenen Verschuldens des Klägers erbracht hat, ist vom OLG. „zugleich das ebenfalls zur Entlastung des Beklagten geltend gemachte Verschulden des Chauffeurs, des Sohnes des Klägers, in Betracht gezogen". Es hat also — zuungunsten des Klägers — ein Verschulden seines Sohnes als des Wagenführers eigenem Verschulden des Klägers selbst schlechthin gleichgestellt. Das könnte rechtlich nicht gebilligt werden. Nach der Rechtsprechung des Senats braucht sich der Kläger gegebenenfalls ein Verschulden des Sohnes als des von ihm bestellten Wagenführers überhaupt nicht anrechnenzu lassen in Ansehung des Sachschadens, weil nach dem hierfür allein maßgebenden § 25 PrG. vom 3. November 1838 lediglich das eigene Verschulden des Beschädigten in Betracht kommt, — wofür auf die Ausführungen in **RG. 63** 270 zu verweisen genügt. Im übrigen hat der Senat erst in jüngster Zeit in dem zum Abdruck in der Sammlung bestimmten Urteile vom 6. Juli 1911 in der Sache VI. 415. 1910 (vgl. dazu auch **RG. 62** 346, **75** 258) ausgesprochen, daß der durch unerlaubte Handlung — oder, wie dem gleichzustellen, bei dem Betrieb einer Eisenbahn — Beschädigte für das Verschulden einer von ihm bestellten Person, das bei Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, nur nach Maßgabe des § 831 BGB. einzustehen hat; dem Beschädigten steht also insoweit die Entlastung nach § 831 Satz 2 offen.

e) **RG.** JW. **11** 981. Die Beklagte war als Unternehmerin des Baues verpflichtet, dafür zu sorgen, daß die geeigneten Maßregeln zur Sicherung des Publikums an der Arbeitsstelle ergriffen wurden. Allein dieser Verpflichtung genügte sie dadurch,

daß sie die Ausführung der Bauarbeiten Personen übertrug, denen nicht nur die technisch ordnungsmäßige Ausführung der Arbeiten, sondern auch die selbständige Anordnung der für die Sicherung des Publikums erforderlichen Maßregeln vermöge ihrer Stellung im Geschäftsbetriebe der Beklagten übertragen werden durfte, Personen, die nicht nur in ihrem Fache erfahren, sondern auch pünktlich, zuverlässig und gewissenhaft waren.

f) **RG.** R. **11** Nr. 498. Trifft den Geschäftsherrn bezüglich der Auswahl des Angestellten insofern ein Verschulden, als er dessen wiederholte Angetrunkenheit bei einer Verrichtung gekannt hat, so ist es gleichgültig, ob der Angestellte bei der speziellen Verrichtung, bei der der Unfall von ihm herbeigeführt worden ist, nicht betrunken war.

g) **RG.** R. **11** Nr. 2331. Die Annahme, daß der Entlastungsbeweis aus § 831 Satz 2 geführt sei, kann nicht auf die allgemeine Feststellung gegründet werden, es sei gerichtsnotorisch, daß die Beamten des in Betracht kommenden Dienstzweigs nur nach Maßgabe ihrer Kenntnisse und der Zuverlässigkeit ihres Charakters in leitende Stellungen gelangen.

h) **RG.** R. **11** Nr. 58. Hat sich vor einem der Stadtgemeinde gehörigen Gebäude ein Unfall infolge Eisglätte ereignet, so kann sich die Stadtgemeinde, in der die Streupflicht vor den Häusern durch Polizeiverordnung den Anliegern auferlegt ist, nicht ohne weiteres durch Berufung darauf entlasten, daß sie die gesamte Straßenreinigung dem städtischen Reinigungsamt unterstellt habe.

i) **RG.** R. **11** Nr. 2145, JW. **11** 542. Der Umstand, daß die auszuführende Verrichtung (Streuen bei Eisglätte) an sich einfacher Natur ist, darf nicht dazu führen, es mit dem Nachweis der sorgfältigen Auswahl leicht zu nehmen.

k) **RG.** R. **11** Nr. 2144, JW. **11** 542. Hat der Streupflichtige zwei Dienstmädchen zum Streuen bestellt, so hat er darzutun, daß er den Mädchen eine bestimmte Weisung darüber erteilt hat, welche von ihnen oder in welcher Ordnung die eine und die andere das Reinigen und Streuen zu besorgen hatte.

l) **RG.** R. **11** Nr. 3818. Nicht immer liegt in der Unterlassung der Anweisung, gefährliche Maschinen nicht unverwahrt und unbewacht auf der Straße stehen zu lassen, eine Außerachtlassung der schuldigen Sorgfalt.

m) **RG.** R. **11** Nr. 499. Bei der Beurteilung von früheren Zeugnissen darf die Tatsache berücksichtigt werden, daß solche vielfach nach der günstigen Seite gefärbt sind.

16. Personenkreis (JDR. **9** § 831 Ziff. 11, **8** Ziff. 10, **7** Ziff. 9, **6** Ziff. 8, **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 2, **3** Ziff. 2, **1** Ziff. 5, 6).

a) SchlHolstAnz. **11** 118 (Kiel). Der Bahnwärter und der Bahnmeister sind nicht verfassungsmäßige Vertreter des Eisenbahnfiskus, sondern lediglich dessen Angestellte im Sinne des § 831.

b) **RG.** SchlHolstAnz. **11** 19, HansGZ. **11** Hptbl. 13, LeipzZ. **11** 143, R. **11** Nr. 57, DJZ. **11** 281. Die für den Kaiser-Wilhelm-Kanal angestellten Lotsen sind Reichsbeamte. Für schuldhafte nautische Verstöße der Kanallotsen kann das Reich aus § 831 BGB. in Anspruch genommen werden, nicht dagegen aus §§ 31, 89.

17. Einzelne Fälle (JDR. **9** § 831 Ziff. 14, **8** Ziff. 13, **7** Ziff. 11, **6** Ziff. 10, **5** Ziff. 9, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 5, **2** Ziff. 5).

a) SchlHolstAnz. **11** 295 (Kiel). Haftung des Reiches für den durch Zwangslotsen herbeigeführten Schaden, wenn die Kanalverwaltung (des Kaiser-Wilhelm-Kanals) trotz Kenntnis von Umständen, die gegen die Zuverlässigkeit des Lotsen sprechen, diesen mit der Führung der Schiffe betraut.

b) **RG.** JW. **11** 487. Über Haftung des Reichsmilitärfiskus für einen Regimentskommandeur s. oben § 823 Abs. 1 Ziff. 6 g α.

c) HansGZ. **11** Beibl. 253 (Hamburg). Haftung des Staates für Gerichtsvollzieher. Anwendung des § 831.

d) Auswahl eines Chauffeurs.

α. **RG.** JW. **11** 40, EisenbE. **27** 327 schließt sich hinsichtlich der Sorgfalt bei der Auswahl eines Chauffeurs den früheren Entscheidungen an. Es genügt nicht, wenn sich der Geschäftsherr mit einer Erkundigung nach den technischen Kenntnissen des Anzustellenden begnügt, sich aber nicht über seine sittlichen Eigenschaften unterrichtet.

β. HansGZ. **11** Beibl. 85 (Hamburg). Die Sorgfalt bei der Auswahl eines Chauffeurs ist erfüllt, wenn der Dienstherr die von der Polizeibehörde in einer Polizeiverordnung gegebenen Vorschriften hinsichtlich der Eigenschaften eines Führers befolgt. — Steht fest, daß ein Führer befähigt und zuverlässig ist, so kann nicht von dem Dienstherrn verlangt werden, daß er ihn auch fernerhin andauernd hinsichtlich seines Verhaltens kontrolliere. Geringfügige Strafen wegen unvorschriftsmäßigen Fahrens enthalten keine Verletzung der bei der Auswahl erforderlichen Sorgfalt.

γ. HansGZ. **11** Beibl. 226 (Hamburg). Auswahl eines Chauffeurs. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ist gewahrt, wenn genügende Zeugnisse vorliegen, daß der Führer nicht nur in der Autolenkung geschickt, sondern auch sonst ein vorsichtiger und zuverlässiger Mensch ist. Besondere Erkundigungen bei den Ausstellern der Zeugnisse braucht man nicht einzuziehen. — Als maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung, ob bei der Auswahl die genügende Sorgfalt beobachtet ist, kommt nur der Unfallstag in Betracht.

δ. **RG.** EisenbE. **28** 77, R. **11** Nr. 1134. Ein früheres Dienstzeugnis eines Chauffeurs des Inhalts, daß er sich „zur Zufriedenheit geführt“ habe, reicht zur Entlastung des Automobilbesitzers nicht aus. Unter Führung pflegt man nur das sittliche und wirtschaftliche Verhalten eines Bediensteten außerhalb der technischen Leistungen, die der Dienst von ihm erfordert, nur die allgemeine Lebenshaltung zu verstehen, so daß das Zeugnis, das hinsichtlich eines Angestellten eine Führung zur Zufriedenheit ausspricht, lediglich seine Nüchternheit, Pünktlichkeit und Ehrlichkeit bestätigt. Das Zeugnis verschweigt also gerade das, worauf es bei der Anstellung eines Kraftwagenführers in erster Reihe ankommt, die technische Fähigkeit, die Besonnenheit und Geschicklichkeit, die Achtung vor der öffentlichen Ordnung und vor der Persönlichkeit des Mitmenschen. Die Führung kann auch bei einem für seinen Dienst unbrauchbaren Menschen ein zufriedenstellende und gute sein.

e) Auswahl eines Kutschers.

α. **RG.** JW. **11** 152. Der Besitzer eines Fuhrwerkes, der sich neben seinem Kutscher auf dem Fahrzeuge befindet, ist verpflichtet, einzugreifen, wenn er wahrnimmt, daß durch die Art, wie sein Kutscher das Fahrzeug leitet, Gefahr für Dritte entsteht. Einem Betrunkenen darf die Leitung des Gefährts nicht überlassen werden.

β. EisenbE. **27** 297 (Hamburg) = JDR. **9** § 831 Ziff. 14 h.

γ. EisenbE. **27** 297 (Hamburg). Haftung eines Spediteurs für seinen Kutscher. Führung des Entlastungsbeweises.

f) RG. FrankfRundsch. **45** 2, EisenbE. **27** 432, R. **11** Nr. 333. Bei Anstellung eines jugendlichen Radfahrers als Boten hat sich der Geschäftsherr danach zu erkundigen, ob er die für seine Verantwortlichkeit erforderlichen moralischen Eigenschaften besitzt.

g) R. **11** Nr. 2886 (Hamburg). Der Milchhändler, der einem 14 jährigen Knaben die Aufsicht und Führung eines mit einem Hunde bespannten Milchkarrens überträgt, haftet für den Schaden, der durch den Milchkarren während dessen Führung seitens des Knaben einem Dritten zugefügt wird.

h) SchlHolstAnz. **11** 83 (Kiel). Unfall auf einer Rutschbahn. Haftung des Veranstalters gemäß § 831 für die Handlungen des zur Aufsicht angestellten Wärters. Der Entlastungsbeweis ist nicht geführt, es haben bei der Anstellung weder schriftliche Zeugnisse vorgelegen, noch sind mündliche Erkundigungen eingezogen worden. — Mitwirkendes eigenes Verschulden des Verletzten. — Klage des Unterhaltsberechtigten auf Feststellung der Verpflichtung zur Errichtung einer Rente im Falle des Eintritts ihrer Bedürftigkeit.

i) SeuffA. **66** Nr. 99, R. **11** Nr. 2561 (Marienwerder). Der Besitzer eines selbständigen Gutsbezirkes haftet nicht für Amtspflichtverletzung seines stellvertretenden Gutsvorstehers.

k) **RG.** BayRpflZ. **11** 201, R. **11** Nr. 1300. Durch die Bestellung angemessen vorgebildeter und einwandsfrei bewährter Forstbeamter zum Zwecke des Holzfällens kann sich der Forstbesitzer nicht der Verantwortung dafür entschlagen, daß mit der Vorsicht verfahren werde, die im Interesse des benachbarten öffentlichen Verkehrs auf Wegen geboten ist.

§ 832. 1. **RG.** WarnE. **11** 267. Ob der grundsätzlich in erster Linie aufsichtspflichtige Vater die Obhut über die Kinder der Mutter überlassen kann, ist nach den konkreten Verhältnissen des Einzelfalls zu beurteilen. Diese Verhältnisse werden aber vielfach es ohne weiteres mit sich bringen, daß die Aufsichtsbetätigung namentlich bei kleinen Kindern und überhaupt in Abwesenheit des Mannes der Mutter zufällt; so insbesondere bei außerhalb des Hauses arbeitenden Vätern. Es ist diesfalls nicht zu verlangen, daß der Ehemann der Frau eine Fürsorge noch besonders „anbefiehlt", die sich hier den Umständen nach als eine Pflicht der Mutter von selbst versteht. Damit, daß der Vater während seiner Abwesenheit die Kinder der Obhut seiner Ehefrau überlassen durfte, war er nicht auch im übrigen seiner eigenen Aufsichtspflicht entledigt. Diese Pflicht erschöpft sich nicht in der jeweiligen tatsächlichen Beaufsichtigung des Kindes an Ort und Stelle, erfordert vielmehr eine allgemeinere Aufsichtsführung zu dem Zwecke, den von der aufsichtsbedürftigen Person Dritten drohenden Gefahren vorzubeugen, eine Vorsorge, die im Hinblick auf besonders gefährliche Handlungen oder etwaige Unarten des Kindes auch durch Belehrung, Warnungen oder Verbote zu betätigen sein wird. — Zwischen Erziehung und Beaufsichtigung besteht ein Unterschied. Zwischen beiden besteht jedoch ein gewisser Zusammenhang: die Fortschritte der Erziehung geben einen Maßstab für das Bedürfnis der Beaufsichtigung ab; je mehr und je besser ein Kind erzogen ist, desto weniger bedarf es der Aufsicht. Maß und Umfang der Aufsichtspflicht der Eltern bestimmen sich nach den Umständen, nach dem, was bei dem Alter und der Entwickelung der Kinder von verständigen Eltern in Berücksichtigung ihrer wirtschaftlichen Lage und ihrer eigenen Geschäfts- und Berufspflichten erwartet werden kann (**RG.** **50** 63, **52** 73). Pflicht des Vaters zum Einschreiten, wenn am Wohnort allgemein die Unsitte geherrscht hat, daß Kinder mit Steinen werfen.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 997, SächsRpflA. **11** 348. Die Eltern genügen ihrer Beweislast nicht, wenn sie nachweisen, daß das Kind „bisher gut erzogen worden ist". Erziehung und Aufsicht — nur von letzterer spricht das Gesetz — sind nicht gleichbedeutend: auch ein sonst wohlerzogenes Kind kann — in Unverstand, in schlechter Gesellschaft u. dgl. — dazu kommen, weil es unzulänglich beaufsichtigt ist, eine Verfehlung zu begehen, während es andererseits gelingen kann, auch ein schlecht erzogenes Kind durch strenge Beaufsichtigung von Verfehlungen fernzuhalten. Freilich besteht zwischen Erziehung und Beaufsichtigung ein Zusammenhang: es wird in gewissem Sinne das Ziel jeder Erziehung sein, die Beaufsichtigung mehr und mehr überflüssig zu machen, und die Fortschritte der Erziehung werden den Maßstab für das Bedürfnis der Beaufsichtigung zu ergeben

haben. Nur in diesem Sinne können die nach § 832 Aufsichtspflichtigen sich auf den Erfolg der von ihnen gewährten Erziehung berufen.

3. **RG.** R. **11** Nr. 3911. Der Vater darf seinen $6^1/_2$ jährigen Sohn nicht ohne Aufsicht mit einer Eurekapistole spielen lassen.

§ 833. 1. **a)** Fürnrohr, JW. **11** 702 f., verweigert die Haftungsmilderung des § 833 Satz 2 dem Viehhändler, der die Haustiere lediglich als Handelsware hält.

b) Hasenclever aaO. 703 f. führt aus, daß dem Viehhändler der Schutz des § 833 Satz 2 zuzubilligen sei, da nicht in der Art der Verwendung des Tieres, in der Ausnutzung der tierischen Kraft, sondern in der Person des Halters das Unterscheidungsmoment liege; es komme darauf an, ob er das Tier zum Vergnügen oder wirtschaftlicher Zwecke wegen halte.

2. Fürnrohr, JW. **11** 793 f. Vor der Novelle haftete der Tierhalter, den ein Verschulden traf, nach § 823, der, den keines traf, nach dem subsidiären § 833. So spricht der Satz 1 des § 833 von der Haftung für Tierschäden. Wenn dann der Satz 2 mit den Worten beginnt „Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn ...", so bezieht sich das auf den vorhergehenden Satz, also auch auf die Haftung für Tierschäden. Und indem Satz 2 die Fälle aufzählt, in denen diese Haftung nicht besteht, sagt er bezüglich der Erwerbshaustiere zugleich auch, daß in den übrigen Fällen diese Ersatzpflicht besteht, nämlich die Haftung für Tierschäden. Diese Fälle aber sind die des eigenen Verschuldens des Tierhalters bei der Beaufsichtigung des Tieres. So zeigt es sich, daß § 833 Satz 2, den man gewöhnlich der Verschuldungshaftung zurechnet, im Grunde genommen doch auf die Gefährdungshaftung hinausläuft, wenn auch das Eintreten dieser Gefährdungshaftung an ein bestimmt geartetes Verschulden des Tierhalters geknüpft ist.

3. Konkurrenz von Tierhalterhaftung und Vertragshaftung. S. u. Ziff. 9.

a) RG. R. **11** Nr. 500. Die außervertragliche Haftung als Tierhalter bleibt neben den Bestimmungen des Dienstvertrags unverändert bestehen, sofern nicht der Inhalt des Vertrags eben der ist, daß die Haftung dem Beklagten abgenommen ist. Der Umstand, daß den Vertragsparteien, einem Hufschmied und einem Landwirte, die mit der Untersuchung des Hufes verbundene Gefahr bekannt ist, läßt noch nicht den Schluß zu, daß der Hufschmied das mit der Untersuchung verbundene Risiko übernehme und der Landwirt ihm solches ansinnen will. Ein Grundsatz, daß die Leistung einer Gefälligkeit seitens einer Person, die an dem Tiere Verrichtungen vornehmen will, dem Tierhalter gegenüber den Verlust eines jeden Anspruchs aus der gesetzlichen Tierschadenhaftung zur Folge habe, kann weder nach Rechtsgrundsätzen, noch nach Verkehrssitte als bestehend anerkannt werden.

b) R. **11** Nr. 1135 (Stuttgart). Eine Haftung aus § 833 ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß gegen den Tierhalter auch ein Anspruch aus Beförderungsvertrag besteht.

4. Tierhalterhaftung und Haftpflichtgesetz.

RheinA. **108** 277 (Düsseldorf). Ist jemand durch ein Tier und zugleich bei dem Betrieb einer Eisenbahn verletzt worden, dann kann der wegen des Schadens in Anspruch genommene Tierhalter von dem Unternehmer des Eisenbahnbetriebs dann nicht Ersatz gemäß § 840 Abs. 3 verlangen, wenn der Unfall gegenüber dem Eisenbahnunternehmer ein solcher in Sachen des GewUVG. ist und der Verletzte deshalb den Unternehmer nicht belangen kann (§ 135 Abs. 1 GewUVG.).

5. Begriff des Tierhalters (JDR. **9** § 833 Ziff. 5, **8** Ziff. II 2, **7** Ziff. 1, **6** Ziff. 2, **5** Ziff. 1).

a) RG. JW. **11** 279, PosMSchr. **11** 36. Werden Tiere für den Wirtschaftsbetrieb verschiedener Personen benutzt und ereignet sich während der Benutzungszeit des einen Interessenten ein Unfall, so haftet dieser als Tierhalter.

b) SchlHolstAnz. **11** 211 (Kiel). Tierhalter ist der Reitstallbesitzer, der ein Tier zum Spazierenreiten vermietet, nicht der Reiter.

6. Kausalzusammenhang (JDR. **9** § 833 Ziff. 6, **8** Ziff. II 3, **7** Ziff. 2, **6** Ziff. 4, **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 7, **3** Ziff. 8, **2** Ziff. 8, **1** Ziff. 5 u. 6).

a) **RG.** JW. **11** 215. Eine Verletzung durch ein Tier liegt vor, wenn ein der tierischen Natur entspringendes, selbsttätiges, willkürliches Verhalten des Tieres die Verletzung verursacht hat. Ein willkürliches Tun des Tieres muß allerdings dann für ausgeschlossen erachtet werden, wenn auf den Körper oder die Sinne des Tieres von außen her gewaltsam in so starkem Maße eingewirkt wird, daß nach den Regeln der Naturkunde anzunehmen ist, auch andere Tiere gleicher Gattung und gewöhnlicher Beschaffenheit würden unter den nämlichen Verhältnissen der Gewalt nicht widerstehen können. Bewegungen, die das Tier unter einem so gewaltsamen, unwiderstehlichen Zwange macht, können nicht als Ausfluß willkürlichen, tierischen Tuns angesehen werden.

b) **RG.** JW. **11** 982. Der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Hundes und dem Unfalle wird auch dadurch nicht aufgehoben, daß die Pferde des Kutschgeschirrs vor dem Hunde zunächst nach links ausgewichen sind, dann, weil sie plötzlich dem Stakete des Kirchhofs gegenüberstanden, scharf nach rechts gewendet und hierdurch den Kutschwagen zu Falle gebracht haben. Insbesondere ist gleichgültig, ob die Pferde dabei dem eigenen Instinkt oder der Leitung des Kutschers gehorcht haben. Selbst wenn diese Leitung eine an sich unzweckmäßige gewesen wäre, so würde doch angesichts der urplötzlich auftretenden Gefahr auch eine falsche Maßnahme des Pferdelenkers diesem nicht zum Verschulden anzurechnen sein. Immer bleibt das willkürliche Verhalten des Hundes die eigentliche Ursache auch aller der Einzelvorgänge, die in ihrem schließlichen Verlaufe zur Schädigung des Klägers geführt haben.

c) **RG.** R. **11** Nr. 2148. Läßt der Besitzer einer Feldbahn nachts die Lokomotive mit übergroßen blendenden Laternen auf der Landstraße stehen, so handelt er fahrlässig. Bei nur geringer Überlegung hätte der Beklagte voraussehen können, daß durch das blendend starke Licht der Maschine, die ohne Not auf der Straße stehen gelassen wurde, Pferde, die solcher Eindrücke in jener ländlich einsamen Gegend ganz ungewohnt waren, leicht in Unruhe geraten und Schaden anrichten könnten.

d) SchlHolstAnz. **11** 77 (Kiel). Tierhalterhaftung für den Schaden, den Schafe dadurch verursacht haben, daß sie durch plötzliches Aufspringen auf der Landstraße ein Pferd zum Scheuen gebracht haben.

e) R. **11** Nr. 738 (Stuttgart). Der Eigentümer eines Pferdes, durch dessen Vorbeirennen eine Kuh scheu gemacht wurde so daß sie die Verletzung einer Person verursachte, ist für diesen Schaden nicht haftbar.

f) **RG.** GruchotsBeitr. **55** 648, JW. **11** 45, R. **11** Nr. 59. Eine das Vorhandensein eines Tierschadens ausschließende Gewalteinwirkung liegt nur dann vor, wenn das Ereignis mit einer übermäßigen Gewalt nach Art einer mechanischen Ursache in der Art auf das Tier eingewirkt hat, daß ihm keine Freiheit gelassen war, in anderer Weise, als es getan hat, sich der Einwirkung zu erwehren (**RG. 69** 400). Ebenso **RG.** JW. **11** 366.

g) Willkürliches Tun.

α. **RG.** SächsRpflA. **11** 349. Willkürliches Tun der Pferde. Durchgehen der Tiere infolge des Umstandes, daß der Kläger von dem Wagen vor die Tiere stürzte. Der Sturz hatte nur den Anreiz für die Pferde gegeben, selbständig tätig zu werden. Alles, was sich von dem Zeitpunkte des Durchgehens ab ereignete, ist auf das tierische Tun als Ursache zurückzuführen.

β. **RG.** BayRpflZ. **11** 386, R. **11** Nr. 2146. Ein willkürliches Tun eines Pferdes

ist nicht deshalb zu verneinen, weil es die Gewohnheit hat, sich in Bewegung zu setzen, wenn es des aus dem Hause kommenden Kutschers ansichtig wird.

γ. ElsLothJZ. **11** 187 (Colmar). Willkürliche Tätigkeit des Tieres ist ausgeschlossen, wenn ein Kalb in der Weise auf einen Wagen verladen wird, daß ein auf dem Wagen stehender Mann an einem um den Hals des Tieres gelegten Strick dieses hinaufzieht, während Kläger und Beklagter nachhelfen, und wenn das Tier durch heftige Bewegungen hierbei entschlüpft und der Kläger verletzt wird.

h) **RG.** JW. **11** 366. Keine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges, wenn jemand, der einem Pferde in die Zügel fällt, um es anzuhalten, verletzt wird.

7. **RG.** R. **11** Nr. 3183. Die Einhaltung der polizeilichen Vorschriften (über die Behandlung von Fuhrwerken auf öffentlichen Straßen) deckt sich nicht in allen Fällen mit der Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, letztere kann für besondere Fälle besondere Maßnahmen erfordern.

8. Satz 2 (JDR. **9** Ziff. 7).

I. Josef, JW. **11** 80. Führt der Tierhalter den ihm im § 833 Satz 2 nachgelassenen Beweis der Beaufsichtigung des Tieres, so ist seine Haftung dennoch nach § 823 begründet, wenn der Verletzte seinerseits nachweist, daß die Verwendung des Tieres überhaupt (z. B. bissige Hunde) oder im Einzelfalle (scheuende Pferde auf belebten Plätzen) sich als Verletzung der verkehrserforderlichen Sorgfalt darstellt. Auch in diesem Falle ist der Beklagte haftfrei, wenn er nachweist, daß er die Obhut einem verläßlichen Angestellten übertragen habe und kein Anlaß zu dessen Beaufsichtigung vorgelegen habe. — Behauptet der Verletzte, daß die Verwendung eines gewerblichen Haustiers wegen dessen Eigenart die Anwendung besonderer Vorsichtsmaßregeln erfordert habe (Beißkorb bei bissigen Pferden, Ausbrechen der Hauer des Ebers), so macht er hiermit geltend, daß der Tierhalter den ihm nach § 833 Satz 2 obliegenden Entlastungsbeweis in einer besonderen Richtung zu führen habe, aber nicht werde führen können.

II. Erläuterung des Satzes 2.

1) **RG.** JW. **11** 762. Soweit Haustiere in Betracht kommen, die dem Berufe, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalte des Tierhalters zu dienen bestimmt sind, ist die reine Gefährdungshaftung, wie sie ursprünglich im § 833 BGB. bestimmt war, durch das G. vom 30. Mai 1908 zwar in eine Verschuldungshaftung umgewandelt worden, aber doch nur in der Weise, daß ein Verschulden des Tierhalters vermutet wird und daß dieser gesetzlichen Vermutung gegenüber der Tierhalter den Nachweis zu führen hat, daß er bei der Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde. Diesen Nachweis hat der Tierhalter in vollem Umfange zu erbringen. Hängt daher in einem einzelnen Falle die Entscheidung darüber, ob der Tierhalter bei der Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder nicht, davon ab, ob das Tier nicht nur unruhig, sondern in einem besonderen Maße erregt gewesen ist, so muß der Tierhalter auch beweisen, daß dieses besondere Maß von Erregtheit nicht vorgelegen habe.

2. Pflicht der Beaufsichtigung.

a) **RG.** GruchotsBeitr. **55** 1000, JW. **11** 586. Nach § 833 Satz 2 BGB. ist der Tierhalter von der Ersatzpflicht befreit, wenn er bei der Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Es fragt sich also, welches sind die Anforderungen, die der Verkehr an die bei der Beaufsichtigung der Tieres zu beobachtende Sorgfalt des Tierhalters stellt, und hat diesen Anforderungen der Tierhalter genügt? Maßgebend ist das Verhalten des Tier-

halters. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn zwar die Tierhalterschaft und die damit verbundene Pflicht zur Beaufsichtigung des Tieres fortbestehen, aber die u n mittelbare Aufsicht über das Tier — mit oder ohne Zustimmung des Tierhalters — auf eine andere Person übergeht. Das Verhalten dieser anderen Person bei der Beaufsichtigung des Tieres mag bei der Führung des dem Tierhalter abliegenden Sorgfaltsbeweises Berücksichtigung finden, ist aber nicht ausschlaggebend. Nicht auf die Sorgfalt des Tierhüters, sondern auf die Sorgfalt des Tierhalters kommt es an. Der Sorgfaltsbeweis des Tierhalters wird sich in Fällen der vorliegenden Art naturgemäß auf die bei der Auswahl, Bestellung oder stillschweigenden Zulassung einer anderen Person als Aufsichtsperson beobachtete Sorgfalt erstrecken, ohne sich darauf zu beschränken. Die Frage nach der Tüchtigkeit des Tierhüters wird meist von Wichtigkeit sein. Im allgemeinen ist zuzugeben, daß ein Tierhalter auf die ihm bekannten gefährlichen Eigenschaften des Tieres solche Personen, die mit dessen Wartung und Beaufsichtigung befaßt sind, aufmerksam machen muß. Sind diese bereits aus eigener Wahrnehmung mit den Fehlern des Tieres vertraut, so wird in der Regel kein Anlaß zu einer besonderen Warnung gegeben sein. Eine weitergehende Pflicht des Tierhalters etwa dahin, daß er den Aufsichtspersonen auch noch einschärfen müßte, alle anderen Personen, die durch ihre Vermittelung mit dem Tiere in Berührung kommen würden, vor den Untugenden des Tieres zu warnen, wird im allgemeinen und unter gewöhnlichen Verhältnissen nicht anzuerkennen sein. Vielmehr wird der Tierhalter in der Regel voraussetzen dürfen, daß ein tüchtiger Tierhüter, falls eine dritte Person sich an der Beaufsichtigung beteiligen würde, verständigerweise die dritte Person warnen werde.

b) **RG.** SeuffA. **66** 455, BayRpflZ. **11** 386, JW. **11** 653, R. **11** Nr. 2147. Der Begriff der Beaufsichtigung im § 833 Satz 2 erschöpft sich keineswegs in allen Fällen in der Bestellung eines tauglichen Tierhüters; der Umfang der Aufsichtspflicht de- Tierhalters wird vielmehr durch die Eigenschaften des einzelnen in Betracht kom menden Tieres und durch die Art seiner Verwendung beeinflußt. Hat das Tier Eigenschaften, die die Gefahr der Schadensstiftung bei seiner Benutzung erhöhen, oder wird es in einer Weise verwendet, die eine solche erhöhte Gefahr mit sich bringt, so können unter Umständen zur Abwehr dieser Gefahr positive Anordnungen notwendig werden, die über die Befugnisse des bestellten Tierhüters hinausgehen und ein eigenes Eingreifen des Tierhalters unumgänglich erscheinen lassen. Dabei ist es zur Begründung des Fortbestehens der Haftung aus § 833 nicht etwa erforderlich, daß das Unterlassen des eigenen Eingreifens des Tierhalters zugleich auch gegen § 823 verstößt, wenngleich dies häufig der Fall sein wird.

c) **RG.** JW. **11** 218. Der Begriff der dem Tierhalter in Person obliegenden Aufsicht ist im § 833 Satz 2 ein weiterer als die im § 834 gemeinte Aufsicht des Tierhüters. Er erstreckt sich auch auf die m i t t e l b a r e Beaufsichtigung des Tieres durch Angestellte mit umfassendem Auftrag oder durch besonders für das Tier bestellte mit der Aufsicht betraute Personen. Der das Haustier nicht unmittelbar selbst beaufsichtigende Tierhalter ist also nach Satz 2 von der Tierhalterhaftung nur dann befreit, wenn er mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 1 Satz 2) Vorsorge trifft, daß anderweit eine gehörige Beaufsichtigung durch solche Personen stattfindet. Für den vorliegenden Fall ist festgestellt, daß die Beklagte, obwohl sie von der Bösartigkeit des Hundes ohne Zweifel Kenntnis erhalten habe, in verschiedenen Beziehungen der ihr obliegenden Fürsorge für die Verhütung dadurch hervorgerufener Unglücksfälle nicht gerecht geworden sei. An sich würden diese Feststellungen genügen, nicht nur eine Befreiung von der Tierhalterhaftung nach § 833 Satz 2 auszuschließen, sondern auch das Vorhandensein einer Haftungspflicht aus § 823 Abs. 1, § 276 Abs. 1 Satz 2 positiv anzunehmen.

3. Erwerbsgeschäft.

a) **RG.** JW. **11** 45, R. **11** Nr. 61. Zur Anwendung des § 833 Satz 2 genügt es nicht, wenn das Tier nur nebenbei in dem Erwerbsgeschäfte Verwendung findet. Damit ein Haustier für die Erwerbstätigkeit des Tierhalters bestimmt erscheint, ist es zwar nicht erforderlich, daß das Tier ausschließlich diesem Zwecke dient. Andererseits kann es nicht als genügend angesehen werden, wenn das Tier nur ganz nebenbei in dem Erwerbsgeschäfte Verwendung findet. Die Bestimmung im § 833 Satz 2 will damit, daß sie die Haustiere, die dem Berufe, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalte des Tierhalters zu dienen bestimmt sind, zu einer besonderen Kategorie zusammenfaßt, den Gegensatz zu den Luxustieren bezeichnen, wie dies bei den Beratungen des Reichstags vielfach zutage getreten ist. Die Milderung der Haftung soll den Besitzern zugute kommen, die in ihrer Wirtschaft oder ihrem Berufe darauf angewiesen sind, Haustiere zu halten, während auf Luxustiere sich diese Vergünstigung keinesfalls erstrecken soll. Die geringe Zahl der Fälle, in denen der Beklagte nach seiner Angabe die Pferde für sein Immobiliengeschäft, zur Besichtigung von Grundstücken usw. verwendet — auf den Monat kommen nur etwa zwei Fälle —, spricht nicht für die Behauptung des Beklagten. Diese Benutzung würde hinter der Verwendung der Pferde für Vergnügungszwecke derart zurücktreten, daß der § 833 Satz 2 BGB. keine Anwendung finden kann.

b) **RG.** BayRpflZ. **11** 224. Damit ein Haustier für die Erwerbstätigkeit des Tierhalters bestimmt sei, ist es zwar nicht erforderlich, daß das Tier ausschließlich diesem Zwecke dient. Andererseits genügt es nicht, wenn das Tier nur ganz nebenbei in dem Erwerbsgeschäfte Verwendung findet. Die Bestimmung im § 833 Satz 2 will damit, daß sie die Haustiere, die dem Berufe, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalte des Tierhalters zu dienen bestimmt sind, zu einer besonderen Kategorie zusammenfaßt, den Gegensatz zu den Luxustieren bezeichnen.

4. Beruf.

a) R. **11** Nr. 1309 (Colmar). „Beruf" ist hier im weiteren, auch auf juristische Personen, auch auf den Fiskus zutreffenden Sinne aufzufassen. Dessen Beruf besteht in der ihm durch die Erfüllung seiner Zweckbestimmung gestellten Aufgabe. Insbesondere zum Berufe des Militärfiskus gehört die Bereithaltung von Kavalleriepferden für den Kriegsfall und die Ausbildung der Reiterei. Bei dem im § 833 offengehaltenen Entlastungsbeweise kommt es auf die Sorgfalt des Tierhalters, nicht auf diejenige des von ihm angestellten Tierhüters an. Zur Entlastung des Tierhalters genügt nicht der Beweis, daß er im allgemeinen die erforderliche Sorgfalt anzuwenden pflege, sondern er muß beweisen, daß er in Beziehung auf den konkreten Fall nach Zeit, Ort und Veranlassung der dem Schadensersatzkläger widerfahrenen Verletzung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewendet habe. Der vom Tierhalter zu führende Beweis besteht einerseits nicht in der Widerlegung aller nur denkbaren Möglichkeiten, in denen ein Verschulden erblickt werden könnte. Genügend ist vielmehr, daß der vorliegende Tatbestand nach allgemeinen Erfahrungen zugunsten des Tierhalters spricht. Dem Gegner bleibt überlassen, die besonderen Umstände nachzuweisen, aus denen auf ein Verschulden des Tierhalters geschlossen werden könnte.

b) **RG. 76** 225, JW. **11** 585, BadRpr. **11** 237. Was insbesondere die hier allein in Frage stehende Voraussetzung betrifft, daß das Haustier einer berufsmäßigen Tätigkeit zu dienen bestimmt ist, so sagt die Begründung des Gesetzes, daß bei juristischen Personen, z. B. bei Stiftungen, Korporationen, kommunalen oder staatlichen Verbänden, die berufsmäßige Tätigkeit durch die Aufgaben begrenzt werde, die durch die Zweckbestimmung der juristischen Person und die darauf gegründeten Ver-

waltungseinrichtungen gegeben seien. Damit erkennt es die Begründung an, daß auch bei juristischen Personen von einem „Berufe" gesprochen werden kann. Der Sprachgebrauch kennt das Wort Beruf auch in einem weiteren, übertragenen Sinne, in dem es die Aufgaben bezeichnet, zu deren Erfüllung jemand „berufen" ist, mag die Berufung in eigener Wahl oder worin sonst ihren Grund haben. In diesem weiteren, übertragenen Sinne läßt sich von einem Berufe sehr wohl auch bei juristischen Personen des öffentlichen Rechtes reden, so bei Gemeinden und weiteren Kommunalverbänden, so beim Staate und so auch beim Reiche. Das Wort im § 833 Satz 2 enger auszulegen, liegt kein zwingender Grund vor. Dienstpferde sind dem Berufe des Reiches zu dienen bestimmt. Dies gilt auch für Krümperpferde.

c) WürttRpflZ. **4** 24 (Stuttgart). Der Hund eines Wirtes dient nicht ohne weiteres dem Berufe; zur Sicherheit bei Streitigkeiten von Gästen oder zur Bewachung seines Anwesens brauchte der Wirt keinen Hund. Andere Beurteilung ist möglich, wenn es sich um ein einsam gelegenes Wirtshaus handelt. In einem an der Ortsstraße gelegenen Wirtshaus eines Städtchens dient im Zweifel ein Hund nicht (in der angegebenen Weise) dem Beruf oder der Erwerbstätigkeit des Wirtes als solcher; das Gesetz ist dahin auszulegen, daß der zweite Satz des § 833 nicht zutrifft, wo ein Tier zwar (nebenbei) zur Sicherheit gehalten wird, aber zum Beruf und zur Erwerbstätigkeit des Tierhalters in keiner Beziehung steht. Dem Berufe des Beklagten als Bierbrauer — mittelbar durch Fangen von Ratten, die den Malzvorrat des Beklagten schädigen konnten — war der Hund zur Zeit des Unfalls nicht mehr bestimmt. Die Zweckbestimmung muß eine gegenwärtige sein. Es kann zweifelhaft sein, ob man sagen kann, dem Beruf oder der Erwerbstätigkeit sei ein Tier zu dienen bestimmt, das nur mittelbar, durch Abhalten von Störungen und Schädlichkeiten, die auf die Erwerbstätigkeit usw. des Tierhalters einen ungünstigen Einfluß ausüben können, in dieser Richtung Dienste leisten soll. Für die Anwendung des § 833 Satz 2 ist erforderlich, daß das Tier dem Beruf oder der Erwerbstätigteit nicht bloß nebenbei, sondern vorwiegend zu dienen bestimmt ist.

d) HessRspr. **12** 241 (Darmstadt). Pferde eines Offiziers, der diese im Dienste vor der Truppe benutzt, dienen dem Berufe des Offiziers.

e) SchlHolstAnz. **11** 233 (Kiel). Der Halter eines Hundes auf einem Lagerplatz ist verpflichtet, solange er den Verkehr offenhält, das besuchende Publikum während der üblichen Verkaufszeit bei dem Betreten der für den öffentlichen Verkehr bestimmten Teile des Platzes und ihrer nächsten Umgebung vor den ihnen unbekannten Gefahren zu schützen, die durch den Hund drohen.

5. Beweispflicht.

a) **RG.** SeuffA. **66** 264, R. **11** Nr. 60. Wer sich auf die Ausnahmebestimmung des § 833 Satz 2 beruft, hat das Vorhandensein des im Satze 2 bezeichneten Tatbestandes nachzuweisen. Wenn auch der im § 833 Satz 1 BGB. aufgestellte Grundsatz der unbedingten Haftung des Tierhalters durch die im Satze 2 hinzugefügte neue Bestimmung erheblich abgeschwächt ist und danach in der Mehrzahl der Fälle kaum noch Platz greifen wird, so ist doch dieser Grundsatz insofern aufrechterhalten, als er auch jetzt noch die Regel und die Bestimmung im Satze 2 nur die Ausnahme bildet. Dieses Verhältnis der beiden Bestimmungen ist dadurch zum klaren Ausdrucke gebracht, daß Satz 2 mit der Wendung „die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn" an den ersten Satz angeschlossen ist.

b) **RG. 76** 225, JW. **11** 585. Der Tierhalter, der einen Tierhüter bestellt hat, wird, wenn er den im § 831 Abs. 1 Satz 2 vorgesehenen Beweis in vollem Umfang erbringt, damit häufig zugleich den Entlastungsbeweis des § 833 Satz 2 erbracht haben. Rechtlich fallen beide Entlastungsbeweise aber durchaus nicht zusammen, folgen beide vielmehr ihren eigenen Regeln.

c) R. 11 Nr. 1936 (Hamburg). Der Tierhalter hat den ihm obliegenden Entlastungsbeweis nicht geführt, wenn er einem elfjährigen Knaben die Aufsicht über einen mit einem Pferde bespannten Wagen übertragen hat.

9. Tierhalterhaftung und Vertragshaftung. S. oben Ziff. 3.

RG. GruchotsBeitr. **55** 651, JW. **11** 89, ZVersWes. **11** 63, BayRpflZ. **11** 223. Verletzung eines Hufschmieds beim Beschlagen eines Füllens. Aus dem zwischen Hufschmied und Tierhalter geschlossenen Vertrage folgt nicht die Übernahme der Gefahrtragung seitens des ersteren. Der vom RG. entschiedene Fall des Trainers oder Stallmeisters (**RG. 58** 410, JW. **05** 143) liegt anders. Es handelte sich dort um einen durch wiederholtes Einfahren und Zureiten zu erreichenden Abrichtungszweck. Es ist insbesondere darauf hingewiesen worden, daß der damals in Betracht kommende Trainer dem abzurichtenden Pferde gegenüber eine durchaus selbständige Stellung erlangt habe, denn er habe das in Wartung und Pflege übernommene, dem Einflusse des Tierhalters entzogene Pferd in seine unbedingte und ausschließliche Gewalt und Herrschaft bekommen. Von einem ähnlichen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnis ist im vorliegenden Falle nichts festgestellt.

10. Ausschluß der Tierhalterhaftung (JDR. **9** Ziff. 9, **8** Ziff. II 6, **7** Ziff. 5, **6** Ziff. 6, **5** Ziff. 5, **4** Ziff. 9, **3** Ziff. 10).

a) **RG.** JW. **11** 714 (s. oben §§ 823 ff. Ziff. 6 b). Der Tierhalter, wenn er für sein Tier die Gefälligkeit anderer in Anspruch nimmt, hat keine Veranlassung, sich seine Haftbarkeit dem anderen gegenüber zum Bewußtsein zu bringen. Noch weniger wird ein solcher stillschweigender Haftungsausschluß oder ein Handeln auf eigene Gefahr in Fällen angenommen werden können, in denen nicht eine Gefährdungshaftung, sondern die Übernahme einer auf Verschulden des anderen Teiles erst begründeten Gefahr in Frage kommt. Gefahr beim Verladen eines Rindes.

b) Makler.

α. SächsOLG. **32** 543 (Dresden). Der Makler, der im Auftrage der ein Pferd verkaufenden Firma das Pferd dem Kauflustigen vorführt und dabei einen Schaden infolge Durchgehens des Pferdes erleidet, hat Schadensersatzansprüche an die verkaufende Firma gemäß § 833.

β. **RG.** R. **11** Nr. 1555. Übernimmt es ein Pferdemakler, für den Pferdebesitzer einem Kauflustigen ein Pferd vorzuführen, so ist eine stillschweigende Übernahme der Gefahr nicht anzunehmen.

c) ElsLothJZ. **11** 187 (Colmar). Fall, in dem stillschweigender Verzicht auf Ersatzansprüche angenommen ist.

d) **RG.** JW. **11** 319, BayRpflZ. **11** 137, ZVersWes. **11** 495. Wer dem Tierhalter eine Gefälligkeit erweist (Anbinden eines Ochsen im Stalle), kann Schadensersatzansprüche geltend machen.

11. SchlHolstAnz. **11** 57 (Kiel). Über die Voraussetzungen der Haftung eines Gastwirts für die Beschädigung eines Pferdes, das ein Gast mit seiner Zustimmung ohne Entgelt in seinen Stall eingestellt hat.

12. Mitwirkendes Verschulden (JDR. **9** Ziff. 10, **8** Ziff. II 8, **7** Ziff. 8, **6** Ziff. 8, **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 9, s. oben § 254).

RG. HansGZ. **11** Beibl. 269. In der Berührung fremder Hunde mit der Hand bei Unkenntnis ihrer Eigenschaften besteht nicht in allen Fällen ein eigenes Verschulden, besonders wenn der Verletzte mit Rücksicht auf das ruhige Verhalten des Hundes beim Betreten des Zimmers und während seines Aufenthalts darin annehmen konnte, es mit einem durchaus gutartigen Tiere zu tun zu haben.

13. R. **11** Nr. 2149 (Hamburg). In Hamburg dürfen Fuhrwerkslenker, soweit es behufs Ab- oder Aufladens von Sachen notwendig ist, ihr Fuhrwerk unbeaufsichtigt auf der Straße stehen lassen.

§ 834. 1. SächsOLG. **32** 94 (Dresden). Wenn auch dem Kreise der nach § 834 Verantwortlichen nicht schon der Kutscher, der die Pferde des Dienstherrn putzt, während dieser Beschäftigung (**RG. 50** 248) und auch dann nicht angehören mag, wenn er die Pferde des im Wagen sitzenden Dienstherrn leitet (SeuffA. **59** 451), so steht doch andererseits nicht ein Abhängigkeitsverhältnis (Dienstvertrag mit dem Tierhalter) der Aufsichtsübernahme durch Vertrag mit dem Tierhalter im Sinne von § 834 entgegen. Vielmehr muß nach dem Wortlaut und Sinne dieser Gesetzesbestimmung genügen, wenn die Führung der Aufsicht nur in bestimmter Richtung, jedoch zugleich zur Verhütung eines Schadens durch das Tier übernommen worden ist (Planck § 834 Anm. 1 a Abs. 1 zu § 834). Es bedarf auch nicht eines ausdrücklich auf die Führung der Aufsicht gerichteten Vertrags, wenn nur sich die Verpflichtung hierzu aus dem Inhalte des sonst zwischen dem Tierhalter und dem Aufseher bestehenden Vertragsverhältnisses ergibt (Planck aaO., **RG.** JW. **05** 203, JDR. **4** § 834 Ziff. 1). Deshalb ist auch ein Dienstverhältnis, das die Verpflichtung des Dienstleistenden begründet, die Zufügung von Schaden durch das Tier und damit die Inanspruchnahme des Dienstberechtigten als Tierhalter zu verhüten, ausreichend zur Begründung des Tatbestandes des § 834. Zu den Aufsichtspersonen des § 834 gehört der Geschirrführer, der die Verpflichtung übernommen hat, sein Geschirr auf den Straßen, nach Befinden weit über Land selbständig und nach eigenem Ermessen zu leiten.

2. SchlHolstAnz. **11** 40 (Kiel). Wer ein fremdes Pferd gegen Vergütung in seinen Stall aufnimmt, ohne es selbst zu benutzen, ist nicht Tierhalter. Er haftet aber als Tieraufseher aus § 834, da er auch die Obhut des Tieres übernommen hat.

§ 835. PrVerwBl. **32** 454 (PrOVG.). Das OVG. verbleibt bei seiner Entscheidung (OVG. **42** 269), nach welcher auf Grund der §§ 835, 254 BGB. und Art. 70 EGBGB. eine allgemeine Pflicht zur Herstellung von Schutzvorrichtungen behufs Verhütung von Wildschaden bei Anlagen, die keine Gärten usw. sind, überhaupt nicht und bei Gärten usw. in Preußen nicht bestehe und daß daher, trotz der unterlassenen Herstellung von Schutzvorrichtungen, Ersatz beansprucht werden könne, sofern nicht dadurch nach den Umständen des Falles wider Treu und Glauben verstoßen wird (vgl. **RG. 52** 349, JW. **05** 367).

§ 836. 1. **RG. 76** 260, R. **11** Nr. 2338. Aus dem Zwecke der Bestimmung, eine Fürsorge für fehlerlose Beschaffenheit von Gebäuden und anderen mit einem Grundstücke verbundenen Werken zu treffen, ergibt sich, daß eine fehlerhafte Errichtung des Werkes dann vorliegt, wenn das Werk infolge der Art und Weise seiner Errichtung den an das Werk zu stellenden Anforderungen nicht gewachsen ist, mag auch bei der Errichtung an sich kein Kunstfehler vorgekommen sein. Eine Anlage ist dann fehlerhaft, wenn sie den regelmäßig zu erwartenden Witterungseinflüssen nicht standhalten kann.

2. **RG. 76** 260, R. **11** Nr. 2337. Unter einem mit einem Grundstücke verbundenen Werke im Sinne des § 836 ist ein einem bestimmten Zwecke dienender, nach gewissen Regeln der Kunst oder der Erfahrung unter Verbindung mit dem Erdkörper hergestellter Gegenstand zu verstehen.

3. **RG. 76** 260, R. **11** Nr. 2336. Die Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bei Errichtung des Werkes wird sich für den Besitzer, der nicht Sachverständiger ist, regelmäßig in der Auswahl tüchtiger Sachverständiger zur Herstellung des Werkes erschöpfen.

4. NaumburgAK. **11** 66 (LG. Magdeburg). Die Beweislast trifft den beklagten Hauseigentümer dahin, daß er in Ansehung des Gebäudes die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat.

5. SeuffA. **11** 473, R. **11** Nr. 2436 (München). Ein Turmgerüst ist zwar ein Werk im Sinne dieser Vorschrift; ist aber das Herabfallen von Gerüststücken durch

einen außerordentlich schweren Orkan veranlaßt, dem auch völlig ordnungsmäßige Gerüste nicht standhalten, so entfällt die Haftung.

6. R. **11** Nr. 501 (Rostock). Für einen Unfall, den der sog. „Pächter" einer Gutsschmiede dadurch erlitten hat, daß er bei Vornahme einer notwendigen Arbeit auf dem Gutsbogen durch die morschen Einschubbretter der Decke gebrochen ist, haftet der Gutsbesitzer nach § 836 BGB.

7. **RG.** ZVersWes. **11** 3. Haftpflicht des Hauseigentümers für herabfallende Ziegel.

§ 839. 1. *Eckstein, AÖffR. **27** 558. Begriff des Beamten: zu scheiden Beamter im engeren Sinne (autoritativer Träger der Staatsgewalt) und Staatsangestellter (= Privatangestellter des Fiskus). Nur der erstere von § 839 betroffen.

2. **RG.** JW. **11** 452. Ein objektiver Verstoß gegen eine Amtspflicht im Sinne des § 839 liegt vor, wenn ein dem Publikum gegenüber mit öffentlicher Autorität bekleideter Beamter unter Überschreitung seines Amtsbereichs eine urkundliche Erklärung abgibt, die nach ihrer Form beim Publikum den Anschein einer von zuständigen Beamten ausgestellten öffentlichen Urkunde, einer amtlichen Beurkundung zu erwecken und so irrezuführen, die Sicherheit des Verkehrs zu gefährden geeignet ist (**RG.** WarnE. **09** Nr. 508, **RG. 71** 60, JDR. 8 § 839 Ziff. 3 a). S. unten Ziff. 3k.

3. a) **RG. 74** 250, SchlHolstAnz. **11** 19, HansGZ. **11** Hptbl. 13, JW. **11** 27. DJZ. **11** 281. Verhältnis des § 839 Abs. 1 Satz 2 zu § 823 Abs. 1. Über das Verhältnis der besonderen Beamtenhaftung des § 839 zu der allgemeinen Verantwortlichkeit für „unerlaubte Handlungen" sind in der Literatur verschiedene Ansichten aufgestellt. Auf der einen Seite wird die Meinung vertreten, daß auch der Beamte beim Vorliegen eines der allgemeinen Delikte unbeschränkt hafte und daß ihm die Schutzbestimmungen des § 839 nur dann zur Seite ständen, wenn ausschließlich der besondere Tatbestand dieses Paragraphen, die Schadenszufügung durch Verletzung der Amtspflicht vorliege. Andere lehren, daß die Abschwächung der Haftung, wie sie § 839 regelt, in allen Fällen Platz greifen müsse, wo sich das allgemeine Delikt zugleich als eine Verletzung der Amtspflicht darstelle. RG. behandelt nur das Verhältnis des § 839 Abs. 1 Satz 2 zu § 823 Abs. 1, d. h. die Frage, ob dem Beamten der Rechtssatz, daß er bei Fahrlässigkeit nur aushilfsweise zu haften brauche auch dann zur Seite steht, wenn sich die ihm zur Last fallende Verletzung der Amtspflicht zugleich als widerrechtliche Verletzung fremden Eigentums darstellt. In dieser Beschränkung tritt RG. der zweiten Meinung bei: das Gesetz hat die Abschwächung der Haftung der Beamten in Fällen bloßer Fahrlässigkeit im öffentlichen Interesse eingeführt. Es soll vermieden werden, daß sich die Beamten, um Ersatzansprüchen zu entgehen, einer übertriebenen Ängstlichkeit hingeben, die den Dienst verlangsamen und für den Staat sowohl wie für die Bevölkerung selbst nachteilig wirken müßte. Dieser Zweck des Gesetzes würde nur in sehr unvollkommener Weise erreicht werden, wenn die subsidiäre Haftung ausschließlich auf solche Fälle der Vermögensbeschädigung bezogen werden dürfte, die nicht zugleich eines der im § 823 genannten Rechtsgüter betreffen. Ein innerer Grund für eine unterschiedliche Behandlung der Beamtenhaftung in diesen beiden Fällen ist nicht zu erkennen. Ebenso **RG.** JW. **11** 85, GruchotsBeitr. **55** 829.

b) SeuffA. **66** 404 (München). Verhältnis des § 839 zu § 823. Die Haftung des Beamten bemißt sich nach § 823 Abs. 1, wenn das Vorhandensein einer Amtshandlung bei Vornahme der schädigenden Handlung überhaupt verneint wird; die Haftung wird durch die Sonderbestimmung des § 839 absorbiert, wenn die Handlung, aus welcher die Haftung abgeleitet werden soll, sich als Amtshandlung darstellt und nicht bloß aus Veranlassung, d. h. bei Gelegenheit ihrer Ausübung vorgenommen wird.

4. **RG.** JW. **11** 366. Verhältnis des § 839 zum § 840. Wenn nach § 840 auch mehrere als Gesamtschuldner haften, so bleibt von dieser Vorschrift doch der § 839 unberührt, so daß, wenn es sich um einen von einem Beamten durch fahrlässige Verletzung der Amtspflicht verursachten Schaden handelt, der Beamte auf diese Gegenleistung nur hilfsweise in Anspruch genommen werden kann.

5. **RG.** SeuffA. **66** 380, BayRpflZ. **11** 117, ZBlFG. **11** 742. Verhältnis des § 12 GBO. zum § 839. Auch der Staat haftet nach § 12 GBO. nur unter den Beschränkungen, unter denen beim Fehlen des § 12 GBO. der Beamte selbst nach § 839 gehaftet haben würde. Mithin gilt auch für die Haftung des Staates aus § 12 GBO. die im § 839 Abs. 3 gegebene Beschränkung, wonach eine Ersatzpflicht überhaupt nicht eintritt, sondern ausgeschlossen ist, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels ab uwenden, wenn er also nicht bloß die Möglichkeit hatte, zur Abwendung des Schadens ein Rechtsmittel zu benutzen, sondern wenn die Nichtbenutzung dieses Rechtsmittels auch schuldhaft war. Nicht unter allen Umständen ist es ein Verschulden, wenn von einer Beschwerde Abstand genommen wird. Die Beweislast des Verschuldens nach § 839 Abs. 3 trifft den Fiskus.

6. **RG.** PosMSchr. **11** 99, GruchotsBeitr. **55** 1004. Der Beamte haftet auch dann nur aushilfsweise (d. h. wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz verlangen kann), wenn die fahrlässige Verletzung der Amtspflicht gleichzeitig einen Verstoß gegen § 823 enthält. Die Behauptung, daß der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu verlangen vermöge, gehört zur Klagebegründung.

7. **RG.** JW. **11** 42, DJZ. **11** 283, R. **11** Nr. 337. An sich ist die Vorschrift des § 839 auch auf die mit der Verwaltung des Staats- oder Gemeindeguts betrauten oder in Unternehmerbetrieben des Staates oder der Gemeinde beschäftigten Beamten anwendbar. Immer jedoch setzt der § 839 voraus, daß ein (öffentlicher) Beamter die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt hat, und das trifft hier keinesfalls insofern zu, als S. in seiner Funktion des Badekommissars fahrlässigerweise den Unfall eines Badegastes verursacht hat. Denn in dieser ihm nicht durch Verwaltungsorganisation oder Ortsstatut, sondern durch privatrechtlichen Vertrag anvertrauten Stellung handelte der Beklagte nicht als Beamter, und insoweit konnte er nicht eine Amtspflicht verletzen. Er haftet dem Verletzten aus § 823 unbeschränkt und kann, auch wenn er damit zugleich gegen seine Pflicht als Gemeindevorsteher verstoßen hätte, nicht die Beschränkung der Haftung nach § 839 anrufen.

8. SeuffBl. **11** 321 (BayObLG.). Die Haftung des Staates geht nicht weiter als die im § 839 bestimmte Verantwortlichkeit des Beamten, an dessen Stelle der Staat tritt. Es kann also die Entschädigungspflicht des Staates nur insoweit in Anspruch genommen werden, als der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu finden vermag. Der in Anspruch genommene Staat ist berechtigt, die Ersatzleistung völlig zu verweigern, wenn die im § 852 BGB. vorgesehenen Voraussetzungen für die Verjährung der Ersatzansprüche des Verletzten erfüllt sind.

9. HansGZ. **11** Beibl. 208 (Hamburg). Beim Wechselprotest ist nicht nur derjenige, welcher den Notar mit der Aufnahme des Protestes beauftragt hat, sondern sind alle Indossatare des Wechsels als schadensersatzberechtigte Dritte im Sinne des Gesetzes anzusehen, denn die Erhebung des Protestes bildet die Voraussetzung für ihren Regreß gegen ihre Vormänner. Auch der Aussteller gehört zu den Dritten

10. **RG.** R. **11** Nr. 3184. Die Amtspflichtverletzung kann auch wegen Rechtsirrtums entschuldbar sein; dies gilt insbesondere für Amtshandlungen kleiner Landgemeinden auf Ersuchen größerer Gemeinden.

11. **RG.** SeuffA. **65** 108 = JDR. **8** § 839 Ziff. 3 b.

12. Urkundsbeamte im allgemeinen.

RG. R. **11** Nr. 1937. Schuldhafte Fahrlässigkeit eines Urkundsbeamten liegt nicht schon darin, daß er statt des im Gesetze selbst vorgesehenen Vermerkes einen nach der damaligen Rechtsprechung gleichbedeutenden aufnimmt. Die Revision will in jedem Falle eine Fahrlässigkeit des Amtsrichters darin erblicken, daß er nicht einfach nach dem klaren Gesetzestexte des § 2242 Abs. 2 BGB. die Erklärung des Erblassers, daß er nicht schreiben könne, im Protokolle festgestellt habe. Dem kann nicht beigetreten werden. Zwar hat nach der Rechtsprechung des IV. Sen. des RG. die Erklärung des Erblassers über sein Unvermögen, zu unterschreiben, und darin Feststellung im Protokoll als wesentliche Formvorschrift zu gelten (JW. **03** 30 Beil. 3, **RG. 50** 215, R. **09** Nr. 2130, **RG. 65** 372); und es wird sich daher empfehlen, daß die Urkundspersonen sich an die Gesetzesworte des § 2242 Abs. 2 BGB. halten. Aber es wird für genügend erachtet, wenn die Erklärung des Erblassers, nicht schreiben zu können, überhaupt in irgendeiner Weise aus dem Protokoll ersichtlich ist, und es wird namentlich angenommen, daß in der Genehmigung des Testamentstextes, der die objektive Feststellung der Schreibunfähigkeit des Erblassers enthält, die Feststellung gefunden werden kann, der Erblasser habe erklärt, nicht schreiben zu können (**RG. 56** 368, 369, **65** 375, **69** 83). Hiernach durfte der Amtsrichter annehmen, daß durch die geschehene Vorlesung und Genehmigung der Testamentsprotokolle die Formvorschrift des § 2242 BGB. erfüllt sei.

13. Einzelne Fälle.

a) Notar (JDR. **9** § 839 Ziff. 6 a, **8** Ziff. 12 b, **7** Ziff. 12 a, **6** Ziff. 7 c, **5** Ziff. 8 a).

α. BayNotZ. **11** 26, DJZ. **11** 217 f. JDR. **9** § 839 Ziff. 6 a α, ZBlFG. **11** 408, JW. **10** 1004.

β. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 1003, ZBlFG. **12** 23, R. **11** Nr. 1556. Der Notar, welcher um die Beurkundung der Erklärung der Abtretung eines seinem Auftraggeber gehörenden Geschäftsanteils einer GmbH. angegangen ist, macht sich nicht dadurch verantwortlich, daß er es unterläßt, seinen Auftraggeber darüber zu belehren, daß auch die Annahmeerklärung des Erwerbers der notariellen Beurkundung bedürfe. Denn der Notar ist, sofern er lediglich als solcher als Urkundsbeamter in Anspruch genommen ist, zu einer weiteren Belehrung, als sie für das Zustandekommen einer rechtswirksamen Beurkundung erforderlich und durch Art. 40 PrFGG. geboten ist, nicht verpflichtet.

γ. RheinA. **108** 262 (Cöln). Auf juristischem Gebiete ist Fahrlässigkeit des Notars nur dann anzunehmen, wenn er eine bestimmte Gesetzesvorschrift verletzt oder gegen allgemein anerkannte Rechtsregeln verstoßen hat.

δ. R. **11** Nr. 502 (BayObLG.). Nichtbehebung eigener Zweifel an der Rechtsgültigkeit des zu beurkundenden Geschäfts begründet eine Pflichtverletzung des Notars.

ε. **RG.** SeuffA. **66** 192. Haftung eines Notars für die von ihm verschuldete Rangverschlechterung einer verpfändeten Hypothek.

ζ. Josef, ZBlFG. **12** 19. Schadensersatzpflicht des Notars wegen verzögerter Ausfertigung gegen **RG.** JW. **10** 234, JDR. **9** § 839 Ziff. 6 a γ.

b) Grundbuchrichter (JDR. **9** § 839 Ziff. 6 b, **8** Ziff. 12 d, **7** Ziff. 12 c).

ThürBl. **58** 38 (Jena). Der Grundbuchrichter verletzt fahrlässig seine Amtspflicht wenn er gegen klare, unmißverstehbare Gesetzesvorschriften oder gegen anerkannt, in den oberstrichterlichen Entscheidungen zur Geltung gebrachte Rechtsgrundsätze gefehlt hat (**RG. 57** 279, **59** 381, **60** 392, JW. **06** 132, R. **03** 209, OLG. **10** 320).

c) Subhastationsrichter (JDR. **9** § 839 Ziff. 6 d, **8** Ziff. 12 c, **7** Ziff. 12 b, **6** Ziff. 7 d).

RG. ZBlFG. **12** 118. Über die Haftung des Vollstreckungsgerichts im Falle unzulässiger Verlegung des Termins zur Verkündung des Beschlusses über die Erteilung oder Verlegung des Zuschlags. Haftung mangels Fahrlässigkeit vorliegend verneint.

d) BayRpflZ. **11** 321 (Bamberg). Klage auf Zurückerstattung zu Unrecht erhobener Gebühren und von Zinsen hieraus. Unzuständigkeit des Gerichts. Klage aus § 839 wegen Verschulden des Amtsrichters. Ausschluß der Haftpflicht wegen unterlassener Aufsichtsbeschwerde.

e) Vormundschaftsrichter.

α. **RG.** SchlHolstAnz. **11** 141. Der Vormundschaftsrichter ist nicht befugt, auf Kosten des Staates Aufwendungen zu machen, um einen aus der Lehre entlaufenen Mündel wieder zu seinem Lehrherrn zurückführen zu lassen. Der Richter haftet für diese Kosten.

β. ZBlFG. **11** 462 Nr. 408 (Kiel). Haftung des Vormundschaftsrichters für die der Staatskasse durch die Zurückführung eines entlaufenen Mündels entstandenen Kosten.

f) Gerichtsvollzieher.

α. **RG.** R. **11** Nr. 1137. Der Gerichtsvollzieher ist nicht schadensersatzpflichtig, wenn er trotz Mißverhältnisses zwischen Schätzungswert und Höchstgebot den Zuschlag erteilt.

β. **RG.** R. **11** Nr. 1138. Mitteilung des Versteigerungstermins an einen 16 jährigen Lehrling des Gläubigers, der die Mitteilung nicht weitergibt, macht den Gerichtsvollzieher schadensersatzpflichtig.

g) RG. EisenbE. **27** 326, BankA. **10**, JW. **11** 46, LeipzZ. **11** 144, 255, R. **11** Nr. 62. In der Fehlleitung eines Eilwertbriefs durch einen Postassistenten kann die Verletzung einer diesem einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht gefunden werden.

h) α. **RG.** JW. **11** 714. Haftung eines Bürgermeisters oder eines Gutsvorstehers bei Aufnahme eines Nottestaments. An den Bürgermeister kleiner, abgelegener Landgemeinden und ebenso an die das Amt eines Gutsvorstehers bekleidenden Pächter kleiner Domänen ist hinsichtlich ihrer Verantwortlichkeit Dritten gegenüber bei der Verletzung von Amtspflichten nicht der Maßstab eines vorgebildeten Berufsbeamten zu legen. Namentlich erscheint bei der Prüfung der Frage, ob solchen Beamten eine objektive Amtspflichtverletzung zum Verschulden anzurechnen ist, eine milde Beurteilung dann angebracht, wenn es sich um ein außerhalb des gewöhnlichen Geschäftskreises liegendes Amtsgeschäft handelt und sie durch die Umstände des Falles zur schnellen Entschließung genötigt waren.

b. FrankfRundsch. **45** 46 (Frankfurt). Über die Haftung des Bürgermeisters bei Unterschriftsbeglaubigungen.

i) Ortsvorsteher.

α. R. **11** Nr. 739 (Stuttgart). Durch eine seitens eines württembergischen Ortsvorstehers unrichtig erteilte amtliche Auskunft über das Vermögen des Schuldners und über Schätzungswert und Hypothekenbelastung eines Grundstücks wird eine Amtspflichtverletzung gegenüber jedem Gläubiger begangen, welcher auf Grund der betreffenden Urkunden die Forderung erwirbt.

β. WürttZ. **11** 312 (Stuttgart) über die Haftung des Ortsvorstehers bei Testamentserrichtungen.

k) RG. JW. **11** 452 (s. oben Ziff. 2). Haftung eines Gemeinderats, der, wenn auch unter Überschreitung seiner Amtsbefugnisse, die Echtheit von Bürgenunterschriften bestätigt, die gefälscht waren.

l) WürttRpflZ. **4** 58 (Stuttgart). Haftung der Gemeinde für die Amtshandlungen des Gemeinderats als Schätzungsbehörde (Württ. Recht).

m) WürttRpflZ. **4** 355 (Stuttgart). Keine Haftung einer Gemeinde für einen Schaden, der dadurch entstanden ist, daß der Gerichtsvollzieher ein Fach eines Kassenschrankes des Schuldners in dessen zeitweiliger Abwesenheit durch einen Schlosser gewaltsam öffnen ließ (Württ. Recht).

n) BadRpr. **11** 193 (Karlsruhe). Haftung des badischen Staates für Amtspflichtverletzungen eines Notars in der Eigenschaft als Vollstreckungsbeamten bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks.

o) WürttJ. **23** 292 (Stuttgart). Körperverletzung durch einen Polizeibeamten. Zur Anwendung des § 839 gegen den Beamten genügt nicht die Feststellung einer vorsätzlichen Körperverletzung, sondern es muß noch weiter festgestellt werden, daß diese vorsätzliche Körperverletzung eine Verletzung der Amtspflicht darstellt. Die Beweispflicht trifft den Kläger.

p) Sommer, BraunschwZ. **11** 85. Der Waisenrat haftet nicht nach § 839, sondern nur aus den §§ 823 ff. (vgl. JDR. **9** § 839 Ziff. 6 l).

§ 840. 1. Ruth aaO. wendet sich gegen **RG. 71** 7. Das RG. stelle den Satz auf, daß ein Tierhalter für den durch sein eigenes Tier angerichteten Schaden auch dann verantwortlich sei, wenn er selbst der Beschädigte sei. Es könne aber niemand sich selbst aus einer unerlaubten Handlung verantwortlich sein. Der beschädigte Tierhalter ist nicht im Sinne des § 840 Abs. 3 eine Person, die nach den §§ 833—838 zum Ersatze des Schadens verantwortlich ist.

Dreyfus wendet sich gegen Ruth.

2. EisenbE. **27** 285 (Dresden) = JDR. **9** § 840 Ziff. 2.

3. **RG.** JW. **11** 753, BayRpflZ. **11** 336, SächsOLG. **32** 548 Anm., DJZ. **11** 1218. Über den Ausgleichsanspruch zwischen Kraftwagenführer und einer Straßenbahn s. oben § 426 Ziff. 4 b.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 1095, RheinA. **108** 358, JW. **11** 220. Unter § 840 Abs. 3 fällt auch die Haftung aus § 1 HaftpflG. Andererseits ist eine entsprechende Ausdehnung des im § 840 Abs. 3 zugunsten der nach §§ 833—838 haftenden Personen geschaffenen Ausnahmerechts, wonach ihre Haftung in dem inneren Verhältnisse zu dem mitverantwortlichen Dritten wegfällt, auf den nach § 1 HaftpflG. haftenden Eisenbahnunternehmer nicht statthaft; denn es handelt sich im § 840 Abs. 3 nicht um eine allgemeine Rechtsregel, die analog angewendet werden könnte, sondern der dieser Vorschrift zugrunde liegende Gedanke, daß derjenige, welcher aus wirklichem Verschulden haftet, keine Ausgleichung bei demjenigen suchen soll, der nur aus vermutetem Verschulden ersatzpflichtig ist, ist nur in ganz bestimmten, im Abs. 3 des § 840 aufgezählten Einzelanwendungen durchgeführt. Regelt § 840 Abs. 3 auch zunächst nur die Ausgleichungspflicht mehrerer Gesamtschuldner, die aus einer unerlaubten Handlung nebeneinander dem Verletzten haften, so findet diese Vorschrift unbedenklich doch auch dann Anwendung, wenn der Dritte auf Grund des § 254 seinerseits vom Beschädigten begehrt, daß er einen Teil des Schadens auf sich nehme, weil er nach §§ 833—838 ersatzpflichtig sei (**RG. 71** 7). Es tritt auch in solchem Falle die Ausgleichungspflicht des Abs. 3 ein.

5. WürttZ. **23** 20 (Stuttgart). Im Sinne des § 840 Abs. 3 ist die Haftung aus dem HaftpflG. den unerlaubten Handlungen gleichzusetzen. Dem Beklagten (Eisenbahnfiskus) steht nun aber, um seine Haftung aus § 840 Abs. 3 abzuwenden, die Geltendmachung des Einwandes offen, der Tierhalter hafte dem Verletzten nicht nur als Tierhalter, sondern auch aus anderen rechtlichen Gründen. Denn wenn dies richtig ist, so trifft die Regel des § 840 Abs. 3, welche ihrem Sinne nach voraussetzt, daß der Regreßnehmende nur unter dem rechtlichen Gesichtspunkte der Tierhaltung verpflichtet ist, nicht mehr zu. Dann muß vielmehr die im § 426 Abs. 1 aufgestellte allgemeine Regel Anwendung finden, daß Gesamtschuldner zur gemeinsamen Begleichung der gegen sie bestehenden Ansprüche, und zwar im Zweifel zu gleichen

Anteilen (Satz 1 das.), verpflichtet sind. In solchem Falle muß der Kläger (Tierhalter) die Hälfte des Schadens allein tragen.

6. **RG.** JW. **11** 366. Verhältnis zum § 839 s. oben § 839 Ziff. 4.

7. Meyer, R. **11** 153 f. Die Vorschrift des § 840 Abs. 3 BGB., wonach in Fällen von Gesamtschuld, wenn auf der einen Seite Gefährdungshaftung, auf der anderen Haftung aus Verschulden vorliegt, im Verhältnisse der beiden Verpflichteten zueinander der Urheber der schuldhaften Handlung den Schaden, für den er verantwortlich ist, allein zu tragen hat, ist auch auf Gefährdungshaftung nach § 1 HaftpflG. anzuwenden (**RG. 71** 8).

§ 843. 1. **RG.** JW. **11** 650. War der Kläger schon zur Zeit mit einer Krankheitsanlage behaftet, die in naturgemäßer Weiterentwickelung seine Arbeitsfähigkeit nachteilig beeinflußt haben würde, auch wenn er durch den Unfall nicht verletzt wäre, so ist das für die Rente, ihrer Höhe und Dauer nach, erheblich. Die Ersatzpflicht des Beklagten würde dadurch gemindert (**RG.** JW. **06** 204). Ob das Rückenmarksleiden mit seinen Folgen den Kläger in noch ungeschwächter Arbeitsfähigkeit betroffen hat oder ob diese auch ohne den Unfall schon durch eine ausschweifende Lebensweise so bedroht war, daß ein baldiges Versagen der Arbeitskraft ohnedies zu erwarten war, ist für die Festsetzung der Rente hinsichtlich ihrer Höhe und Dauer von Bedeutung.

2. RheinA. **108** 274 (Cöln). Die Leistungsklage des Geschädigten kann nur auf gegenwärtige Vermögensminderung gerichtet werden. Wegen künftig etwa eintretender Schadenfolgen ist die Feststellungsklage gegeben. — Wegen des durch eine unerlaubte Handlung verursachten Schadens kann sich der Verletzte unter allen Umständen an den Schädiger halten und den Einwand zurückweisen, daß er, der Verletzte, kraft eines besonderen Rechtsverhältnisses in der Lage sei, sich wegen des ihm aus der unerlaubten Handlung erwachsenden Schadens an einem Dritten zu erholen.

3. Berücksichtigung der künftigen Gestaltung (JDR. **9** § 843 Ziff. 2, **8** Ziff. 3, **7** Ziff. 1, **6** Ziff. 1, **5** Ziff. 1).

a) **RG.** JW. **11** 325. Festsetzung der Zukunftsrente nach dem regelmäßigen und gewöhnlichen Laufe der Dinge (**RG. 63** 195, JW. **05** 283, 493, **06** 308, 548, **09** 271, 686, **10** 65). — Prüfung der Frage, ob und in welchem Maße eine Bedienungsfrau wegen ihrer um 50 pCt. geminderten Arbeitsfähigkeit noch neben der Besorgung der häuslichen Geschäfte andere Arbeiten übernehmen kann, die ihr einen Verdienst einbringen.

b) Berücksichtigung des Alters.

RG. BayRpflZ. **11** 86 = JDR. **9** § 843 Ziff. 2 c (HessRspr. **10** 122).

4. **RG.** R. **11** Nr. 2891. Ist die geforderte Rente ausdrücklich auch mit der Vermehrung der Bedürfnisse für Heilung und Pflege begründet, so kann daneben nicht nochmals Feststellung der künftigen Ersatzpflicht hinsichtlich dieser Posten begehrt werden.

5. **RG.** R. **11** Nr. 2892. Die Liquidation einer Straßenbahn-Aktiengesellschaft wegen Übernahme durch eine Großstadt gibt im Hinblick auf § 301 HGB. an und für sich noch keinen Grund zur Zubilligung einer Kapitalabfindung.

6. **RG.** EisenbE. **27** 300 = JDR. **9** § 843 Ziff. 5 a.

7. a) **RG.** JW. **11** 810. Bei körperlicher Verletzung einer Ehefrau steht ein Schadensersatzanspruch wegen Wegfalls ihrer Dienste im Hauswesen und im Geschäfte des Ehemanns (§ 1356 Abs. 2 BGB.) nach § 845 BGB. dem Ehemann und nur diesem zu; ein Anspruch der Ehefrau selbst wegen verminderter oder aufgehobener Erwerbsfähigkeit besteht daneben, soweit es sich um die infolge der Verletzung notwendig gewordene Einstellung oder Einschränkung dieser Tätigkeit handelt, nicht (**RG. 63** 195, **64** 323, JW. **05** 341 Nr. 12, **06** 385 Nr. 13, 469 Nr. 26, **08** 273,

WarnE. **08** Nr. 520, **09** Nr. 300, abweichend ebenda **08** Nr. 640). Die Eheleute sind daher gezwungen, um Kurkosten, Schmerzensgeld und den Schadensersatz wegen aufgehobener oder verminderter Erwerbsfähigkeit der Ehefrau geltend zu machen, entweder gemeinschaftlich zu klagen oder die Ansprüche gesondert in verschiedenen Prozessen zu erheben. Dieser Rechtszustand gilt indessen nur für das eheliche Güterrecht nach dem gesetzlichen Güterstande. Bei den Güterständen der Gütergemeinschaft ist dagegen der Anspruch wegen des Wegfalls der häuslichen und geschäftlichen Tätigkeit der Ehefrau zum Gesamtgute gehörig und deshalb von dem Ehemanne zu verfolgen, mit dessen Zustimmung kann er aber auch von der Ehefrau verfolgt werden (**RG. 60** 146, **73** 309, WarnE. **09** Nr. 300). Die Rechtsprechung des RG. hat ständig anerkannt, daß ein Schadensersatzanspruch der Ehefrau selbst wegen Wegfalls ihrer Dienste im Hauswesen und im Geschäft ihres Ehemanns wenigstens insoweit besteht, als die Vermehrung der Ausgaben für den Haushalt und das Geschäft auf das Maß des von dem Ehemanne der Ehefrau zu gewährenden Unterhalts eine Rückwirkung ausübt (**RG. 47** 84, **63** 195, JW. **05** 341 Nr. 12, **06** 385 Nr. 12, 469 Nr. 26, 751 Nr. 23, **09** 483 Nr. 1, WarnE. **10** Nr. 197).

b) **RG.** JW. **11** 773. Schadensersatz bei Verletzung der Ehefrau. Sowohl § 843 BGB. wie § 3a HaftpflG. stehen auf dem Standpunkte, daß dem Verletzten der bestimmte Schaden zu ersetzen ist, den er nach seinen Erwerbsverhältnissen infolge der durch die Verletzung verursachten Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit wirklich erleidet. Dieser tatsächliche Vermögensnachteil kann sich in den einzelnen Fällen unter sonst gleichen Verhältnissen verschieden gestalten. Kommen einem verletzten Gewerbetreibenden die Hilfeleistungen seiner Ehefrau oder seiner Kinder zustatten, die seine Geschäftsunkosten verringern, so ist sein Erwerbsausfall größer als der etwa eines Witwers, der an Stelle der Ehefrau eine bezahlte Hilfskraft in seinem Geschäfte verwenden mußte. Aber es kann nicht davon die Rede sein, daß einem Verletzten bei Bemessung des Schadensersatzes Geschäftsunkosten zu Lasten geschrieben werden müßten, die er tatsächlich nicht gehabt hat. Aus dem zwischen dem HaftpflG. und dem BGB. bestehenden Unterschiede dahin, daß nach dem ersteren ein Schadensersatzanspruch, der mittelbar durch die Tötung, Körperverletzung oder Freiheitsentziehung einer anderen Person beschädigten Personen, wie ihn § 845 BGB. anerkennt, nicht gegeben ist, so daß der Ehemann bei einer Verletzung *seiner Ehefrau* wegen des Wegfalls ihrer Dienste in seinem Hauswesen oder Gewerbe Ansprüche gegen den Eisenbahnbetriebsunternehmer nicht erheben kann, ergibt sich nichts für den davon völlig verschiedenen Fall, daß der Ehemann, dem seine Ehefrau jene Dienste leistete, *selbst* der Verletzte ist. Sein eigener Schaden ist dem Verletzten nach beiden Gesetzen in dem ganzen Umfange zu erstatten, in dem er ihn erlitten hat.

c) SchlHolstAnz. **11** 87 (Kiel). Bei in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten kann auch die Ehefrau zum Gesamtgute gehörende Ersatzansprüche geltend machen, sofern der Ehemann damit einverstanden ist. Der Gefahr einer nochmaligen Zahlung wird dadurch begegnet, daß die Verurteilung zur Zahlung nach Wahl des Beklagten an die Klägerin oder deren Ehemann zu erfolgen hat (**RG. 60** 147).

8. **RG.** JW. **11** 774, BayRpflZ. **11** 387. Die Bestimmung des § 843 Abs. 4 BGB., wonach der Schadensersatzanspruch des Verletzten dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß ein anderer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat, bezieht sich zwar ihrem Wortlaute nach zunächst auch nur auf die Fälle der Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit oder der Vermehrung der Bedürfnisse des Verletzten. Nach der Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesvorschrift besteht aber kein Zweifel daran, daß damit ein allgemeiner, den ganzen Inhalt der Schadensersatzpflicht wegen Verletzung des Körpers oder der Gesundheit umfassender Grundsatz aufgestellt werden sollte. Auch der Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten wird daher

durch einen dem Verletzten seinen Verwandten gegenüber zustehenden gesetzlichen Unterhaltsanspruch grundsätzlich nicht berührt (**RG. 65** 163). Auch für das Gebiet des HaftpflG. hat infolge der Bezugnahme des § 843 Abs. 4 BGB. im § 7 dieses Gesetzes der gleiche Grundsatz Geltung. Die Annahme des BerG., daß der Anspruch auf Erstattung der Heilungskosten nicht dem Kläger, sondern dessen Vater zustehe, verletzt daher das Gesetz.

9. SächsOLG. **32** 85 (Dresden) = JDR. **9** § 843 Ziff. 6 b, OLG. **20** 267.

10. WürttJ. **23** 283 (Stuttgart). Herabsetzung der Unfallsrente zufolge Verehelichung der Rentenempfängerin abgelehnt.

§ 844. 1. **RG.** JW. **11** 153, PosMSchr. **11** 36, FrankfRundsch. **45** 5. Bei den Schadensersatzansprüchen der §§ 844, 845 ist die zwar nicht voraussehbare, aber zu vermutende künftige Entwickelung ins Auge zu fassen.

2. **RG.** JW. **11** 185. Unzutreffend ist es, anzunehmen, daß infolge des Überganges der Unterhaltspflicht von dem getöteten Vater auf die Mutter die Unterhaltspflicht der Kinder den Schaden der Witwe vergrößere (**RG. 64** 360). Keinenfalls durften ohne weiteres die ungetrennt in e i n e r Summe zusammengefaßten Ansprüche der Witwe und der Kinder gleichermaßen unterschiedslos dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt werden.

3. **RG.** JW. **11** 488. Dauer der Rente, die ein Unterhaltsberechtigter in Anspruch nimmt. Verlangen der Zahlung einer Rente bis zum 65. Lebensjahre. Im Verfahren über den Betrag ist zu berücksichtigen, daß die Unterhaltsberechtigte wegen der Tötung ihres Ehemanns eine Unfallrente bezieht.

4. RheinA. **108** 148 (Cöln). Der Schadensersatzanspruch der Witwe eines getöteten Beamten gegen den Ersatzpflichtigen gemäß § 844 erstreckt sich nicht auf den Verlust, den sie dadurch erleidet, daß ihre Witwenpension durch den vorzeitigen Tod des Mannes eine geringere ist.

5. **RG. 74** 274, JW. **11** 63. Der Anspruch aus § 844 Abs. 2 ist kein Unterhalts-, sondern ein Schadensersatzanspruch und insofern an sich zunächst nicht durch Hilfsbedürftigkeit des Schadensersatzberechtigten bedingt, die Leistung des nach § 844 Schadensersatzverpflichteten nach Inhalt und Voraussetzungen verschieden von der Leistung, zu der der Armenverband nach dem Unterstützungswohnsitzgesetze verpflichtet ist. Indessen ist die nach § 844 Abs. 2 zu leistende Rente ebenso unzweifelhaft dazu bestimmt, an die Stelle der Unterhaltsleistung zu treten, zu der der Getötete verpflichtet gewesen wäre, und nach der Eigenart dieser Schadensersatzleistung, ein Surrogat der Unterhaltsleistung zu sein, erscheint es gerechtfertigt, die Leistung des hiernach Schadensersatzverpflichteten als der des Ortsarmenverbandes, einer auf öffentlichem Rechte beruhenden Unterhaltsleistung, gleichartig im Sinne des § 62 UWG. zu erachten.

6. **RG. 74** 375, R. **11** Nr. 65. Daß der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes gegen seinen Vater bei dessen Tode auf seine Erben übergeht, schließt im Falle der Tötung des Vaters den Anspruch des Kindes gegen den Haftpflichtigen aus § 844 Abs. 2 nicht aus, wenn die Erben mangels Nachlaßmasse die Befriedigung des Klägers verweigern. Denn es macht keinen Unterschied, ob das Recht des Dritten gegen den Getöteten auf Unterhaltsgewährung infolge der Tötung ohne weiteres wegfällt, wie in dem Falle, wo die Unterhaltspflicht auf die Erben des Getöteten nicht übergeht, oder ob es trotz des Überganges der Verpflichtung auf diese durch ein unter gewissen Umständen — unzulängliche Nachlaßmasse — begründetes Gegenrecht der Erben unwirksam gemacht wird.

7. **RG.** R. **11** Nr. 2894. Die Darlegung der Bedürftigkeit obliegt dem Kläger; er muß daher auch die Höhe seiner anderweitigen Bezüge (z. B. Invalidenpension) bezeichnen.

§ 845. 1. **RG.** JW. **11** 35 (o. zu § 249 Ziff. I 9). Die einer in Gütergemeinschaft lebenden Ehefrau von der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft gewährten Renten sind auf den seitens des Ehemanns von dem zum Schadensersatze verpflichteten Dritten geforderten Betrag in Anrechnung zu bringen. Insoweit ist der Kläger nicht geschädigt.

2. BadRpr. **11** 138 (Karlsruhe). Der Ehemann hat keinen Schadensersatzanspruch aus § 845, wenn seine Ehefrau infolge des Schreckens über eine Verletzung des Kindes erkrankt ist. § 845 setzt voraus, daß die Ehefrau die „Verletzte" ist.

§ 847. 1. *Eckstein, Welche Ansprüche konkurrieren mit dem Anspruch aus § 847? SeuffBl. **76** 582/5. Gegenstand des Anspruchs aus § 847 ist nur der körperliche, nicht der psychische Schmerz. Schmerzensgeld und ein Anspruch aus der Verletzung der Geschlechtsehre können kumulieren. Schmerzensgeld und Buße schließen sich aus. Aberkennung im Zivilprozesse hindert Anerkennung im Strafprozesse. Umgekehrt nicht. Der Zivilanspruch bleibt auch insoweit unberührt, als der Strafrichter nicht den ganzen Tatbestand als erwiesen annimmt.

2. a) Schwartz, DJZ. **11** 280, teilt die Entsch. des RG. (JW. **10** 764) mit, nach welcher im Falle des § 146 Abs. 3 LwUVG. kein Schmerzensgeld verlangt werden kann, sowie eine Entsch. des OLG. Posen, das sich für die Gewährung des Schmerzensgeldes ausgesprochen hat. Verf. stimmt dem letztgenannten Urteile bei.

b) Hammeley aaO. bejaht die Frage, ob gemäß § 146 Abs. 3 ein Anspruch auf Schmerzensgeld gemäß § 847 zuzubilligen ist. — Vgl. unten Ziff. 7.

3. **RG.** JW. **11** 279. Der Anspruch aus § 847 setzt das Vorhandensein eines Schadens aus rechtswidriger Körperverletzung voraus. Es kann Fälle geben, in denen die Körperverletzung keinen Schaden verursacht, der nicht Vermögensschaden ist. Sobald aber die Verletzung Schmerzen, seelische Qualen, Sorgen, eine Entstellung zur Folge hat, ist ein solcher Schaden ohne weiteres gegeben (JW. **07** 202). In diesem Falle kann der Richter nicht, weil er den Schaden für „verhältnismäßig geringfügig" ansieht, den Ersatz gänzlich versagen, er hat nur über die Höhe der zu gewährenden „billigen", d. h. den Umständen angemessenen, Entschädigung zu befinden (**RG.** v. 9. 7. 08, IV. 490. 07).

4. **RG. 76** 174, JW. **11** 586. Ein Verstoß liegt in der Benutzung der Erwägung, daß Nachteile, wie die lebenslängliche, ohne eigene Schuld eingetretene Verunstaltung der äußeren Erscheinung, wodurch der Verunstaltete zum Gegenstande des Mitleids seiner Mitmenschen werde, erfahrungsgemäß von den Angehörigen der gebildeten Stände viel schwerer überwunden zu werden pflegten als von der breiten Masse des Volkes. RG. hält die Annahme einer solchen Lebenserfahrung für willkürlich und grundlos, und daher die auf solcher Grundlage zugemessene Entschädigung nicht für eine „billige" im Sinne des § 847 Abs. 1 BGB., der von einer solchen allgemeinen Unterscheidung nach den verschiedenen sozialen Klassen nichts weiß.

5. BayRpflZ. **11** 230 (Nürnberg). Auch seelische Schmerzen gehören zu den nach § 847 zu entschädigenden Benachteiligungen des Verletzten.

6. a) **RG.** HansGZ. **11** Beibl. 267. Schmerzensgeld ist nur möglich, wenn ein außervertragliches Verschulden vorliegt.

b) **RG.** JW. **11** 360, LeipzZ. **11** 380. Bei Verletzung vertraglicher Pflichten ist der Anspruch auf Schmerzensgeld nicht gegeben (s. oben § 823 Abs. 1 Ziff. 6 b).

7. a) Vgl. oben Ziff. 2. — **RG.** SeuffA. **66** 136. Im landwirtschaftlichen Betriebe kann neben der Rente des § 146 Abs. 3 LwUVG. kein Schmerzensgeld gemäß § 847 gefordert werden.

b) SeuffA. **66** 12 (München). OLG. München bejaht die Frage, ob im landwirtschaftlichen Betriebe neben der Unfallrente des § 146 Abs. 3 LwUVG. noch Schmerzensgeld gemäß § 847 BGB. gefordert werden kann (vgl. JDR. **9** § 847 Ziff. 11).

§ 848. **RG.** R. **11** Nr. 338. Der Verkäufer, der den Kaufvertrag und das Erfüllungsgeschäft wegen arglistiger Täuschung angefochten hat kann Zahlung des

Wertes der Kaufsache statt Herausgabe nur dann beanspruchen, wenn die Sache inzwischen durch Eingriffe so verändert worden ist, daß sie nicht mehr als die frühere Sache zu gelten hat.

§ 852. 1. *E n g e l m a n n aaO. Die dreißigjährige Frist des § 852 beginnt auch bei fahrlässiger Verletzung der im § 823 Abs. 1 erwähnten Rechtsgüter und Rechte in dem Zeitpunkt, in welchem die Ursache gesetzt worden ist, welche die Verletzung zur Folge gehabt hat, nicht erst in dem Zeitpunkt, in dem die Verletzung des Rechtsguts oder Rechtes eingetreten ist (23 ff.; aA. Komm. d. Reichsgerichtsräte Bem. 5 zu § 852, Vorbem. 8 vor § 823). — Die §§ 852 853, finden grundsätzlich nur auf die im 25. Titel des 2. Buches des BGB. geregelten Ansprüche Anwendung, nicht auf alle „unerlaubten Handlungen im weiteren Sinne" (46 ff.; aA. Komm. d. Reichsgerichtsräte Bem. 2 zu § 852).

2. **RG. 76** 61, JW. **11** 453. Die Kenntnis muß so weit reichen, daß der Beschädigte auf Grund des ihm bekannten Materials eine Klage gegen eine bestimmte Person zu begründen in der Lage ist. Dahin ist an erster Stelle zu zählen die Kenntnis von einem schuldhaften Verhalten, das den Schaden verursacht haben kann. Allerdings gehört in den Bereich dieser Kenntnis auch eine gewisse Rechtskenntnis, um die rechtlichen Voraussetzungen der Ersatzpflicht zu erkennen. **RG. 67** 141 hat ausgesprochen, daß der Berechtigte sich bei der Bestreitung der Kenntnis von der Person des Ersatzpflichtigen nur auf eine Nichtkenntnis von Tatumständen, nicht auf Gesetzesunkenntnis berufen könne, die nach allgemeinen Grundsätzen schade. — Der Satz, daß auch im Bereiche des § 852 Gesetzesunkenntnis schade, kann in seiner Anwendung auf den Fall nicht gebilligt werden, wo die Unkenntnis von Rechtssätzen und Rechtsgrundsätzen das Hindernis bildet, von der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis zu erlangen. Wollte man in diesem Falle gegen den Berechtigten lediglich um seiner Gesetzesunkenntnis willen, obwohl er tatsächlich die Person des Ersatzpflichtigen nicht kennt, die Verjährung beginnen lassen, so würde damit das Kennen dem Kennenmüssen gleichgestellt, obwohl das Gesetz dafür nach Sinn und Wortlaut des § 852 keinen Anhalt gibt.

3. WürttJ. **23** 297 (Stuttgart). Unter „Kenntnis der Person des Ersatzpflichtigen" ist nach dem Sinne und Zwecke des Gesetzes, dem dessen Wortlaut nicht entgegensteht, Kenntnis der Person dessen zu verstehen, der den Schaden schuldhaft herbeigeführt hat, und in den Fällen, in denen jemand neben dem ersatzpflichtigen Täter oder ohne daß ein solcher vorhanden ist, zu haften hat (z. B. §§ 831, 832 neben §§ 840 Abs. 2, 833) bei Kenntnis der Person dieses Haftpflichtigen. Ist aber ausnahmsweise die an sich nach dem Rechte des BGB. den Täter treffende Haftung im Verhältnisse zum Beschädigten einem Dritten — dem Staate oder der Gemeinde — auferlegt, so ist mit der Kenntnis der Person des Täters, des Schuldigen, dem Beschädigten diejenige Kenntnis in betreff des Ersatzpflichtigen gegeben, die es ihm ermöglicht, zur Klage auf Schadensersatz zu schreiten, und mehr verlangt das Gesetz nicht, wenn es die dreijährige Verjährung des § 852 von der Kenntnis der Person des Ersatzpflichtigen an laufen läßt.

4. R. **11** Nr. 2151 (Hamburg). Die Verjährung beginnt mit der Kenntnis des Schadens und der Person des Verpflichteten. Ob der Beschädigte die Höhe des Schadens in seinem vollen Umfange kennt, ist ohne Bedeutung. Stellt sich in späterer Zeit ein neuer Schaden heraus, z. B. außer der Körperverletzung entwickelt sich ein nervöses Leiden, das seinen Ursprung in der schadenbringenden Handlung hat, aber vorher nicht erkennbar war, so beginnt die Verjährung erst mit der Erkenntnis auch dieses Leidens.

5. R. **11** Nr. 3472 (Colmar). Bei nicht voraussehbar gewesener Verschlimmerung der Folgen einer Körperverletzung beginnt die Verjährung des Anspruchs auf Ersatz des durch die Verletzung entstandenen Schadens nicht schon von dem Zeitpunkt an,

in welchem der Verletzte von letzterer und von der Person des Täters Kenntnis erhalten hat, sondern erst von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte den Eintritt der außergewöhnlichen Unfallsfolgen erfahren hat.

6. BadRpr. **11** 77 (Karlsruhe). Beginn der Verjährung. Den Beginn schließt nicht aus, daß der volle Umfang des Schadens, die Ausdehnung, die die Beeinträchtigung der geistigen Fähigkeiten infolge des Unfalls erreichen würde, unmittelbar nach dem Unfalle noch ungewiß war.

7. **RG.** JW. **11** 488. Beginn der Verjährung, wenn die Klägerin, gegen welche vom Beklagten Notzucht verübt worden ist, sich nachträglich mit dem Beklagten verlobt hat. Annahme, daß sie die Schadensansprüche aus der Verletzung der Mädchenehre nicht geltend machen wolle. Verzicht auf die Ansprüche nur unter der Voraussetzung der Eheschließung. Bei Auflösung des Verlöbnisses beginnt die Frist für die Geltendmachung der Ansprüche zu laufen.

8. **RG.** R. **11** Nr. 3913. Die Verjährung beginnt für alle Folgezustände, die in dem Zeitpunkte der Erlangung der Kenntnis vom Schaden überhaupt auch nur als möglich vorauszusehen waren.

9. **RG.** R. **11** Nr. 3912. Bei fortgesetzten schädigenden Handlungen — Immissionen — richtet sich der Beginn der Verjährung nach dem Zeitpunkte der einzelnen schädigenden Handlung.

10. BayRpflZ. **11** 120 (BayObLG.). Über den Beginn der Verjährung des Schadensersatzanspruchs gegen den Staat wegen der Verletzung der Amtspflicht durch einen Beamten (bayer. Recht).

11. R. **11** Nr. 505 (BayObLG.). Auch Rechtsunkenntnis kann den Beginn der kurzzeitigen Verjährung hindern.

12. R. **11** Nr. 504 (BayObLG.). Die Verjährung einer Beamtenhaftung aus fahrlässiger Amtspflichtverletzung beginnt erst, wenn die Unmöglichkeit anderweitigen Ersatzes feststeht.

13. **RG. 75** 302, JW. **11** 403. Unterbrechung der Verjährung durch Rechtshängigkeit. Für die Frage, ob und in welchem Umfange ein Schadensersatzanspruch rechtshängig gemacht und die Verjährung unterbrochen worden ist, kommt es nicht unbedingt darauf an, ob im gegebenen Falle die Voraussetzungen für eine Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs nach § 304 ZPO. gegeben sind. Dies ist bei einer — unbezifferten — Feststellungsklage in aller Regel nicht der Fall. Aber auch bei einer Leistungsklage auf Schadensersatz kann möglicherweise beim Fehlen einer Bezifferung des Anspruchs in dem Klagantrage doch der gesamte Schadensersatzanspruch oder dieser mindestens in einer zuverlässig ersichtlichen Umgrenzung als eingeklagt und rechtshängig geworden anzusehen sein.

14. a) **RG.** BayRpflZ. **11** 118, SächsRpflA. **11** 79, JW. **11** 153, PosMSchr. **11** 11. Die Vorschrift des § 852 ist auch auf Schadensersatzansprüche nach § 945 ZPO. anzuwenden. Der Beginn der Verjährung hängt nicht davon ab, daß das Urteil im Hauptprozesse ergangen ist.

b) SächsOLG. 32 65 (Dresden). Die im § 852 bestimmte Verjährung gilt auch für Schadensersatzansprüche aus § 945 ZPO.

Drittes Buch. Sachenrecht.

Erster Abschnitt. Besitz.

§ 854. I. 1. *Rohde, Studien im Besitzrecht, Abschn. XIV. Verhältnis der Einzelgestaltung des Besitzkorpus des BGB. zu der in den Abschnitten VI bzw. VII bis XIII entwickelten aprioristischen Betrachtung und dem römischen Rechte. Es wird erörtert und begründet, daß überall Konformität vorhanden ist mit Aus-

nahme einiger auf abweichenden Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes — Erbenbesitz, Beschränkung des Okkupationsrechts — beruhender Abweichungen in Beziehung auf die Gestaltung des corpus possessionis an Grundstücken.

Abschn. XV. In eingehender, überall mit Beispielen belegter Darstellung werden in diesem Abschnitte die Resultate der früheren Abschnitte für den Erwerb und Verlust des Besitzes des BGB. gezogen. Regelmäßig wird, wie aprioristisch und nach römischem Rechte, nach bürgerlichem Rechte der Besitz erworben durch Erlangung der körperlichen Inhabung der Sache — Ergreifung der beweglichen Sache, Eintritt in das Grundstück — verbunden mit Besitzwillen, dessen Qualifikation aber eine andere ist als im römischen Rechte. Dieser Tatbestand erzeugt, abgesehen von § 855, stets Besitz. Die körperliche Inhabung der Sache kann nur entbehrt werden, wenn die nach dem Maßstabe der Wahrscheinlichkeit zu bemessende dauernde Möglichkeit für die Person besteht, die körperliche Inhabung der Sache beliebig zu erlangen. Beendigung des Besitzes tritt ein, wenn der Besitzer entweder den Besitzwillen aufgibt, was stets diese Folge hat, oder nach dem Maßstabe der Wahrscheinlichkeit nicht mehr imstande ist, die körperliche Inhabung der Sache beliebig u erlangen, dem jedoch nicht gleichsteht, wenn der Besitzer bei Fortdauer des Ausschlusses aller anderen Personen von der Sache nur vorübergehend nicht in der Lage ist, die körperliche Inhabung beliebig zu erlangen. Die Frage, wann jene die körperliche Inhabung ersetzende Möglichkeit beliebiger Erlangung der körperlichen Inhabung besteht, gestaltet sich verschieden, je nachdem es sich um ein Grundstück oder um eine bewegliche Sache handelt und diese letztere mit Eigenbewegung begabt ist oder nicht, und je nachdem die Sache schon einen Besitzer hat oder nicht. Hat die Sache einen Besitzer, so muß, damit für eine andere Person jene Möglichkeit geschaffen wird, der bisherige Besitz beendigt werden. Dies geschieht, wenn der bestehende Besitz mit körperlicher Inhabung verbunden ist, nur entweder und zwar, wenn der bisherige Besitzer den neuen Besitz will, dadurch, daß dieser sich der körperlichen Inhabung begibt oder seinen Willen in den Dienst des Erwerbers stellt — § 855 — oder, wenn der bisherige Besitzer den neuen Besitz nicht will, dadurch, daß er von dem Erwerber der körperlichen Inhabung entsetzt wird. Hat der bisherige Besitzer die Sache nicht körperlich inne, so genügt, wenn nicht § 855 eintritt, daß ihm nach dem Maßstabe der Wahrscheinlichkeit die Möglichkeit entzogen wird, die körperliche Inhabung der Sache nach Belieben zu erlangen. War die Sache bisher in niemandes Besitz, so braucht derjenige, welcher ihren Besitz erwerben will, neben Manifestation des Besitzwillens nur jene Möglichkeit beliebiger Erlangung der körperlichen Inhabung für sich herzustellen. Handelt es sich um eine Moventie, so muß ihr die Möglichkeit, sich mittels ihrer Fähigkeit, sich selbst zu bewegen, der tatsächlichen Einwirkung auf sie zu ent?iehen, genommen werden und zugleich erkennbar sein, daß das Tier dem Besitzwillen ein r Person unterworfen ist. Handelt es sich um eine bewegliche Sache, die nicht mit Eigenbewegung begabt ist, so genügt, daß in dauernder Weise erkennbar ist oder gemacht wird, daß Besitz an der Sache besteht, da diesem, weil fremder Besitz regelmäßig tatsächlich nicht verletzt wird, ein jene Möglichkeit erzeugender moralischer Schutz zur Seite steht. Unter welchen Voraussetzungen dies aprioristisch und nach römischem Rechte der Fall ist, ist im Abschn. VI für bewegliche und unbewegliche Sachen eingehend erörtert worden. Das hier Entwickelte gilt auch für das Besitzkorpus des BGB., nur daß hier bezüglich des Besitzes an Grundstücken einige auf die dem BGB. eigentümlichen Bestimmungen über Erbenbesitz und das Okkupationsrecht besitzfreier Grundstücke beruhende Besonderheiten eintreten. Auch in dem auf Grundstücke und bewegliche Sachen bezüglichen § 854 Abs. 2, der, abgesehen von den rechtlichen Folgen des Besitzes, kein Rechtsverhältnis enthält, insbesondere keine Obligation erzeugt und nur eine Erläuterung des § 854 Abs. 1 für einen besonderen Fall bildet, ist es neben dem Besitzwillen lediglich die

durch die dauernde Erkennbarkeit des Bestehens eines Besitzes an der Sache und den Willen des Zedenten, welcher dem Erwerber die Sache tatsächlich zur Verfügung stellt, für letzteren erzeugte Möglichkeit, nach Belieben die körperliche Inhabung der Sache zu erlangen, welche den Besitzerwerb begründet. Bei Vereinbarung eines späteren, betagten oder bedingten Besitzüberganges nach § 854 Abs. 2 muß insbesondere jener Wille des Tradenten zu der Zeit vorhanden sein, in welcher der Besitz übergehen soll, was jedoch aus tatsächlichem Grunde anzunehmen ist, wenn der Tradent nach der Einigung eine Änderung seines Willens nicht an den Tag gelegt hat. Auch die Besetzung eines im Besitz eines anderen, jedoch nicht in dessen körperlicher Inhabung befindlichen Grundstücks, insbesondere die Vornahme von Besitzhandlungen in ihm erzeugt, den Besitzwillen vorausgesetzt, Besitz, der aber, solange der bisherige Besitzer nicht von der tatsächlichen Einwirkung auf das Grundstück ausgeschlossen, d. h. dejiziert wird oder den Besitzwillen aufgibt, über die Zeitdauer körperlicher Inhabung hinaus nicht fortdauert. Wechselt in dieser Weise der Besitz zweier Personen durch Besetzung des Grundstücks, insbesondere Vornahme von Besitzhandlungen an ihm miteinander ab, so ist, von der Zeit, in welcher körperliche Inhabung stattfindet, abgesehen, demjenigen der Besitz zuzuschreiben, welcher den Tatbestand, der zur Okkupation eines besitzfreien Grundstücks oder zur Besitzüberlieferung an einem Grundstück erforderlich ist, darlegen kann.

2. *Kaufmann, Eigentum am Gesellschaftsvermögen 87 ff. Die Gesellschaft trägt mittelbaren Besitz, durch Besitzdiener geführten Besitz, Erbenbesitz und gemäß § 854 Abs. 2 erworbenen Besitz (d. h. jeden Satzungsbesitz) stets zur gesamten Hand, einen nach § 854 Abs. 1 erworbenen (Gewaltbesitz) wenigstens regelmäßig dann, wenn er als Grundlage oder Folge gesamthändischer Rechtsverhältnisse funktioniert oder gewollt ist. — In diesen Fällen stehen alle Besitzrechte, auch die Schutzrechte, nur zur gesamten Hand zu. § 1011 ist nicht analog anwendbar (vgl. unten zu § 859).

3. Berichtigung. In dem Berichte von Rohde muß es JDR. **6** S. 351 Zeile 18/19 heißen „Kondiktion" statt Vindikation, **7** S. 387 Zeile 24 „Besonderheit" statt Bestandteil und **9** S. 328 zu § 865 „Teilbesitz" statt Zeitbesitz.

II. BreslauAK. **11** 52 (Breslau). Die Übergabe von geschlagenen, im Walde liegenden Baumstämmen ist auch dann nach Abs. 2 möglich, wenn diese zerstreut, teils sogar in tiefen Schluchten liegen; es genügt, daß sie überhaupt auffindbar und entfernbar sind.

§ 857. 1. *Rohde, Studien im Besitzrecht, Abschn. XVIII. Wesen des Erbenbesitzes des BGB. § 857 bezieht sich nicht auf den mittelbaren Besitz. Der Erbenbesitz des BGB. beruht auf der Fiktion des Besitzwillens, während er, ohne daß für den Erben zur Zeit des Erbfalls die äußeren Voraussetzungen des Gewaltverhältnisses vorhanden sind, nicht entsteht. Gerade darin, daß diese vorhanden sind und das Interesse des Erben gebietet, dies tatsächliche Verhältnis zu schützen, liegt der Grund seiner Einführung. Erwerb und Verlust des Erbenbesitzes. Erbenbesitz des Nacherben und dessen Voraussetzungen, Erwerb und Verlust desselben. Alle aufgestellten Sätze, die hier nicht sämtlich angeführt werden können, werden eingehend begründet.

2. *Kattausch, Die Anteile der Miteigentümer und der Gesamthänder an den gemeinschaftlichen Sachen 77 f. Einen Besitz der Gesamthandsgemeinschaft gibt es nicht.

§ 859. *Kaufmann, Eigentum am Gesellschaftsvermögen 90 f. Gesamthandbesitzern stehen die Schutzrechte grundsätzlich nur insgesamt zu (vgl. oben Ziff. I 2 zu § 854), doch wird der einzelne, der zur Verteidigung allein in die Lage kommt, dann regelmäßig entweder Gewaltbesitzer aus § 854 Abs. 1 sein, da er nicht schlechter zu stehen braucht als ein malae fidei possessor, oder er ist Besitzdiener, der die Rechte gemäß § 860 zur Verfügung hat.

§ 862. SchleswHolstAnz. 11 209 (Kiel). In der Erwirkung einer unberechtigten einstweiligen Verfügung kann verbotene Eigenmacht im Sinne des § 862 niemals gefunden werden.

§ 866. *Rohde, Studien im Besitzrecht, Abschn. XVII. Begriff, Erwerb, Verlust und Inhalt des Mitbesitzes des BGB. im Verhältnisse zum römischen Rechte und einer rechtsphilosophischen Betrachtung. Der mittelbare Besitz scheidet bei der Frage des Mitbesitzes aus.

§ 872. *Friebe, Ist zum Eigenbesitze der animus domini erforderlich? 1. Die Besitzlehre des BGB. beruht auf deutschrechtlichen Anschauungen. 2. Der Wortlaut des Gesetzes spricht nicht für das Willenserfordernis. 3. Auch Kindern, die einen rechtlich bedeutsamen Willen nicht haben, müssen die Vorteile des Eigenbesitzes zugebilligt werden. 4. Die Ersitzung darf nicht lediglich von der Willkür des Eigenbesitzers, der sich den animus domini anmaßt, abhängig gemacht werden. 5. Praktisch läßt sich nie feststellen, wer den „Eigentümerwillen" hat.

Zum Eigenbesitz ist vielmehr lediglich erforderlich, daß der Besitzer (objektiv) „wie ein Eigentümer" besitzt, d. h. (soweit nicht der Besitz eines Dritten, z. B. Mieter, Pächter, entgegensteht) tatsächlich mit der Sache nach Belieben verfährt und Dritte von jeder Einwirkung ausschließt (§ 903 BGB.).

Der, welcher Eigenbesitz behauptet, muß also nachweisen: 1. daß er die tatsächliche Gewalt über die Sache hat, 2. daß er jeden von der Einwirkung ausschließt.

Für den Nachweis des zweiten Moments kommt ihm aber das Gesetz durch Vermutungen zu Hilfe: Es wird vermutet (§ 1006), daß der Besitzer einer Sache Eigentümer, also auch, daß er Eigenbesitzer sei.

Der Kläger braucht also nur seinen Besitz nachzuweisen und sich auf § 1006 zu berufen. Sache des Gegners ist es, die Vermutung zu entkräften, indem er den Nachweis liefert, daß der Besitzer nicht jeden von der Einwirkung auf die Sache ausschließt. Für den Besitzmittler gilt diese Vermutung nicht (§ 1006 Abs. 3). Dieser trägt also die Beweislast für beide oben aufgestellten Momente; ebenso wie der Besitzer einer unbeweglichen Sache, für den die Vermutung des § 1006 gleichfalls nicht Platz greift.

Zweiter Abschnitt. Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

Vorbemerkung: Über die Natur der dinglichen Einigung finden sich im Berichtsjahre keine grundlegenden Erörterungen; es sind nur die Fragen des Verfügungscharakters und der Klagbarkeit der Einigung behandelt worden (§ 873 Ziff. 2, 3). Dagegen bietet die Rechtsprechung (§ 873 Ziff. 1) insofern ein Ergebnis von grundsätzlicher Bedeutung, als das KG. dargelegt hat, daß der Fall, in dem der Berechtigte und der andere Teil ein und dieselbe Person sind, von § 873 nicht betroffen wird. Dabei ist auch untersucht, welche Tragweite der Grundsatz: „Nulli res sua servit" für das heutige Recht hat (s. auch § 880 Ziff. II 1). Das RG. und das KG. haben sich eingehend mit dem Begriffe des Rangvorbehalts beschäftigt (§ 881 Ziff. I 2 und Ziff. I 1). Auch zu § 892 und § 894 ist, wie regelmäßig, eine Reihe von praktisch wichtigen Entscheidungen ergangen. Das KG. hat endlich dem vom RG. aufgestellten Grundsatze, daß Verfügungen des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung nicht mehr zu Eintragungen im Grundbuche führen können, die Einschränkung hinzugefügt, daß sich das nur auf rechtsändernde, nicht aber auf berichtigende Eintragungen beziehe (§ 878 Ziff. 1). — Von der Rechtslehre ist auf die eingehenden Darlegungen Schmidt-Rimplers zu § 889 und die treffenden Ausführungen Laués über die Wirkungen der Rangänderung (§ 880 Ziff. IV 1) zu verweisen. Auch aus dem Werke Fulds, Die Eigentümerhypothek im

Konkurse, sind mehrere Stellen für den allgemeinen Teil des Sachenrechts zu verwerten gewesen.

Literatur: S. auch die Zusammenstellung bei der Grundbuchordnung. Von zusammenfassenden Darstellungen des Liegenschaftsrechts sind aus dem Berichtsjahre das in fünfter Auflage erschienene Sachenrecht Cosacks (erster Teil des zweiten Bandes des Lehrbuchs des deutschen bürgerlichen Rechts) und die das Liegenschaftsrecht in weitem Umfange heranziehende zweite Auflage der Grundbuchordnung von Güthe zu nennen. Ferner ist hier auch auf die eingehende Bearbeitung des Sachenrechts hinzuweisen, die sich in dem bereits Ende 1910 erschienenen BGB.-Kommentare von Reichsgerichtsräten findet. Von Einzelschriften seien hier erwähnt: Fuld, Die Eigentümerhypothek im Konkurse, und Schmidt-Rimpler, Die Eigentümerdienstbarkeit, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Konfusion dinglicher Rechte, nebst einem Exkurs über die Erbenhaftung nach BGB.

§ 873. 1. KGJ. **40** A 241 (KG.). Der § 873 Abs. 1 BGB. setzt als selbstverständlich voraus, daß neben dem Berechtigten ein „anderer Teil", also eine von dem Berechtigten verschiedene Person, die das Recht erwerben soll, vorhanden ist. Die Worte „soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt" betreffen demnach nur die Fälle, in denen trotz Vorhandenseins zweier Personen entweder Einigung ohne Eintragung (z. B. § 1154 BGB.) oder Eintragung ohne Einigung (z. B. § 927 Abs. 2 BGB.) oder weder Einigung noch Eintragung (z. B. im Falle des Erbganges) gefordert wird. Der Fall, daß der Berechtigte und der andere Teil eine und dieselbe Person sind, wird dagegen von § 873 nicht betroffen. Die für den § 873 maßgebend gewesene Erwägung, daß niemand ohne seinen Willen ein Recht erwerben kann, paßt auf diesen Fall nicht, da, wenn nur eine Person vorhanden ist, die Möglichkeit eines Erwerbes ohne den Willen des Erwerbers nicht besteht, nach dem Grundsatze des § 873 die Rechtsänderung also stets zulässig wäre. Es ist auch klar, warum sich der § 873 auf diesen Fall nicht bezieht. Soweit von den vier Fällen des § 873 der erste und dritte Fall — Übertragung des Eigentums und Übertragung eines Grundstücksrechts — in Betracht kommen, ist die Möglichkeit, daß Berechtigter und Erwerber eine und dieselbe Person ist, ausgeschlossen. Denn der Berechtigte kann natürlich ein Recht, das er schon besitzt, nicht auf sich selbst übertragen. Soweit der zweite und vierte Fall — Belastung eines Grundstücks und Belastung eines Grundstücksrechts — in Betracht kommen, wird die Belastung zugunsten des Inhabers des ganzen Rechtes durch die Rechtsregel „nulli res sua servit" ausgeschlossen. Das BGB. hat diese Rechtsregel allerdings nicht ausdrücklich aufgenommen. Da sie aber der Logik entspricht, muß angenommen werden, daß das BGB. stillschweigend von ihr ausgeht (s. auch **RG. 47** 205) und nur die Ausnahmen hervorhebt. Eine solche Ausnahme ist der § 1196 BGB. Diese Vorschrift ist also nicht, wie Planck (BGB.³ § 1196 Anm. 2 a) und Männer (Sachenrecht 390 Anm. 32) — s. auch **RG. 47** 208 — meinen, eine Ausnahme von § 873; denn der Fall, auf den sich der § 873 allein bezieht, der Fall, daß zwei Personen vorhanden sind, liegt nicht vor. Dagegen sind die §§ 1188, 1195 BGB. Ausnahmen von § 873, weil zwei Personen, Eigentümer und Inhaber, vorhanden sind. Der in **RG. 47** 202 behandelte Fall der Bestellung einer Grunddienstbarkeit, wenn beide Grundstücke demselben Eigentümer gehören, hat aber wieder nichts mit § 873 BGB. zu tun. Die Richtigkeit der Ansicht des RG., daß die Bestellung einer solchen Grunddienstbarkeit unzulässig sei, folgt vielmehr daraus, daß das Gesetz in diesem Falle von dem Grundsatze „nulla res sua servit" keine Ausnahme zuläßt. Wegen dieses Grundsatzes, nicht aber, weil der § 873 Abs. 1 BGB. eine Einigung verlangt, ist die Bestellung jedes Rechtes an dem eigenen Grundstück (abgesehen von der Grundschuld, § 1196) unzulässig.

2. *Rosenzweig, JheringsJ. **58** 403 ff. Die formlose dingliche Einigung ohne Eintragung ist keine Verfügung im Sinne des § 184 Abs. 2 BGB.

Dazu müßte sie eine „unmittelbare Veränderung" des Inhalts des von ihr betroffenen Rechtes enthalten. Eine „Veränderung" muß von denen angenommen werden, die eine solche Einigung als einen Vertrag ansehen. Sie ist aber kein Vertrag, weil die sie bildenden Willenserklärungen nicht einen zum Begriffe des Vertrags gehörigen Erfolg herbeiführen, sondern nur zusammen mit der koordinierten Eintragung den von den Parteien erstrebten Erfolg herbeiführen, und weil sie ferner infolge ihrer Natur als Tatbestand eines Leistungsgeschäfts auch nicht einen diesen Erfolg vorbereitenden, aus sich heraus Ansprüche auf Herbeiführung des Enderfolges erzeugenden Zustand bewirken kann. Sie ist überhaupt nicht Verfügung, weil sie das von ihr betroffene Recht nicht „unmittelbar" verändert, sondern hierzu noch die vom Publizitätsprinzipe geforderte, aber erst durch das Hinzukommen — freilich erzwingbarer — Zwischenakte ermöglichte Eintragung nötig ist.

3. SächsOLG. **32** 180 (Dresden). Die dingliche Einigung als solche, die nur das eine Element des Begründungsakts bildet, kann einen Anspruch überhaupt nicht erzeugen. Das ist wenigstens die herrschende Meinung (vgl. Goldmann-Lilienthal, BGB. II 184 ff. Anm. 58, 204 bei Anm. 66). S. JDR. **1** zu § 873 Ziff. 2, **3** zu § 873 Ziff. I 2, **4** zu § 873 Ziff. I 1 b, c, **5** zu § 873 Ziff. I 1 a.

§ 877. 1. RheinARB. **11** 86 (LG. Cöln). Weder im BGB. noch in der GBO. ist ausdrücklich das Verbot der Zusammenfassung verschiedener nacheinander stehender Posten zu einer einzigen zusammenfassenden Hypothek ausgesprochen. Im Gegenteil ergibt sich aus der Vorschrift des § 1180 BGB., daß es zulässig sein muß, mehrere Hypotheken zu einer einzigen Hypothek zu vereinigen. S. JDR. **5** zu § 877, **6** zu § 877 Ziff. 2, **8** zu § 877 Ziff. 1.

2. BadNotZ. **11** 150 (Heidelberg). Die Erhöhung des Hypothekenkapitals ist nicht eine Änderung des Inhalts der Hypothek, sondern stets eine selbständige Neubelastung des Grundstücks.

§ 878. 1. KGJ. **40** A 278 (KG.). Der vom RG. (s. JDR. **8** zu § 878 Ziff. 1) aufgestellte Grundsatz, daß Verfügungen eines Gemeinschuldners, die erst nach der Eröffnung des Konkursverfahrens getroffen oder beim Grundbuchamt eingereicht werden, zu Eintragungen in das Grundbuch nicht führen können, ist nur auf rechtsändernde, nicht auf berichtigende Eintragungen, wie die nach der Konkurseröffnung beantragte Umschreibung einer vorher wirksam abgetretenen Briefhypothek, anwendbar.

2. SeuffA. **66** 43, BayObLG. **11** 397 (BayObLG.). Durch den Konkursvermerk wird das Grundbuch gegen Verfügungen des Gemeinschuldners gesperrt; ein vorher zurückgewiesener Eintragungsantrag kann nicht gemäß § 878 die Wirkungen dieser Beschränkung aufheben.

3. Fuld, Die Eigentümerhypothek im Konkurse, 43. Die durch den Konkursvermerk bewirkte Grundbuchsperre hat den Charakter einer Verfügungsbeschränkung; sie soll den formellen Ausdruck der tatsächlichen Rechtslage bilden, wie sie durch § 6 KO. geschaffen wird; es soll mit anderen Worten dem Gemeinschuldner unmöglich gemacht werden, den Mangel der Verfügungsfähigkeit auf dem Wege des § 892 BGB. unwirksam zu machen. Es ist allerdings bestritten, ob infolge der Sperre des Grundbuchs dem Gemeinschuldner jegliche Verfügung überhaupt könne abgesprochen werden, ob nicht vielmehr derartigen Verfügungen nur relative Unwirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern innewohne (s. § 7 KO.). Die schwerwiegenderen Gründe, hauptsächlich die sonst auf das schwerste gefährdete Sicherheit des Rechtsverkehrs, dürften auf Seite der Ansicht stehen, die mit der Eintragung des Konkursvermerkes das Grundbuch etwaigen Verfügungen des Gemeinschuldners verschlossen wissen will.

4. Fuld aaO. 66. Auch der aus der bindend erklärten Einigung Berechtigte ist, falls der Antrag auf Eintragung zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht gestellt war, nur Konkursgläubiger im Sinne des § 3 KO. Deshalb hat — wie dies auch § 878 bestimmt — das Grundbuchamt den auf Grund einer vor der Konkurseröffnung erteilten Eintragungsbewilligung nachgesuchten Antrag auf Eintragung der Forderungsänderung abzuweisen. Der Gemeinschuldner kann zwar nach der Konkurseröffnung den Antrag auf Eintragung stellen und das Grundbuchamt hat dem Antrage stattzugeben, diese Eintragung ist aber der Masse gegenüber unwirksam (§ 7 KO.).

5. *Schreiber, GoldschmidtsZ. **66** 349 ff. Der Grundgedanke des § 878, daß eintretende Verfügungsbeschränkungen die einmal begonnene und, soweit es bei dem Verfügenden steht, auch vollendete Verfügung nicht mit betreffen, macht ihn entsprechender Anwendung fähig. Diese hat insbesondere dann stattzufinden, wenn der Inhaber eines Aktiv-Guthabens bei einer Bank auf diese einen Scheck gezogen hat, aber nach dessen Begebung und vor Präsentation sowie vor Ablauf der Widerrufsfrist in Konkurs gefallen ist. Wenn noch vor Ablauf dieser Frist präsentiert wird, kann also der Bankier trotz Kenntnis des Konkurses mit voller Wirkung gegen die Masse aus dem Guthaben zahlen (vgl. zu § 8 KO.).

§ 879. 1. *Hartung, ZBlFG. **11** 637 ff. Hinsichtlich des Ranges des Nießbrauchs an einem Grundstücke, der durch Surrogation an die Stelle des Nießbrauchs an der Forderung auf Übertragung des Grundstückseigentums tritt, gilt entsprechend das zu § 1287 BGB. über den Rang der durch Surrogation entstehenden Sicherungshypothek Gesagte.

2. Über das Recht auf Nachrücken vgl. auch unten Ziff. 12 zu § 115 ZVG.

§ 880. I. Begriff des Ranges. 1. Güthe, DNotV. **11** 728. Es mag begrifflich nichts im Wege stehen, auch Forderungsrechten einen bestimmten Rang zu geben. Das ist aber der Standpunkt des BGB. nicht. Nach ihm sind alle Forderungen gleichberechtigt. Nur im Konkurs und in der Zwangsversteigerung wird einzelnen Forderungen ein Vorrecht zuerkannt. Dieses ist jedoch nur zum Zwecke der geordneten Befriedigung geschaffen, gehört aber nicht zum Inhalte des Rechtes selbst. Dagegen gehört bei den dinglichen Rechten der Rang zu dem Inhalte des Rechtes, wie schon daraus hervorgeht, daß das Rangrecht nach § 880 BGB. Gegenstand des rechtsgeschäftlichen Verkehrs ist. Es wird allerdings bestritten, daß der Rang zum Inhalte des Rechtes gehört, und zwar deswegen, weil der Rang eine kraft Gesetzes eintretende Folge der Ausschlußkraft des vorhergehenden Rechtes sei. Dem ist nicht beizutreten. Daß der Rang stets kraft Gesetzes eintritt, ist nicht richtig; es kann vielmehr gleichzeitig mit der Bestellung des Rechtes eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Rangbestimmung getroffen werden (§ 879 Abs. 3 BGB.). Überdies wird auch der sonstige Inhalt des dinglichen Rechtes nicht ausschließlich durch Rechtsgeschäft geschaffen; es treten z. B. die gesetzlichen Kündigungs- und Zahlungsbedingungen ein, wenn nichts Gegenteiliges verabredet wird. Ferner ist der Rang auch nicht die notwendige Folge der Ausschlußkraft des vorhergehenden Rechtes. Denn einmal kann, wie erwähnt, dem später eingetragenen Rechte gleichzeitig mit seiner Eintragung der Rang vor dem voreingetragenen Rechte zugewiesen werden. Zweitens kann mit der Ausschlußkraft des vorhergehenden Rechtes höchstens der schlechtere Rang des nachstehenden Rechtes, nicht aber sein besserer Rang gegenüber den hinter ihm stehenden Rechten erklärt werden. Dieser bessere Rang kann doch nur die Wirkung einer dem Rechte selbst innewohnenden Kraft sein. Deswegen hat die herrschende Meinung (KGJ. **34** A 240 — JDR. **6** zu § 877 BGB. Ziff. 1a —; Enneccerus-Kipp-Wolff, Sachenrecht 100; BGB.-Kommentar von Reichsgerichtsräten § 880 Anm. 1; Güthe, GBO. [2] § 46 Anm. 34; aM. Böhm, R. **08** 740; v. Staudinger,

BGB. [5/6] § 877 Abs. 1 a γ) recht, wenn sie den Rang eines Rechtes im weiteren Sinne zu seinem Inhalte rechnet. S. auch unten Ziffer II 1.

2. Hirsch, NaumburgAK. **11** 25. Der Rang eines Rechtes ist nicht pfändbar. Der Rangtausch kann vielmehr nur durch Pfändung der Eigentümerhypothek und ihre Überweisung an Zahlungsstatt erzwungen werden.

II. Voraussetzungen der Rangänderung. 1. KGJ. **40** A 241 (KG.). Anders als im Falle des § 873 BGB. (s. dort Ziff. 1) ist die Rechtslage im Falle des § 880 BGB. Zwar beruht das Verlangen einer Einigung (Abs. 2) auch hier auf der Erwägung, daß niemand ohne seinen Willen ein Recht erwerben kann (Mot. III 229). Aber während der § 873 BGB. das Vorhandensein zweier Personen verlangt, setzt der § 880 — ebenso übrigens auch der § 877 — das Vorhandensein zweier Rechte voraus. Denn der Rang ist nach § 879 BGB. dinglich mit dem Rechte verbunden. Einen dem Grundsatze „nulli res sua servit" entsprechenden Grundsatz des Inhalts, daß, wenn zwei Rechte demselben Berechtigten gehören, ihr Rang nicht geändert werden kann, gibt es nicht. Es entspricht im Gegenteile der Logik, daß auch in einem solchen Falle die Rangänderung zulässig sein muß, da der Rang eine inhaltliche Eigenschaft des Rechtes ist (KGJ. **34** A 240, bes. 244) und jedenfalls mit der Person des Rechtes nichts zu schaffen hat. Daher muß, während der § 873 BGB. im Falle des Vorhandenseins nur einer Person versagt, der § 880 auch dann, wenn die beiden Rechte demselben Berechtigten zustehen, anwendbar sein, wenn eben nur zwei Rechte da sind. Hiernach ist der § 880 Abs. 2 dahin aufzufassen, daß er nur den Regelfall im Auge hat, in dem die beiden Rechte verschiedenen Berechtigten zustehen. .... Die Rangänderung ist daher auch dann zulässig, wenn die beiden von ihr betroffenen Rechte demselben Berechtigten zustehen. An die Stelle der Einigung des vortretenden und des zurücktretenden Berechtigten tritt in diesem Falle die einseitige Erklärung des Berechtigten gegenüber dem Grundbuchamte. S. JDR. **1** zu § 880 Ziff. 2, **5** zu § 880 Ziff. 4, **7** zu § 880 Ziff. 1 b.

2. KGJ. **40** A 241 (KG.). Auch die Einräumung des Gleichranges zwischen zwei Posten ist zulässig. S. JDR. **6** zu § 880 Ziff. 2.

III. Inhalt der Rangänderung. **RG.** WarnE. **4** 89. Die urkundliche Vorrechtseinräumung für ein in bestimmter Höhe einzutragendes hypothekarisches Recht hat, wenn sich nicht aus der Urkunde etwas anderes ergibt, die Bedeutung, daß dem hypothekarischen Rechte der Vorrang bis zu dem Betrage, der einzutragen beabsichtigt wird, von dem Zurücktretenden bewilligt wird. Wenn daher das hypothekarische Recht zu einem geringeren Betrag, als ursprünglich beabsichtigt wurde, eingetragen wird, wirkt die Vorrechtseinräumung auch zugunsten dieses niederen Rechtes, da die Bewilligung des Vorranges für einen bestimmten Betrag die Bewilligung des Vorranges für einen Teil davon mitenthält. Demgemäß ist auch ein aus einer solchen Vorrechtseinräumung Berechtigter für befugt zu erachten, das zu einem bestimmten Betrag bevorrechtigte hypothekarische Recht in verschiedenen Teilbeträgen nacheinander mit dem Vorrange eintragen zu lassen, sofern nur die Einzelbeträge sich als Teile des nämlichen hypothekarischen Rechtes darstellen und ihre Gesamtsumme jenen bestimmten Betrag nicht übersteigt.

IV. Wirkung der Rangänderung. 1. *Laué, GruchotsBeitr. **55** 234 ff. Mehrere gleichzeitig vor eine andere vortretende oder hinter eine andere zurücktretende Hypotheken behalten ihr bisheriges Rangverhältnis untereinander mangels anderweiter Bestimmung der Beteiligten und grundbuchlicher Eintragung dieser Bestimmung. Die Ranggleichheit an Stelle bisheriger Rangverschiedenheit bildet weder ein essentiale noch ein naturale des sog. Stellentauschprinzips und ist aus den gesetzlichen Vorschriften über Rang und Rangänderung nicht abzuleiten. Bei der notwendigen Erforschung des Willens

der Beteiligten muß der bisherige ihnen bekannte Rechtszustand, also im gegebenen Falle die Rangverschiedenheit der mehreren Vortretenden oder Zurücktretenden, zugrunde gelegt werden. Rangänderung ist gesetzlich weder ein Austausch der Berechtigten bei Aufrechthaltung des bei jeder Nummer eingetragenen Betrags und der Nummernfolge (vgl. KGJ. **20** A 181 ff.), noch ein Austausch der bei den einzelnen Nummern eingetragenen Beträge mit den dazu gehörigen Berechtigten unter Beibehaltung der Nummernfolge (vgl. KGBl. **10** 67), sondern Änderung der ursprünglichen räumlichen Reihenfolge der Eintragungen der Hypotheken im Grundbuch, Änderung der Nummernfolge unter Beibehaltung des bei jeder Nummer eingetragenen Geldbetrags und des dazu gehörigen Berechtigten, wobei die Rechte der Zwischenposten durch § 880 Abs. 5 BGB. gewahrt werden (**RG. 64** 100 ff.). Nummer und Geldbetrag bilden bis zu dessen ganzer oder teilweiser Löschung eine untrennbare Einheit (§ 1115 BGB.). Dem Vorstehenden entspricht der § 13 PrAVf. vom 20. November 1899 und der übliche Rangänderungsvermerk, der hinsichtlich des Verhältnisses der mehreren vortretenden oder zurücktretenden Hypotheken untereinander die Reihenfolge und Zahlenfolge der Hauptspalte nicht nur nicht ändert, sondern durch Verweisung auf die Hauptspalte geradezu ausdrücklich aufrecht erhält. Ranggleichheit an Stelle ursprünglicher Rangverschiedenheit muß, wenn sie von den Beteiligten gewollt und erklärt ist, im Rangänderungsvermerk durch Änderung der Reihenfolge der Eintragungen oder der Nummernfolge der Hauptspalte ersichtlich gemacht werden. Gegen das Gesetz, insbesondere auch gegen die GBO., verstößt der Eintritt der Ranggleichheit mehrerer vortretenden Hypotheken untereinander besonders in den zahlreichen Fällen, in denen lediglich auf Grund der von der Zustimmung des Eigentümers begleiteten Erklärung des zurücktretenden Gläubigers der Rücktritt von dessen Hypothek eingetragen und eine Erklärung der vortretenden Gläubiger dem Grundbuchamt überhaupt nicht abgegeben wird. S. JDR. **6** zu § 880 Ziff. 1 a, b, **7** zu § 880 Ziff. 1 c, **9** zu § 880 Ziff. 1.

2. Im Falle der Baugeldhypothek. a) **RG.** R. **11** Nr. 2895. Die zugunsten der Hypothek für ein Baugelddarlehen allgemeinhin erklärte Vorrangseinräumung kann ihre durch die begleitenden Umstände gebotene und rechtswirksame Ergänzung in der stillschweigenden Vereinbarung finden, daß nur die nach Maßgabe des Baugeldvertrags vom Gläubiger an den Grundstückseigentümer gezahlten Beträge den Vorrang haben sollen. **b) RG.** R. **11** Nr. 2153. Der zurücktretende Gläubiger, der die Vorrangseinräumung davon abhängig gemacht hat, daß die vortretenden Baugelder in Teilbeträgen je nach dem Fortschreiten des Baues gezahlt würden, hat Anspruch auf den Versteigerungserlös vor dem Baugeldgeber, der schon vor der nachher versagten Bauerlaubnis Gelder gezahlt hat.

§ 881. I. Begriff des Rangvorbehalts. 1. OLG. **21** 401, RJA. **11** 65, KGJ. **40** A 234, NaumburgAK. **10** 83, ZBlFG. **12** 89 (KG.). Der Rangvorbehalt ist ein Stück vorbehaltenen Eigentumsrechts mit der Wirkung der Beschränkung des Vorbehaltsrechts. Diese Beschränkung ist daher nur eine Wirkung des Rangvorbehalts, bestimmt aber nicht dessen Rechtsnatur. Er ist seinem rechtlichen Wesen nach vielmehr lediglich der Vorbehalt einer Befugnis des Eigentumsrechts, ist also selbst Eigentumsrecht oder doch dingliche Selbständigmachung eines Stückes des Eigentumsrechts. ... Ist daher der Rangvorbehalt kein selbständiges dingliches Recht, namentlich kein „Gestaltungsrecht" (vgl. namentlich Seckel, Festgabe für Koch 205), sondern Eigentumsrecht, so ist er ebenso wie das Eigentum ein Zustandsrecht. Da aber Zustandsrechte solche Rechte sind, die ihre Berechtigung in sich selbst haben und nicht durch einmalige Ausübung erlöschen, wie die Ansprüche (§ 194 Abs. 1) und die Gestaltungsrechte (Hirsch, Übertragung der Rechtsausübung, 69), so folgt, daß der

Rangvorbehalt nicht durch einmalige Ausübung erlischt. Sein Erlöschen tritt vielmehr erst durch die rechtsgeschäftliche Aufhebung und Löschung des Rangvorbehalts selbst oder des Vorbehaltsrechts oder durch den Zuschlag ein.

2. **RG.** SächsRpflA. **11** 153, BayRpflZ. **11** 183, ZBlFG. **11** 746. Der Rangvorbehalt ist allerdings dinglicher Natur, die vorbehaltene Befugnis ist aber derart mit dem Eigentum am Grundstücke verknüpft, daß sie von diesem nicht getrennt und auf andere Personen nicht übertragen werden kann (vgl. Planck Anm. 3, Turnau-Förster Anm. II 3 zu § 881 BGB.). Der Eigentümer kann sich, wenn er von dem Rangvorbehalte Gebrauch machen will, persönlich zur Einräumung einer bevorrechteten Hypothek verpflichten, ein dingliches Recht erwächst aber dem Gläubiger, dem der Vorrang beigelegt werden sollte, erst mit der Eintragung der Hypothek und des Vorranges. S. JDR. **6** zu § 881 Ziff. 2 a.

3. Grimm, JW. **11** 349. Der Vorrangsvorbehalt besagt, daß bis zu seinen Grenzen das Eigentum unbeschränkt ist; er ist also nichts anderes als ein Ausdruck für diese Unbeschränktheit des Eigentums, er bezeichnet das reine Eigentum selbst. ... Diese Klarstellung erweist es als selbstverständlich, daß das vorbehaltene Rangeinräumungsrecht selbständig weder übertragbar noch pfändbar sein kann. ... Die Zwangsvollstreckung in den von Belastungen freien Teil des Grundstücks kann jedoch nach den allgemeinen Vorschriften erfolgen, sie erfolgt also gemäß § 866 ZPO. z. B. durch Eintragung einer Sicherungshypothek. Der Gläubiger muß nur in seinem formlosen an das Grundbuchamt zu richtenden Antrage beantragen, daß bei der einzutragenden Sicherungshypothek vermerkt werde, daß diese den Vorrang habe vor der Hypothek, bei deren Eintragung der Vorrangsvorbehalt verlautbart ist. Dazu Reichmann, JW. **11** 920. S. ferner JDR. **6** zu § 881 Ziff. 2 a, b, **7** zu § 881 Ziff. 1 a, b.

II. Die Voraussetzungen der Ausübung des Rangvorbehalts. KGJ. **40** A 234, RJA. **11** 65, OLG. **21** 401, NaumburgAK. **10** 83, ZBlFG. **12** 89 (KG.). Der Ausübung des Rangvorbehalts steht der Umstand nicht entgegen, daß das Recht, dem der Vorrang beigelegt werden soll, bereits eingetragen ist. Nötig ist auch in diesem Falle nur die Bewilligung des Eigentümers. S. JDR. **9** zu § 881 Ziff. 4.

III. Die Eintragung des Rangvorbehalts. FrankfRundsch. **41** 126 (Frankfurt). Nach § 881 BGB. bedarf der Rangvorbehalt ebenso wie nach § 879 die Rangänderung der Eintragung im Grundbuche. Ist daher ein in der Eintragungsbewilligung enthaltener Rangvorbehalt im Eintragungsvermerk überhaupt nicht erwähnt, so ist er unwirksam, selbst wenn der Vermerk auf die Bewilligung verweist (RGK. § 881 Anm. 6, **RG.** 3. 3. 08, WarnE. **08** Nr. 319). Streitig ist sowohl bei der Rangänderung wie beim Rangvorbehalt, ob zur näheren Bezeichnung des Rechtsverhältnisses die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zulässig ist. Die Frage wird, da eine Rangänderung keine Änderung des Inhalts des Rechtes im Sinne des § 877 BGB. sei, verneint in einer Verfügung des Oberlandesgerichtspräsidenten in Frankfurt a. M. vom 2. Februar 1906, ferner von Güthe, GBO. I § 46 Anm. 35, § 50 Anm. 9 und 11, und von Oberneck, GBR. I § 38 Anm. 15, bejaht dagegen von Planck § 880 Anm. 3e, v. Staudinger § 880 Anm. I 2 b und dem RGK. § 880 Anm. 4. Es kann dahingestellt bleiben, welche Ansicht den Vorzug verdient. Auch wenn man der zweiten Ansicht folgt, ist doch nach §§ 877, 874 BGB. die Bezugnahme nur zulässig zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechtes. Das Recht selbst und sein Inhalt müssen aus dem Eintragungsvermerk hervorgehen. Insbesondere muß, wenn das Recht unter einer Bedingung oder Befristung bewilligt ist, aus dem Grundbuch ersichtlich sein, daß es ein bedingtes oder befristetes ist. Dementsprechend erklären bei der bedingten Vorrechtseinräumung sowohl Turnau-

Förster § 880 Anm. 7 wie Predari § 46 Anm. 7 d die Eintragung der Bedingung in das Grundbuch für unerläßlich.

IV. Die Wirkungen des Rangvorbehalts. **RG.** 6. 2. 11, R. **11** Nr. 1310. Der Eigentümer kann sich, wenn er von dem Rangvorbehalte Gebrauch machen will, zwar persönlich zur Einräumung einer bevorrechteten Hypothek verpflichten, ein dingliches Recht aber erwächst dem Gläubiger, dem der Vorrang beigelegt werden soll, erst mit der Eintragung der Hypothek und des Vorranges.

V. Rangvorbehalt und Eigentümerhypothek. Fuld, Die Eigentümerhypothek im Konkurse, 32. Eine Eigentümerhypothek kann aus einem vor der Konkurseröffnung nach § 881 BGB. eingetragenen Rangvorbehalte entstehen, falls der Vorbehalt auf Eintragung einer Eigentümerhypothek gerichtet ist; ist jedoch vor Eröffnung des Konkurses und nach Eintragung des Vorbehalts das Grundstück ohne entsprechenden Vorbehalt mit einem Rechte belastet worden, so hat der Vorrang insoweit keine Wirkung, als das mit dem Vorbehalt eingetragene Recht infolge der inzwischen eingetretenen Belastung eine über den Vorbehalt hinausgehende Beeinträchtigung erleiden würde (§ 881 Abs. 5 BGB.); insoweit ist also die Entstehung einer Eigentümerhypothek ausgeschlossen.

§ 883. I. Wesen der Vormerkung. 1. Voß, JheringsJ. **60** 293 ff. (352). In der Vormerkung des BGB. ist die vom Richter festgestellte oder rechtsgeschäftlich ausgesprochene Bindung des formellen grundbuchrechtlichen Könnens in Gestalt der Voranküngigung einer grundeigentümlichen oder ein Grundrecht betreffenden Rechtsänderung zu sehen. Sie ist nicht, wie das Veräußerungsverbot des Gesetzes- oder Rechtsbefehls, gegeben zum Zwecke des Eingriffs in das regelmäßige Recht, sondern zum Schutze persönlicher, aber der dinglichen Vollziehung harrender Ansprüche. Während es beim Veräußerungsverbote gilt, das schutzbedürftige Recht gegen die Gefährdung durch rechtsverletzende Willensentschlüsse zu schützen, hat die Vormerkung die Aufgabe, den Anspruch der nach seiner gegenständlichen Natur ihm zukommenden Verwirklichung entgegenzuführen. Während das Veräußerungsverbot mehr dazu bestimmt ist, der Verwirklichung nachteilige Einflüsse fernzuhalten, soll die Vormerkung dem persönlich Berechtigten schon vor der Anspruchserfüllung die positive Sicherung geben, daß die Erfüllung, soweit sie mit Recht gefordert werden kann, in allen Beziehungen nur eine Frage der Zeit ist.

2. *Kaufmann, Eigentum am Gesellschaftsvermögen, 40 f. Die Vormerkung läßt die Verfügungsmacht des Eigentümers (wie schon der Wortlaut zeigt) an sich unberührt. Seine entgegenstehende Verfügung wirkt, doch belastet sie — kraft Grundbuchpublizität — den Erwerber mit dem Elisionsanspruche des Berechtigten, ebenso wie mit etwaigen anderen Lasten. Anderes bedeutet das „insoweit unwirksam" nach dem ausdrücklichen Wortlaute von § 888 nicht. Eine Vormerkung kraft Bewilligung des Eigentümers ist also keine Durchbrechung des im § 137 enthaltenen Grundsatzes. S. auch unten Ziff. II 5.

II. Zulässigkeit der Vormerkung. 1. KGJ. **40** A 126 (KG.). Die Eintragung einer Vormerkung des Inhalts, daß bei dem Verkauf eines von zwei demselben Eigentümer gehörigen Grundstücken eine Grunddienstbarkeit des einen Grundstücks gegenüber dem anderen Grundstück auf den Blättern beider Grundstücke eingetragen werden soll, ist unzulässig.

2. FrankfRundsch. **41** 210 (Frankfurt). Ein Ankaufsrecht, d. h. das Recht, von dem Eigentümer eines Grundstücks den Abschluß eines das Grundstück betreffenden Kaufvertrags zu fordern, kann nicht vorgemerkt werden. In dem Antrag auf Vormerkung eines Ankaufsrechts ist auch nicht ein Antrag auf Vormerkung eines bedingten Rechtes auf Eigentumsübertragung zu erblicken. S. JDR. **7** zu § 883 Ziff. II 4.

3. R. **11** Nr. 2896 (Colmar). Vor dem Anfalle der Eigentümer-

grundschuld können Ansprüche auf Abtretung oder Änderung des Inhalts dieser Schuld durch Vormerkung nicht gesichert werden. S. JDR. **8** zu § 883 Ziff. I 2, **9** zu § 883 Ziff. I 1.

4. **a)** RheinARV. **29** 102 (LG. Cöln). Die Sicherung des Anfechtungsrechts läßt sich nicht durch Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch ermöglichen, da der Anfechtungsanspruch nicht zu den eintragungsfähigen Rechten des § 883 BGB. gehört (vgl. **RG. 60** 423, **67** 39, KGJ. **20** 90), sondern sie kann nur in der Weise herbeigeführt und erreicht werden, daß dem Schuldner gemäß § 938 Abs. 2 ZPO. die Verfügung über das Grundstück, insbesondere seine Veräußerung untersagt wird. Die grundbuchliche Eintragungsfähigkeit dieser Verfügungsbeschränkung ergibt sich aus §§ 892 Abs. 1 Satz 2, 894, 135, 136 BGB. (**RG. 67** 41, 42). **b)** FrankfRundsch. **41** 141 (Frankfurt). Ein auf dem Anfechtungsgesetze beruhender Anspruch kann nicht durch Eintragung einer Vormerkung nach § 883 BGB., sondern nur durch eine ein Veräußerungsverbot enthaltende einstweilige Verfügung gesichert werden. S. JDR. **3** zu § 883 Ziff. 10, **4** zu § 883 Ziff. 4 a, **5** zu § 883 Ziff. 2 c, **6** zu § 883 Ziff. 2 c, **7** zu § 883 Ziff. II 1, **8** zu § 883 Ziff. I 1.

5. KGJ. **40** A 123 (KG.). Die Eintragung einer dem § 883 BGB. entsprechenden Vormerkung ist auch dann zulässig, wenn durch sie eine Wirkung erzeugt wird, die einer Verfügungsbeschränkung im Sinne des § 137 BGB. gleichkommt. S. auch oben Ziffer I 2.

6. Mayer, Pfändung der Eigentümergrundschuld, 82. Man hat vorgeschlagen, der Pfändungsgläubiger solle sich eine Vormerkung eintragen lassen. Dies wurde damit zu rechtfertigen gesucht, daß der Pfändungsgläubiger einen „Anspruch auf Pfändung" habe, für den entsprechend §§ 883 ff. BGB. eine Vormerkung eingetragen werden könne. Allein es gibt keinen solchen Anspruch auf Pfändung. Es besteht vielmehr keinerlei Verpflichtung des Schuldners, Briefübergabe oder Grundbucheintrag herbeizuführen oder zu dulden. Der einzige vorhandene Anspruch ist die Geldforderung des Gläubigers. S. JDR. **3** zu § 883 Ziff. 12 b, **6** zu § 883 Ziff. 2 e β.

III. Voraussetzungen der Vormerkung. SeuffA. **66** 459 (KG.). Die Vormerkung zur Sicherung des Rechtes auf Auflassung erfordert keinen Veräußerungsvertrag in öffentlicher Form.

IV. Wirkungen der Vormerkung. 1. **RG.** BayRpflZ. **11** 463. Da die Vormerkung nach der herrschenden Ansicht kein dingliches Recht begründet, sondern nur eine dingliche Sicherung eines obligatorischen Rechtes ist und zugleich mit diesem übertragen wird (Prot. III 751), so finden die Formvorschriften es § 873 BGB. keine Anwendung, vielmehr genügt die für die Übertragung des persönlichen Rechtes ausreichende mündliche Form.

2. SchlHolstAnz. **11** 330 (LG. Kiel). Auch eine zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung eingetragene Vormerkung steht einer Zwangsversteigerung des Grundstücks entgegen, sofern der Anspruch des betreibenden Gläubigers nach der Eintragung der Vormerkung entstanden ist.

3. **a)** Pfeiffer, DNotV. **11** 835. Sehr häufig kommt es vor, daß ein Grundstückseigentümer einem anderen eine bindende Kaufofferte macht und für den künftigen Anspruch des Antragsempfängers eine Vormerkung im Grundbuch eintragen läßt. ... Die Wirksamkeit der Vormerkung beginnt alsdann nicht erst mit der Entstehung des Anspruchs. ... Anders gestaltet sich jedoch die Rechtslage im Konkurse des Vormerkungsschuldners. Hier kann die Vormerkung, sofern der Anspruch bei Konkurseröffnung noch nicht entstanden war, keine Wirkungen äußern. **b)** Pfeiffer, LeipzZ. **11** 606. Vormerkungen für künftige Ansprüche sind im Konkurse des Schuldners wertlos, wenn der vorgemerkte Anspruch zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht entstanden ist. Ebenso

— wenn auch mit anderer Begründung — Jäger, ebenda 607. **c)** Pfe   er, LeipzZ. **11** 769. Die Vormerkung für einen künftigen Anspruch äußert nicht erst mit der Begründung des Anspruchs, sondern schon vom Zeitpunkte der Eintragung an die im § 883 Abs. 2 BGB. bezeichneten Wirkungen; denn sonst wäre die Bestimmung des § 883 Satz 2 BGB. materiell wertlos, die bloße Eintragung der Vormerkung würde dann dem Vormerkungsgläubiger vorläufig nichts nützen.

§ 885. 1. SeuffBl. **11** 678 (LG. Kempten). Die Eintragung der beantragten Vormerkung im Wege einer einstweiligen Verfügung entbindet lediglich von der Notwendigkeit einer Glaubhaftmachung der Gefährdung des zu sichernden Anspruchs (§ 885 Abs. 1 Satz 2 BGB.), nicht aber von der Glaubhaftmachung insbesondere dieses Anspruchs selbst (§§ 936, 920 Abs. 2 ZPO.). Ergibt sich, daß der Anspruch nicht besteht oder unwirksam ist, so ist er eben auch nicht glaubhaft gemacht; deswegen muß auf die Frage der Rechtsbeständigkeit des zu sichernden Anspruchs zurückgegangen werden.

2. SeuffBl. **76** 291 (Nürnberg). Auch ohne Widerspruch gegen die einstweilige Verfügung kann die Beseitigung der Vormerkung mittels materieller Löschungsklage erreicht werden.

§ 888. Voß, IheringsJ. **60** 293 ff. (328). Ist das dem Verbot unterliegende Recht ein Grundstück oder ein im Grundbuch eingetragenes Recht, dann hat der Dritterwerber der Eintragung des unter dem Schutze des Veräußerungsverbots stehenden Rechtes zuzustimmen (§ 888 Abs. 2 BGB.). Auch diese Zustimmung ist Erklärung des Nichtberechtigten. Es handelt sich hierbei um eine besondere Art der Grundbuchberichtigung. Die Zustimmung gilt nicht der grundbuchmäßigen Darstellung der richtigen Rechtslage, sondern der Bewilligung eines Berechtigten, dessen Recht nicht mehr als geltend im Grundbuch eingetragen ist, aber dem Eingetragenen gegenüber noch als geltende Eintragung zur Anwendung kommen soll. Da dieser Fall der Berichtigung sich von der Herbeiführung einer der außergrundbuchlich bestehenden richtigen Rechtslage entsprechenden Grundbuchdarstellung wesentlich unterscheidet, so ist nicht anzunehmen, daß § 22 GBO. auf die Eintragung des Geschützten anzuwenden ist.

§ 889. *Schmidt-Rimpler, Eigentümerdienstbarkeit (vgl. auch dens. zu § 903 Bem.). Die rechtsvernichtende Wirkung der Konfusion dinglicher Rechte ist nicht logisch notwendig. Die obligatorische Konfusionstheorie, nach der der Eigentümer nicht als beschränkt Berechtigter ein Recht gegen sich selbst soll haben können, ist abzulehnen, weil dem beschränkten dinglichen Rechte nicht begriffswesentlich ist, den Eigentümer auszuschließen, und es deshalb als solches sehr wohl fortbestehen kann, auch wenn es wie bei der Konfusion keine Ausschließungswirkung gegen den Eigentümer äußert (61—66, bes. 66). Die Absorptionstheorie, nach der das beschränkte Recht in dem umfassenden Eigentum aufgehen soll, scheitert daran, daß das beschränkte Recht die inhaltlich möglicherweise gleiche Maßgeblichkeit doch in anderer Form, nämlich mit stärkerer Intensität gegen andere an der Sache denkbare Rechte, und in anderer Art der Inhaltsbestimmung gewährt, so daß eine Absorption ausgeschlossen ist (66—72, bes. 71). Ob die Konfusion dinglicher Rechte rechtsvernichtende Wirkung haben soll, ist nur eine Frage der Zweckmäßigkeit, der Richtigkeit. In der Regel ist der Rechtsuntergang richtig, vorausgesetzt, daß das beschränkte Recht nicht inhaltlich eine andere Befugnis als das Eigentum gewährt (86, 105 f., 163); es erscheint nämlich die besondere Form, die besondere Intensität, in der die ausschließliche Maßgeblichkeit durch das beschränkte Recht im Unterschiede vom Eigentume gewährt wird, unrichtig, soweit sie sich gegen zukünftig entstehende andere Rechte wendet, wenn der Eigentümer als beschränkt Berechtigter gedacht wird, denn die Richtigkeit dieser besonderen Intensität beruht gerade darauf, daß der Berechtigte entweder den Eigentümer ausschließt

oder doch eine andere Person, als er, ist (87—95); deshalb dürfte im Konfusionsfalle richtigerweise der Eigentümer-Berechtigte die Maßgeblichkeit in der Beziehung des beschränkten Rechtes nicht in dieser besonderen Intensität, sondern nur in der Intensität des Eigentums, also nach allen sonst an der Sache denkbaren Rechten, erhalten. Da er aber solche Maßgeblichkeit bereits im Eigentume hat, muß alsdann mangels eines Unterschieds zwischen Eigentum und beschränktem Rechte Absorption eintreten, das beschränkte Recht also untergehen (95). Wenn aber andere besondere Gründe die stärkere Intensität auch in der Hand des Eigentümers richtig erscheinen lassen, muß das Recht fortbestehen. Ohne weiteres ist dies der Fall, wenn bei der Konfusion Rechte vorhanden sind, die dem konfundierten Rechte nachstehen (96—98), ferner wenn an dem Rechte ein Recht besteht (99, 101), wenn die Konfusion nur durch Miteigentum herbeigeführt wird (101—102), wenn das Eigentum zeitlich begrenzt oder bedingt auf den Berechtigten übergeht oder ebenso das Recht auf den Eigentümer, in welchem Falle bei Unbelastbarkeit des Rechtes eine Neuentstehung im Zeitpunkte der Konfusionsaufhebung genügt (102—105). Die Bestimmung des § 889 ist in ihrer Beziehung gerade auf „Rechte an Grundstücken" nicht zu begründen (110 f.). Sie trifft das Richtige für Grundbuchrechte (110) und u. a. insbesondere für die Grunddienstbarkeiten. Die Rechte bestehen als wahre dingliche Rechte mit voller Wirkung fort. Der Eigentümerberechtigte kann Klagen sowohl auf das Eigentum wie auf das beschränkte Recht stützen, kann über Eigentum und beschränktes Recht in derselben Weise verfügen, wie er es als Nureigentümer oder Nurberechtigter könnte. Er kann das Eigentum aufgeben und das Recht behalten (115).

§ 890. 1. BadRpr. **11** 21 (Karlsruhe). Man kann Grundstücke nur dann zusammenschreiben, wenn sie dem nämlichen Eigentümer gehören, d. h. wenn sie rechtsgleich sind. Daß dies zutrifft, muß dem Grundbuchamte durch öffentliche Urkunde nachgewiesen werden (§ 29 Satz 2 GBO.). Dies gilt namentlich mit Rücksicht auf die Änderungen, die durch das eheliche Güterrecht eintreten.

2. BayNotZ. **12** 473, BayRpflZ. **11** 467 (BayObLG.). Zuschreibung „bei" einem Grundstück ist nicht gleichbedeutend mit Zuschreibung „zu" einem Grundstücke.

§ 891. 1. KGJ. **40** A 196 (KG.). Die Eintragung muß, solange sie im Grundbuche steht, als maßgebend angesehen werden. Dies folgt aus § 891 BGB., wonach das Grundbuchamt den Inhalt des Grundbuchs so lange als richtig annehmen darf, als nicht eine Berichtigung im Wege der Beschwerde oder des Berichtigungsverfahrens erfolgt ist. Der Grundbuchrichter kann sich daher bei späteren Eintragungen lediglich auf die früheren Eintragungen stützen und diejenige Rechtslage für die wirklich bestehende erachten, die durch den Zustand des Grundbuchs nachgewiesen wird (KGJ. **20** A 183, **22** A 198). Auf diese Weise wird vermieden, daß durch die Nachprüfung der Grundlagen und der Rechtmäßigkeit früherer Eintragungen Zweifelsfragen nochmals zur Erörterung gebracht werden (Güthe, GBO. [1] § 40 Anm. 3). Ausnahmen von diesem Grundsatze können nur dann zugelassen werden, wenn dem Grundbuchrichter Tatsachen bekannt werden, die die Unrichtigkeit einer Eintragung dartun (KGJ. **20** A 183, **29** A 145, **35** A 303). Solche Tatsachen darf sich aber der Grundbuchrichter nicht dadurch schaffen, daß er die Grundlagen früherer Eintragungen erneut nachprüft. Die bloße Möglichkeit oder Vermutung, daß das Grundbuch unrichtig ist, genügt also nicht, um von dem Grundsatz abzuweichen, daß die Eintragung regelmäßig als Nachweis der materiellen Berechtigung anzusehen ist (KGJ. **35** A 303).

2. ElsLothJZ. **36** 33 (Colmar). Nach § 891 BGB. erstreckt sich die Vermutung der Richtigkeit des Grundbuchs nur auf Rechte und Rechtsverhältnisse, nicht aber auch auf eine bestimmte tatsächliche Beschaffenheit oder einen bestimmten Bestand eines Grundstücks.

§ 892. I. Die Anwendbarkeit des § 892 auf die Bestandsangaben. 1. *Schneider, SeuffBl. **76** 263. Das Grundbuchblatt enthält Behauptungen dreierlei Art: Rechtsbehauptungen und bezüglich der Identität und des Umfanges des Grundstücks geographisch beschreibende und historisch behauptende Titelvorträge; ob die historisch behauptenden Vorträge öffentlichen Glauben genießen, bestimmt sich nach der landesgesetzlichen Einrichtung des Grundbuchs. S. JDR. **9** zu § 892 Ziff. I 1.

2. Bauer, DJZ. **11** 1443. Inwieweit hat das Bestandsverzeichnis des Grundbuchs öffentlichen Glauben?

3. Bauer, ZBlFG. **11** 560 ff., bekämpft die Entscheidung des **RG. 73** 125 (JDR. **9** zu § 892 Ziff. I 1).

II. Die Grenzen des guten Glaubens. 1. **RG. 74** 416. Der Schutz des Erwerbers ist nicht davon abhängig, daß er das Grundbuch vor der Erwerbung eingesehen und sich nachweislich auf den Inhalt des Grundbuchs verlassen hat. Es muß vielmehr von demjenigen, der bei einem dinglichen Erwerbsgeschäfte das Grundbuch für sich hat, wie es in den Motiven heißt, angenommen werden, daß er sich im Glauben an die Richtigkeit der Nachrichten des Buches auf das Geschäft eingelassen hat. Der III. Zivils. hat daraus gefolgert, daß der in Frage stehende Rechtsschutz da versage, wo feststehe, daß sich der Erwerber nicht auf den Inhalt des Grundbuchs, sondern auf die Angaben des Veräußerers verlassen habe (vgl. **RG. 61** 202). Ob dem zuzustimmen sein würde (vgl. dagegen RGK. I § 892 Anm. 10), kann dahingestellt bleiben. Abzuleiten ist aus dem Grundgedanken des Gesetzes jedenfalls, daß demjenigen der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht zur Seite steht, der nicht im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuchs erworben haben kann, weil dessen Inhalt zur Zeit des den Erwerb vermittelnden Rechtsgeschäfts nicht für, sondern gegen das Bestehen des vom Erwerbe betroffenen Rechtes sprach.

2. **RG. 74** 416. Das RG. hat schon in seinem Urteile vom 29. Juni 1907 dem Erwerber einer Hypothek den Schutz der §§ 892, 1138 BGB. deshalb versagt, weil die Hypothek zur Zeit der Abtretung noch nicht eingetragen war, und hieran war festzuhalten. Der Umstand, daß in dem dort entschiedenen Falle die Hypothek gleich für den Erwerber (als „abgetretenes Darlehen") eingetragen war, begründet keinen Unterschied.

3. **RG.** JW. **11** 153. Die gesetzgeberischen Vorarbeiten zu § 892 BGB., insbesondere die Prot. der zweiten Komm. VI 222 und die D. des Bundesrats 184 ergeben, daß man dem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs maßgebende Bedeutung auch in dem Falle nicht hat absprechen wollen, wo der Glaube auf einem Rechtsirrtume beruht. Die Vorschrift des § 892 BGB. aber ist ohne Einschränkung in den §§ 1138, 1157 BGB. auch auf Einreden gegen Hypothekenrechte ausgedehnt worden. Auch bei der Frage, ob Einreden, die aus dem Grundbuche nicht ersichtlich sind, dem Hypothekenerwerber bekannt waren, kann demnach die Berücksichtigung des Rechtsirrtums nicht ausgeschlossen werden.

4. **RG. 76** 374, JW. **11** 763. Erlischt die Hypothek nach § 91 ZVG., so ist das Ersatzrecht ein Hypothekenrecht und überhaupt ein Recht an einem Grundstücke nicht, da es nicht an einem Grundstücke, sondern nur an dem Versteigerungserlöse bestand (**RG. 55** 264, **63** 216, **69** 251). Hierfür spricht auch die Erwägung, daß man, wenn man das Ersatzrecht als ein Hypothekenrecht ansehen wollte, folgerichtig auch den Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse, der nach § 92 ZVG. an die Stelle eines nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichteten, durch den Zuschlag erlöschenden Rechtes tritt, als ein Recht an einem Grundstücke, mithin beispielsweise den an die Stelle einer Grunddienstbarkeit tretenden Wertersatzanspruch als Grunddienstbarkeit erachten müßte. Dies würde aber mit der recht-

lichen Natur dieser dinglichen Rechte unvereinbar sein. Ist sonach das Ersatzrecht für eine Hypothek kein Recht an einem Grundstücke, so kann § 892 BGB. auf einen das Ersatzrecht betreffenden Erwerb keine Anwendung finden.

5. **RG.** WarnE. **11** 480. Die Vermutung des Eigentums, die sich aus dem Grundbucheintrag ergibt, kann durch den Nachweis der Kenntnis des Eingetragenen von seinem Rechtsmangel und des Nichtbestehens seines Erwerbswillens beseitigt werden.

6. KGJ. **40** A 167 (KG.). Die dingliche Übertragung eines Erbanteils fällt auch dann, wenn ein Grundstück zu der Erbschaft gehört, nicht unter § 892 Abs. 1, sondern unter § 413 BGB. Daher erwirbt, wenn der Miterbe den Erbanteil nacheinander an zwei Personen überträgt, der zweite Erwerber den Erbanteil auch dann nicht, wenn er von der ersten Übertragung nichts gewußt hat.

7. **RG.** WarnE. **4** 200. Unbedingt setzt ein Rechtserwerb nach den Regeln vom guten Glauben (§§ 892, 1138) als Gegenstand des Rechtserwerbes ein Recht am Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte voraus. Bei der Vormerkung trifft aber weder das eine noch das andere zu.

8. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 1148, ZBlFG. **11** 653. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs kann zwar Mängel des Erwerbsgeschäft oder der Veräußerungsbefugnis heilen, nicht aber einem Gegenstande, der dem Privatrechtsverkehr entzogen ist, die Fähigkeit, im Privateigentume zu stehen, verleihen. Daher können Stromteile öffentlicher Flüsse, die versehentlich einem Privateigentümer zugeteilt und in das Grundbuch übernommen werden, nach preußischem Rechte auch durch Auflassung an gutgläubige Dritte nicht Privateigentum werden.

III. Die Bedeutung der §§ 892, 893 für den Grundbuchverkehr. KGJ. **40** A 265, RJA. **11** 62, ZBlFG. **12** 86, SeuffBl. **11** 325 (KG.). Die drei Vorschriften des BGB., die sich mit dem Grundbuch als Erkenntnisquelle beschäftigen, die §§ 891, 892, 893 unterscheiden sich grundsätzlich dadurch voneinander, daß der § 891 mit der Bestimmung: Ist im Grundbuche für jemand ein Recht eingetragen, so wird vermutet, daß ihm das Recht zustehe, eine allgemeine Vorschrift für jeden gibt, der an dem Bestehen des eingetragenen oder an dem Nichtbestehen des gelöschten Rechtes ein rechtliches Interesse hat (RGK. § 891 Anm. 4), während die §§ 892, 893 nur zugunsten einer bestimmten Person, nämlich desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, und desjenigen, welcher auf Grund eines im Grundbuch eingetragenen Rechtes an den eingetragenen Berechtigten eine Leistung bewirkt oder mit ihm in Ansehung dieses Rechtes ein nicht in dem Erwerbe des Rechtes bestehendes, eine Verfügung über das Recht enthaltendes Rechtsgeschäft vornimmt, den guten Glauben an den Inhalt des Grundbuchs für maßgebend erklären. Was für jeden Rechtsgenossen gilt, muß auch für das Grundbuchamt gelten. Daraus ergibt sich, daß der § 891 BGB. auch vom Grundbuchamt anzuwenden ist, bis die dort aufgestellte Vermutung in der gehörigen Form widerlegt wird. Das Recht, das nur eine bestimmte Person im Widerspruche zu der wirklichen Rechtslage, also im Gegensatze zu der Allgemeinheit der Rechtsgenossen hat, muß dagegen der Berechtigte dem Grundbuchamte nachweisen; das Grundbuchamt hat sich sonst kraft seiner der Wahrung der wirklichen Rechtslage dienenden Amtspflicht um ein solches Recht nicht zu kümmern. Nur dann also, wenn dem Grundbuchrichter nachgewiesen wird oder er sonst weiß, daß der Erwerb, die Leistung oder das anderweitige Verfügungsgeschäft gutgläubig vorgenommen ist, hat er die aus §§ 892, 893 BGB. sich ergebende Ausnahmerechtslage zu beachten. Eine Vermutung kann diesen Nachweis nicht ersetzen. Auch der Umstand, daß im Prozesse der Gegner desjenigen, welcher sich auf die Vornahme des Rechtsgeschäfts im guten Glauben an das Grundbuch beruft, die Bösgläubigkeit beweisen muß, ist für das grundbuchrichterliche Verfahren unerheblich.

IV. Die Wirkung des guten Glaubens. 1. Hegewisch, JW. **11** 929. Infolge des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs kann sich eine eigenartige Relativität der materiellen Rechtslage ergeben; ein eingetragenes Recht kann gleichzeitig materiell nicht bestehen und doch wieder, nämlich in einer bestimmten Beziehung, konkreter ausgedrückt, bestimmten Personen gegenüber materiell bestehen oder materiellrechtlich als bestehend gelten. Für B. wird auf dem Grundstücke des A. an Stelle einer Hypothek von 1000 M. versehentlich eine Hypothek von 1200 M. eingetragen. B. verpfändet die Hypothek in der eingetragenen Höhe an den gutgläubigen C. . . . Ist in einem solchen Falle die Berichtigung des Grundbuchs möglich, wenn nur A. und B. sie bewilligen? Dies wird von Güthe, GBO. (2) § 22 Anm. 32, verneint. . . . Jedoch zu Unrecht. An sich setzt allerdings ein Recht an einem Rechte eben das Bestehen eines belasteten Rechtes voraus. Infolge der Wirkung des öffentlichen Glaubens kann aber auch ohne die Existenz eines belastungsfähigen Rechtes ein Recht an einem Rechte dergestalt entstehen, daß ein Recht als Gegenstand eines anderen Rechtes kraft gesetzlicher Fiktion materiell entsteht oder materiell-rechtlich als bestehend gilt, jedoch, wie nicht zu vergessen ist, nur relativ, nämlich für das belastete Recht.

2. **RG.** BayRpflZ. **11** 163. Der § 892 BGB. beschränkt die Anfechtbarkeit der im Grundbuch eingetragenen Rechte und der diesen Eintragungen zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte auf Grund des Anfechtungsgesetzes nicht. Die Richtigkeit des Inhalts des Grundbuchs wird durch die Anfechtbarkeit nicht berührt.

3. SeuffA. **67** 21 (Dresden). Der gutgläubige Erwerb einer nichtigen Hypothek beseitigt die Nichtigkeit auch zugunsten eines nicht gutgläubigen weiteren Erwerbers.

V. Verfügungsbeschränkungen. 1. Fuld, Die Eigentümerhypothek im Konkurse, 41. Handelt es sich um eine Eigentümerbriefhypothek und ist der Konkursverwalter im Besitze des Briefes, so ist dem Gemeinschuldner eine Verfügung über die Eigentümerhypothek unmöglich gemacht, eine Gefährdung der Konkursgläubiger also nicht zu besorgen. Hiermit entfällt auch die Notwendigkeit der Eintragung des Konkursvermerkes; praktisch wird dies in den meisten Fällen darauf hinauslaufen, daß, da die Eintragung des Eigentümers als Berechtigten Vorbedingung der Eintragung des Konkursvermerkes ist, nun, mangels der Eintragung des Vermerkes, auch der Eigentümer als Inhaber der Eigentümerhypothek nicht eingetragen erscheint. Eine Nachprüfung durch das Grundbuchamt dahin, ob der Fall der Gefährdung auch wirklich gegeben sei, findet nicht statt. . . . Anders verhält es sich bei der Eigentümerbuchhypothek. Gerade hier sind die Rechte der Konkursgläubiger dadurch auf das schwerste gefährdet, daß der Gemeinschuldner grundbuchmäßig über die Eigentümerhypothek verfügen kann. Der Konkursvermerk soll dieser Beeinträchtigung der Konkursgläubiger vorbeugen. Doch wird man, im Hinblick auf das dem Grundbuchamte hinsichtlich der Gefährdung mangelnde Prüfungsrecht, nicht so weit gehen können, im Vorhandensein des Konkursvermerkes eine ihrem Inhalte nach unzulässige Eintragung dann zu erblicken und demnach Löschung von Amts wegen zu verlangen, falls der Konkursverwalter die Buchhypothek nachträglich in eine Briefhypothek verwandelt und damit die Voraussetzung des § 113 Nr. 2 KO. wegfällt.

2. RheinARB. **29** 12 (KG.). Da die Verfügungsbeschränkung die gegen sie verstoßenden rechtsgeschäftlichen Verfügungen gemäß §§ 135 Abs. 1 Satz 1, 136, 892 Abs. 1 Satz 2 BGB. nur zugunsten desjenigen unwirksam macht, dessen Schutz sie bezweckt, und die Verfügungen durch Wegfall der Beschränkungen vollinhaltlich gültig werden können, so darf das Grundbuchamt die Eintragung der von dem Konkursverwalter vorgenommenen Abtretungen selbst dann nicht ablehnen, wenn die Abtretungen nach der Eintragung der Verfügungsbeschränkung erfolgt sind.

3. KGJ. **40** A 227 (KG.). Eine zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehende Verfügungsbeschränkung bleibt nicht wirksam, wenn sie mit den gegenwärtig geltenden Normen des öffentlichen Rechtes im Widerspruche steht, z. B. dem Vormundschaftsrichter Entscheidungen zuweist, die ihm nach dem Gesetze nicht obliegen. Die in früherer Zeit erfolgte Eintragung einer solchen Verfügungsbeschränkung im Grundbuch ist daher wegen Unzulässigkeit ihres Inhalts von Amts wegen zu löschen.

4. Voß, JheringsJ. **60** 293 ff. (307). Eine in das Grundbuch eingetragene bedingte Rechtsübertragung sperrt das Grundbuch gegen weitere, ohne Zustimmung des bedingt Berechtigten erfolgende Grundbuchverfügungen des bisherigen Berechtigten.

5. Voß, JheringsJ. **60** 293 ff. (337). Das BGB. enthält ein unmittelbar unter § 135 fallendes gesetzliches Veräußerungsverbot zum Schutze bestimmter Personen nicht. Der organische Zusammenhang aller dem BGB. angehörigen Rechtsvorschriften schließt in deren gegenseitigen Beziehungen einen außerordentlichen Verbotsschutz aus.

§ 894. I. Fälle der Unrichtigkeit. 1. **RG.** R. **11** Nr. 3655. Einen im Klagewege verfolgbaren Anspruch auf Zustimmung zur Beseitigung bloßer Undeutlichkeiten in einer Grundbucheintragung kennt das Gesetz nicht.

2. KGJ. **40** A 109 (KG.). Die Eintragung der katholischen Kirchengemeinde als Eigentümerin eines an die katholische Kirche des Ortes aufgelassenen Grundstücks bewirkt im Geltungsbereiche des PrALR. keine Unrichtigkeit des Grundbuchs.

3. ElsLothNotZ. **11** 248 (Colmar). Durch die Pfändung und Überweisung einer irrtümlich gelöschten Hypothekenforderung erlangt der Gläubiger das Recht, die Berichtigung des Grundbuchs, nämlich die Wiedereintragung der Hypothek und die Eintragung der Pfändung und Überweisung, zu beantragen.

4. **RG.** BayRpflZ. **11** 118. Wenn eine Auflassung vollzogen wurde, obwohl keine Einigung über die Eigentumsübertragung vorlag, so bedarf es zur Beseitigung des Fehlers nicht einer Rückauflassung, sondern nur der Berichtigung des Grundbuchs.

II. Abtretung des Berichtigungsanspruchs. S. JDR. **2** zu § 894 Ziff. 3, **3** zu § 894 Ziff. 2, **4** zu § 894 Ziff. 2, **6** zu § 894 Ziff. III, **7** zu § 894 Ziff. III, **9** zu § 894 Ziff. I. 1. **RG.** WarnE. **4** 201, JW. **11** 280. Während nach preußischem Rechte der sachliche Eigentümer seinen Berichtigungsanspruch mit der Wirkung abtreten konnte, daß der Erwerber seine eigene Eintragung als Eigentümer herbeiführen konnte (**RG. 46** 225, GruchotsBeitr. **45** 942), gilt dies, wie des öfteren ausgeführt worden ist, nicht für das jetzt geltende Recht. Hier wird, da mangels einer entsprechenden Vorschrift, wie sie für das Fahrnisrecht im § 931 BGB. gegeben ist, die Abtretung des Berichtigungsanspruchs überhaupt nicht mehr zulässig erscheint, mit der Annahme einer Ermächtigung geholfen, den Berichtigungsanspruch des Verkäufers geltend zu machen (**RG. 59** 294 — JDR. **4** zu § 894 Ziff. 2 c — **64** 169 — JDR. **6** zu § 894 Ziff. III 2 c —, Urt. v. 24. 9. 10, V. 496/09). Kann also der Käufer nicht den Anspruch auf Berichtigung auf seinen eigenen Namen erheben, so kann dies auch nicht der Verkäufer für ihn; der Verkäufer kann stets nur erreichen, daß er selbst als Eigentümer eingetragen werde.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 100. Man muß in der Bekundung des Veräußerungswillens und der Annahme dieser Erklärung, verbunden mit dem Auflassungsgeschäfte, den Willen der Vertragsparteien erkennen, daß der, der aus dem Vertrag und der Auflassung erwerben sollte, von dem Veräußerer wirksam ermächtigt werde (und diese Ermächtigung annehme), dessen Recht geltend zu machen, eine Grundbucheintragung auf dessen Namen herbeizuführen.

3. SeuffA. **66** 58 (Cassel). Das RG. hat (**RG. 53** 408 ff.) den Grundsatz aufgestellt: Die Vereinbarung, daß der Verkäufer eines belasteten Grundstücks dem

Käufer gegenüber verpflichtet sein solle, die Belastung zur Löschung zu bringen, enthalte eine vom Käufer, als nunmehrigem Eigentümer, an den Verkäufer erteilte Ermächtigung, als Vertreter des Käufers in eigenem Namen den Anspruch auf Berichtigung geltend zu machen. Dieser in seiner Begründung und in seinen Konsequenzen nicht unbedenkliche Grundsatz kann aber dann keine Anwendung finden, wenn ein die Aktivlegitimität des Verkäufers begründendes, von dem Käufer als Eigentümer der belasteten Grundstücke abgeleitetes Ermächtigungsverhältnis nicht mehr besteht, nachdem der Käufer die Grundstücke weiterveräußert hat. Die Ermächtigung wirkt nur so lange, als der Ermächtigende selbst zur Geltendmachung des Anspruchs befugt ist, da sie ja für den Ermächtigten kein selbständiges, sondern nur ein vom Ermächtigenden abgeleitetes Recht schafft.

4. Du Chesne, ABürgR. **36** 38—59 (52). Die Folgerung, daß die Abtretung des Berichtigungsanspruchs die Wirkung der Eigentumsübertragung hat, zieht das geltende Recht zutreffenderweise nicht. Da aber die Unabtrennbarkeit des Berichtigungsanspruchs vom Rechte immer wieder sich geltend macht, so bleibt als mögliche Wirkung dieser Abtretung immer nur eine verschämte Art der Bevollmächtigung des Zessionars mit der Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs übrig (s. dazu OLG. **15** 390, JW. **09** 748 u. a. m.). In gleicher Weise kann man eine wirksame Pfändung des Berichtigungsanspruchs nur auf dem Wege konstruieren, daß man in ihr bereits die Erlangung eines Pfandrechts an dem Eigentume selber sieht.

5. *H. Hellwig, GruchotsBeitr. **55** 615 f. Nach feststehender Rechtsprechung kann der frühere Eigentümer eines verkauften Grundstücks auch nach der Auflassung den Berichtigungsanspruch aus § 894 BGB. durchführen, obwohl er dann nicht mehr Inhaber des nicht richtig gebuchten Rechtes an dem Grundstück ist. Es wird das aus dem Gesichtspunkt einer Ermächtigung seitens des (jetzigen) Eigentümers gerechtfertigt. Dieser Gesichtspunkt reicht nicht aus (vgl. darüber den Verf. unten zu § 50 ZPO.); die fragliche Befugnis des Verkäufers ergibt sich schon aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes auf Grund Verzugs des fälschlich Eingetragenen. — Prozeßführungsrecht auf Grund einer Ermächtigung nimmt die Rechtsprechung ferner in dem Falle an, daß ein nicht im Grundbuch eingetragener Berechtigter sich durch Vertrag (irgendwelcher Art) verpflichtet hat, einem anderen dieses nicht eingetragene Recht zu übertragen, und nun dem anderen, da die Rechtsübertragung gemäß § 873 BGB., § 40 GBO. nicht stattfinden kann, wenigstens seinen Berichtigungsanspruch „abtritt". Für diese Ermächtigung gilt dasselbe, was der Verf. aaO. 607 f., an **RG. 73** 306 f. anknüpfend, ausgeführt hat (vgl. darüber unten zu § 50 ZPO.).

§ 896. SeuffBl. **11** 545 (KG.). Der Vorlegungsanspruch aus § 896 BGB. richtet sich nicht nur gegen denjenigen, der der Grundbuchberichtigung zustimmen muß (**RG. 47** 158), sondern in gleicher Weise auch gegen denjenigen, der für jenen Verpflichteten den Hypothekenbrief besitzt. Ist dies aber das Grundbuchamt selbst, so entfällt der Anspruch gegen den unmittelbaren Besitzer, und es bleibt nur der Anspruch gegen den mittelbaren Besitzer des Briefes übrig. Überdies kann, wenn lediglich die Umschreibung einer Teilpost in Frage steht, der Vorlegungsanspruch aus § 896 BGB. niemals als Mittel dazu dienen, dem Gläubiger der Restforderung den Hypothekenbrief vorzuenthalten; die Vorlegung kann vielmehr nur zu dem Zwecke gefordert werden, um die formell-rechtlichen Unterlagen für einen bereits gestellten Berichtigungsantrag zu beschaffen und die Abzweigung eines Teilbriefs zu erreichen.

§ 900. *Gravenhorst, GruchotsBeitr. **55** 248 ff. Hinsichtlich der in das Landregister eingetragenen Grundstücke in den Schutzgebieten besteht keine Möglichkeit einer Ersitzung (261).

Dritter Abschnitt. Eigentum.

Erster Titel. Inhalt des Eigentums.

Literatur: Breit, Das Recht der gemeinschaftlichen Brandmauern mit besonderer Berücksichtigung des sächs. Rechts (früher bereits FischersZ.). — Goldfeld, Ist der Grundeigentümer berechtigt, das Überfliegen seines Grundstücks zu verbieten? JW. 11 565, 566. — Josef, Notweg und öffentlicher Weg. R. 11 649—653. — Sturm, Das Luftschiffahrtsrecht. GruchotsBeitr. 55 522—535.

§ 903. 1. *Schmidt-Rimpler, Die Eigentümerdienstbarkeit. Eigentum ist das inhaltlich negativ bestimmte, im Range allen an derselben Sache denkbaren Rechten nachstehende Ausschließungsrecht an einer Sache. Beschränktes dingliches Recht ist das inhaltlich positiv bestimmte, im Range bestimmten anderen an der Sache denkbaren Rechten vorgehende Ausschließungsrecht (35); dabei ist die „negative" Bestimmung in dem Sinne zu verstehen, daß die Rechtsordnung das inhaltliche Gebiet der ausschließlichen Maßgeblichkeit von außen her begrenzt, indem sie von der freien Willkür, von der Allheit sämtlicher möglicher Einwirkungen nur negativ einzelne Beziehungen ausnimmt (30 f.), nicht die besonderen Beziehungen, in denen die Maßgeblichkeit gewährt werden soll, positiv umschreibt. Verf. gelangt zu der Definition unter Anwendung folgender, näher begründeter (19—25) Methode: er entwickelt aus dem Begriffe des Rechtsverhältnisses selbst deduktiv ein System der überhaupt denkbaren Rechtsverhältnisse, soweit es für die Auffindung des Eigentumsbegriffs erforderlich ist, und zwar mit dem Ziele der nachweisbaren Vollständigkeit (26—35), deren Möglichkeit er damit begründet, daß die Form des Rechtsverhältnisses nur eine logisch begrenzte Menge von Möglichkeiten ihrer formalen Ausgestaltung gestattet (24). Unter den sich ergebenden Rechtsverhältnissen findet er das Eigentum mit Rücksicht auf die systematische Stellung, die ihm nach einheitlicher Auffassung zukommen soll (25 f.). Die Aufnahme des Ranges in die Definition ergibt sich ihm daraus, daß es sich um ein neben anderen an derselben Sache denkbares Recht handelt, das deshalb als Qualität ein bestimmtes Verhältnis zu diesen, eine bestimmte Intensität haben muß (31, 46, 47). Verf. gibt ferner eine kritische Darstellung der wesentlichsten Eigentumstheorien (35—51).

2. **RG. 76** 130 ff., JW. **11** 587, SeuffA. **66** 463. Durch den auf dem Grundstücke der Klägerin sich darbietenden Anblick der im Freibade der Beklagten sich auskleidenden oder ausgekleidet sich aufhaltenden Badegäste wird ein Anspruch auf Vornahme von Vorkehrungen, die diesen Anblick ausschließen, nach Maßgabe der §§ 903, 906, 1004 nicht gerechtfertigt. Der Anblick von Vorgängen auf einem Nachbargrundstück ist überhaupt nicht als eine das Eigentum beeinträchtigende „Einwirkung" im Sinne der §§ 903, 1004 zu erachten. Ein Anblick fällt nicht unter die Zuführungen des § 906. Die Eigentumsfreiheitsklage steht dem Eigentümer wegen eines dargebotenen Anblicks von Vorgängen auf einem Nachbargrundstücke selbst dann nicht zu, wenn die Vorgänge Anstoß erregende sind; es kommt dann nur ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB. in Frage.

§ 904. 1. Weilinghaus, R. **11** 66. Das gesetzliche Gebot zur Gestattung der Einwirkung zusammen mit der gesetzlichen Gewährung des Schadensersatzanspruchs im § 904 BGB. enthalten für den Notstandsfall zugleich die Erlaubnis zu einem an sich (z. B. durch § 55 a GewO.) verbotenen Verkaufe. Der § 904 verfolgt im wesentlichen ein öffentliches Interesse; die Errettung eines Menschenlebens liegt aber weit mehr im öffentlichen Interesse als die strikte Beobachtung des Gebots der Sonntagsruhe.

2. **RG.** 19. 12. 10, **75** 80 ff., JW. **11** 220. Der § 904 BGB. schafft lediglich eine Ausnahme von der Vorschrift des § 903 BGB. Er will über die Fälle des Notstandes nach § 228 BGB. hinaus, also über die Fälle hinaus, wo von der Sache

eine Gefahr droht, den Eigentümer der Sache unter den bestimmten Voraussetzungen verpflichten, Eingriffe in seine Eigentumssphäre zu dulden. Voraussetzung ist also ein Tun, welches einen solchen Eingriff enthält.

§ 905. I. Luftrecht (JDR. **4** Ziff. I 1, **6**, **7** Ziff. 1, 8, **9** Ziff. I). 1. *Sturm, GruchotsBeitr. **55** 522 ff., erörtert die Frage nach der Beschränkung unseres Eigentums durch Luftschiffe. Er betont, daß von einem freien Luftmeere keine Rede sei, daß jeder ein Recht darauf habe, daß über seinem Haupte Sicherheit herrsche. Er fordert Expropriation des Luftraums für Luftstraßen, weil der Raum über uns nicht gefährdet werden dürfe. Ein neues Schutzgesetz werde nötig, ein Luftgesetz; freilich fehle es noch an der Rechtsübung. Luftstraßen seien international zu ordnen. In großer Höhe sei die Luft nicht frei, gerade dort habe der Erdbewohner ein Interesse, daß nichts mit so großer Kraft herabstürze.

2. Goldfeld, JW. **11** 565, wendet sich gegen Meyer, JW. **10** 738, JDR. **9** Ziff. I 2. Der Grundeigentümer kann das Überfliegen seines Grundstücks mit Luftschiffen, Luftballons oder Flugmaschinen auf Grund des § 903 schon dann verbieten, wenn er beweist, daß er Eigentümer des Grundstücks ist; Sache des Beklagten ist es, zu beweisen, daß der Eigentümer kein Interesse an dem Verbote habe. Dieser Beweis ist erst geführt, wenn nachgewiesen wird, daß eine Benachteiligung des Grundstücks oder der auf demselben befindlichen Personen ausgeschlossen sei.

II. 1. Elektrische Leitungen (JDR. **3**, **4** Ziff. II **5** sub a, **9** Ziff. II 1). SchlHolstAnz. **11** 194 (Kiel). Ein Verbietungsrecht bezüglich der Anbringung eines Starkstromleitungsdrahts 9 m über der Ecke eines Hausgartens ist nach § 905 Satz 2 ausgeschlossen.

2. Beseitigung von Balkonen (JDR. 8 u. **9** Ziff. II 2). a) R. **11** Nr. 506 (Rostock). Der Eigentümer eines dem öffentlichen Verkehre dienenden Grundstücks (z. B. Straße) kann die Einwirkungen (Hereinragen eines Balkons) anderer auf dasselbe, soweit solche nicht aus dem Gemeingebrauche hervorgehen, verbieten. **b)** **RG.** JDR. **9** Ziff. II 2 a auch RheinA. **108** 344 ff.

§ 906. 1. Untersagung von Beeinträchtigungen (JDR. 7, **8** Ziff. II 1, **9** Ziff. 1). **a)** **RG.** 23. 1. 11, JW. **11** 326. Es kommt keineswegs ausschließlich auf den Zustand zur Zeit der Klagerhebung an; wie eine Verurteilung nicht erfolgen darf, wenn im Laufe des Rechtsstreits Einrichtungen getroffen sind, die nach menschlicher Voraussicht dauernd die schädliche Einwirkung auf ein Maß zurückführen, das ertragen werden muß, so muß andererseits gegenüber einer im Laufe des Rechtsstreits getroffenen Ausdehnung des einwirkenden Betriebs vom Beklagten der Nachweis erfordert werden, daß auch sie keine wesentliche Beeinträchtigung darstellt, oder ortsüblich ist. **b)** R. **11** Nr. 507 (Colmar). Die Unterlassungsklage wird durch eine vom Immissionsbeklagten während des Prozesses getroffene Schutzvorkehrung dann nicht erledigt, wenn trotz ihrer die schadenbringende Anlage selbst bestehen bleibt und vom Beklagten weiter benutzt wird, auch die Besorgnis vor der Wiederholung unzulässiger Einwirkungen in Anbetracht der Unvollkommenheit jener Schutzvorkehrung oder der persönlichen Unzuverlässigkeit des Beklagten fortdauert.

2. Ortsüblichkeit (JDR. **2** Ziff. 4, **3** Ziff. II 4, **4**, **5**, **6**, **7**, 8, **9** Ziff. II 2). **a)** **RG.** 1. 4. 11, HansGZ. **11** Beibl. 295. Bei Prüfung der Üblichkeit eines Betriebs innerhalb eines gewissen Ortsgebiets können nur gleichartige Verhältnisse zur Vergleichung herangezogen werden; die Gleichartigkeit hängt aber nicht nur von dem Betriebsort überhaupt ab, sondern unter Umständen auch von den besonderen Einrichtungen des Betriebs und von der Art und Weise, wie er ausgeübt wird. Einen beachtlichen Unterschied macht es auch, ob diejenigen Räumlichkeiten, von denen die Einwirkungen ausgehen, dem Nachbargrundstück unmittelbar anliegen, oder ob sie entfernter abliegen. **b)** R. **11** Nr. 342 (Hamburg). Ein be-

trächtliches Maß von Belästigung durch die Eisenbahn muß heute in der Großstadt als gemeingewöhnlich angesehen werden. c) **RG.** JDR. **9** Ziff. 2 b auch SeuffBl. **11** 391.

3. Schadensersatz ohne Verschulden (JDR. **5**, **6**, **7**, **9** Ziff. II 3). a) EisenbE. 27 143 (Cöln). Wie bei Voll- und Nebenbahnen hat der Eigentümer eines Grundstücks auch bei Kleinbahnen an Stelle der ihm versagten Unterlassungsklage das Recht, auf Ersatz wegen Schäden durch den Bahnbetrieb, z. B. durch Funkenflug der Lokomotive, ohne Nachweis eines Verschuldens des Unternehmers zu klagen. b) EisenbE. **27** 145 (Hamm). Der Rechtsweg wegen Unterlassung der Zuführung von Rauch und Geräusch auf Nachbargrundstücke gegen einen Kleinbahnunternehmer ist zulässig, wenn es sich um nicht im Bereiche der Konzession errichtete Anlagen (Reparaturwerkstätten) handelt. c) ElsLothJZ. **11** 449 (Colmar) über Störungen durch Rangierbetrieb und Kapitalabfindung anstatt Ersatz durch Geldrente. d) **RG.** 4. 7. 11, JW. **11** 764, BayRpflZ. **11** 484. Es müßte zu unerträglichen Folgen führen, wollte man die tatsächliche Hinderung an der Geltendmachung des Beseitigungsanspruchs dem gesetzlichen Ausschlusse dieses Anspruchs gleichstellen. Die reichsgerichtliche Praxis (vgl. z. B. JW. **10** 619 und früher JDR. **9** Ziff. 3 b zu § 906) ist in solchem Falle nicht anwendbar.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 1168, EisenbE. **28** 83, JW. **11** 338. Die Abwehrklage aus den §§ 906, 1004 BGB. wird nicht durch den § 148 PrBergG. vom 24. Juni 1865 ausgeschlossen, denn dieser Paragraph verpflichtet den Bergwerksbesitzer, für allen Schaden, der dem Grundeigentume durch den Betrieb des Bergwerkes zugefügt wird, ohne Rücksicht auf ein ihm zur Last fallendes Verschulden vollständige Entschädigung zu leisten; er besagt aber nicht, daß der Grundeigentümer gegenüber den vom Bergwerksbetrieb ausgehenden Beeinträchtigungen seines Eigentums nicht die aus dem Eigentume fließenden ordentlichen Rechtsbehelfe habe, sondern auf den Entschädigungsanspruch angewiesen sei. Wohl aber ist der Grundeigentümer namentlich auch gegenüber Zuführungen zugunsten des Bergwerkeigentümers auf Grund des § 54 BergG. im Gebrauche der ordentlichen Rechtsbehelfe beschränkt.

§ 907. PosMSchr. **11** 147 (Königsberg). Eine unzulässige Einwirkung auf das Grundstück liegt nicht vor, wenn durch das Aufbauen eines neuen Gebäudes auf dem Nachbargrundstück einer Windmühle der Wind genommen wird.

§ 909. **RG.** 4. 7. 11, JW. **11** 764. Schadensersatz aus § 909 kann der bedrohte Nachbar stets nur unter der Voraussetzung des Verschuldensnachweises verlangen. Vgl. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 680, **RG. 51** 177, **62** 370.

§ 912. 1. Analoge Anwendung der §§ 912 ff. (JDR. **1** Ziff. 6, **6** Ziff. I 5 u. II 2, 8 u. **9** Ziff. 1). a) *Schmidt-Rimpler, Eigentümerdienstbarkeit. Wenn dem Überbauenden das überbaute Grundstück ebenfalls gehört, findet § 912 analoge Anwendung; es ist demnach zu fordern, daß der Eigentümer nicht wußte und nur bei besonderer Sorgfalt hätte wissen müssen, daß er über die Grenze baute, ferner darf der Überbau nicht so erheblich sein, daß ohne weiteres ein Widerspruch seitens eines dritten Nachbars angenommen werden müßte. b) **RG.** JDR. **9** Ziff. 1 b auch RheinA. **108** 334 ff.

2. R. **11** Nr. 373 (Naumburg). Eine beim Baue durch falsche Bauausführung entstandene Ausbauchung oberhalb des Grund und Bodens ist ein Überbau.

3. KGBl. **11** 8 (LG. Neu-Ruppin). Dem bloßen Besitzer eines Nachbargrundstücks steht ein Schutzrecht gegenüber dem Überbaue nicht zur Seite.

4. Brandgiebelrecht (vgl. JDR. **8** Ziff. 2 u. 3). **RG.** SächsRpflA. **11** 390, BadRpr. **11** 158, RheinA. **108** 360 ff. (dort auch ein Urteil des OLG. Düsseldorf) steht auf dem Standpunkte, daß durch den Anbau eine Verschiebung in den Eigentumsverhältnissen an der übergebauten Mauer nicht eintritt und mithin für die Annahme eines Bereicherungsanspruchs die

rechtliche Grundlage fehlt. Es falle aber die übergebaute Mauerhälfte nicht in ihrer Eigenschaft als wesentlicher Bestandteil des Gebäudes in das Eigentum des Gebäudeeigentümers, vielmehr komme allein § 912 zur Anwendung. Hiergegen Breit, Kommunmauer, Reichsgericht u. Sächs. Oberlandesgericht, SächsRpflA. **11** 392 ff., der die Praxis des OLG. Dresden verteidigt, derzufolge mit dem Anbau eine Änderung in den Eigentumsverhältnissen an der Mauer eintritt. Die Regel „superficies solo cedit" muß gegenüber dem höheren Prinzipe von der rechtlichen Untrennbarkeit wesentlicher Bestandteile zurücktreten. Vgl. auch LG. Dresden, SächsRpflA. **11** 415 ff.

§ 917. Josef, R. **11** 649 ff. Notwegberechtigt ist der Eigentümer des vom Wege abgeschlossenen Grundstücks; es soll der Wegenotstand des Eigentümers als solchen beseitigt werden. Hat dieser aber den Weg einmal erreicht und bietet nun dessen Beschaffenheit Hindernisse für die Benutzung der Wegstrecke, so trifft der Notstand nicht mehr den Eigentümer als solchen, sondern überhaupt jeden, der den Weg benutzt, mag er auch mit seinem Grundstücke gar nicht dem Wege angrenzen. Ein Notwegrecht ist nicht gegeben, wenn das Grundstück die zur Erreichung des öffentlichen Weges notwendige Verbindung hat und dem Eigentümer nur die Möglichkeit fehlt, den erreichten Weg auf dessen ganzer Strecke zu benutzen. Es kann jedoch einem Grundstücke die zur ordnungsmäßigen Benutzung erforderliche Verbindung mit dem öffentlichen Wege auch dann fehlen, wenn das Grundstück zwar mit dem öffentlichen Wege in Verbindung steht, diese vorhandene Verbindung aber unzureichend ist zur ordnungsmäßigen Benutzung. Das Grundstück fällt z. B. steil ab, so daß für Fuhrwerke die Gefahr des Abstürzens besteht, wenn sie vom Grundstück auf den anstoßenden öffentlichen Weg fahren, oder der Eigentümer kann von seiner Hofstelle aus einen zum Grundstücke gehörigen Acker nur auf einem Wege erreichen, der über seine morastigen Wiesen führt und daher für Fuhrwerke die Gefahr des Einsinkens bringt, oder auf einem Umwege, der mit einer ordnungsmäßigen Benutzung des Ackers unvereinbar ist. Liegt nun dieser Acker jenseits des öffentlichen Weges und würden jene Mißstände dadurch beseitigt werden können, daß der Eigentümer über des Nachbars Grundstück auf den öffentlichen Weg gelangt, so fehlt dem Grundstücke die zur Erreichung des öffentlichen Weges notwendige Verbindung.

§ 918. *Höchtl, SeuffBl. **11** 465 ff. Der Einwand, daß der den Notweg begründende Notstand durch eine willkürliche Handlung geschaffen wurde und daß deshalb der willkürlich handelnde Eigentümer oder dessen Rechtsnachfolger keinen Anspruch auf den Notweg habe, kann dann nicht gebracht werden, wenn die willkürliche Handlung vor Inkrafttreten des BGB. vorgenommen wurde, weil § 918 Abs. 1 BGB. in gewissem Sinne eine Strafvorschrift für ziviles Unrecht ist und als solche deshalb keine rückwirkende Kraft haben kann.

§ 922. **RG.** JW. **11** 367, SeuffA. **66** 364, RheinA. **108** 378. Das nach § 922 einem jeden Nachbar zustehende Mitbenutzungsrecht erstreckt sich auf die ganze Grenzeinrichtung, da § 922 das Mitbenutzungsrecht nur nach der Richtung beschränkt, daß durch die Benutzung nicht die Mitbenutzung des anderen Nachbars beeinträchtigt werden darf (vgl. **RG. 53** 312). Treppenstufen können daher in die gemeinschaftliche Giebelmauer auch über die Mittellinie der Mauer eingefügt werden, wenn die Mitbenutzung nicht beeinträchtigt wird.

Zweiter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken.

§ 925. I. Wesen der Auflassung. BayRpflZ. **11** 344, BayNotZ. **12** 369 (BayObLG.). Die Auflassung bildet nicht ein einen Anspruch erzeugendes Verpflichtungsgeschäft, sondern ein eine Leistung — Erfüllung — darstellendes, von dem den Anspruch auf Übertragung des Eigentums begründenden schuldrecht-

lichen Vertrage losgelöstes Verfügungsgeschäft (Güthe, GBO. [2] § 19 Anm. 13, Goldmann-Lilienthal, BGB. II 184 ff.).

II. Form der Auflassung. 1. a) Kretzschmar, R. **11** 695. Streitig ist, ob die Auflassung auch in einem Prozeßvergleich erklärt werden kann. Von einigen Schriftstellern wird es schlechthin verneint, vgl. so Dronke, BuschsZ. **30** 56 ff., Josef, GruchotsBeitr. **53** 790 ff., Turnau-Förster (3) I 442. Das kann nicht als zutreffend anerkannt werden. Vielmehr wird zu unterscheiden sein, ob und in welchem Umfang und Sinne der Bundesstaat, in dessen Gebiete das aufgelassene Grundstück liegt, von dem Vorbehalte des Art. 143 EGBGB. Gebrauch gemacht hat. Ist von dem Vorbehalte kein Gebrauch gemacht und kann die Auflassung also gemäß § 925 Abs. 1 BGB. nur vor dem Grundbuchamte vorgenommen werden, so ist die in einem Prozeßvergleich erklärte Auflassung unwirksam. ... Anders dagegen liegt die Sache in den Bundesstaaten, nach deren Ausführungsgesetzen die Auflassung, wie es z. B. in Sachsen der Fall ist, vor jedem deutschen Amtsgericht oder vor einen deutschen Notar erklärt werden kann. Ist mit **RG. 48** 183 ff. davon auszugehen, daß die gerichtliche und notarielle Beurkundung durch die Form des Prozeßvergleichs ersetzt wird, so wird man auch für die Grundstücke solcher Bundesstaaten einen vorschriftsmäßig beurkundeten Vergleich, in welchem die Auflassung erklärt ist, als eine geeignete Eintragungsgrundlage zu erachten haben. **b**) SeuffA. **67** 19 (Dresden). Die Auflassung darf in Sachsen in einem gerichtlichen Prozeßvergleich erklärt werden.

2. **RG. 76** 409, DJZ. **11** 1154. Der § 894 Abs. 1 ZPO., wonach die Erklärung (zu der ein Schuldner verurteilt ist) als abgegeben gilt, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat, gilt auch für die zu einer Grundbucheintragung nötigen Willenserklärungen, insbesondere auch für die Verurteilung zur Entgegennahme einer Auflassung.

III. Auflassung durch Vertreter. SächsOLG. **32** 231 (Dresden). Die Auflassung unter Mitwirkung von zwei Mitgliedern des aus drei Personen bestehenden Vorstandes einer Genossenschaft des sächsischen Rechtes ist unzulässig.

IV. Inhalt der Auflassung. 1. ElsLothJZ. **36** 51 (Colmar). Eine Auflassung, bei welcher sämtliche Miterben eines Nachlasses mitwirken und worin erklärt ist, es seien „die Beteiligten" darüber einig, daß das Eigentum an den „Grundstücksteilen" eines verkauften Nachlaßgrundstücks auf eine Miterbin in Gütergemeinschaft mit ihrem Ehemann übergehe, genügt bei richtiger Auslegung zur Umschreibung des Grundstücks auf das Gesamtgut dieser Miterbin.

2. HessRspr. **12** 270 (LG. Darmstadt). Daß die die Eigentumsänderung Erklärenden auf Grund ihrer Erklärung nur Berichtigung des Grundbuchs beantragen, hindert den Grundbuchrichter nicht, die Erklärung als Auflassung anzusehen und zu behandeln.

3. **RG. 76** 409. Soll das Urteil die Auflassungserklärung des Verurteilten ersetzen, so muß es seinem Inhalte nach den bei Vornahme der Auflassung vor dem Grundbuchamte zu stellenden Anforderungen entsprechen (**RG. 54** 378). Es muß also namentlich auch das zwischen den mehreren Erwerbern zu begründende Miteigentumsverhältnis bestimmt bezeichnen. Das ergibt sich schon aus der Vorschrift des § 48 GBO., vor allem aber aus der inneren Verschiedenheit der möglichen Miteigentumsarten und im Falle des Miteigentums nach Bruchteilen (§ 1008 BGB.) aus der möglichen Verschiedenheit dieser Teile (**RG. 54** 86). Wie es der Auflassung bedarf, wenn beispielsweise Miteigentum zu gesamter Hand im Sinne des § 719 BGB. in Miteigentum nach Bruchteilen umgewandelt oder die Größe der den Bruchteilseigentümern zustehenden Anteile verändert werden soll (**RG. 68** 417), so muß sich auch bei der Auflassung an mehrere Personen die Einigung

des Veräußerers und der Erwerber auf die Art des Gemeinschaftsverhältnisses der Erwerber und die Größe ihrer etwaigen Bruchteile erstrecken.

4. KGJ. **40** A 153 (KG.). Wenn der Mann der Auflassungserklärung und dem Antrag auf Eintragung seines Eigentums hinzufügt „als gehörig zu der übergeleiteten Fahrnisgemeinschaft usw.", so gehört das nicht mehr zu der Auflassungserklärung, sondern stellt einen selbständigen Antrag dar, der auf Berichtigung des Grundbuchs gerichtet ist. Denn wenn der Ehemann auf Grund der Auflassung allein als Eigentümer eingetragen würde, so würde das Grundbuch dadurch insofern unrichtig werden, als kraft der Gütergemeinschaft die Frau ebenfalls Eigentümerin des Grundstücks geworden wäre (§ 1438 Abs. 2 BGB.). Die Richtigkeit einer solchen Auffassung der Rechtslage ist bereits in KGJ. **38** A 206 dargelegt.

V. Notwendigkeit der Auflassung. 1. *Kaufmann, Eigentum am Gesellschaftsvermögen, 76. Der Auflassung bedarf es nicht, wenn Grundstücke aus einer in eine andere von denselben Personen gebildete Gesamthandgemeinschaft geschoben werden — vielmehr genügt Berichtigung des Grundbuchs. (86) Der Auflassung bedarf es nicht, wenn das vorletzte Mitglied einer Gesellschaft, zu deren Vermögen Grundstücke gehören, ausscheidet, da es sich lediglich um einen personenrechtlichen Vorgang handelt, dessen Natur von der Frage nach dem Fortbestehen der Gesellschaft unabhängig ist (vgl. Bem. 1 zu § 738). S. im übrigen Spalte 1 der Tabelle hinter S. 110.

2. a) **RG.** GruchotsBeitr. **55** 1186. Zwar haben der I. und der V. Sen. des RG. für das seit dem 1. Januar 1900 geltende bürgerliche und Handelsrecht angenommen, daß beim Ausscheiden eines oder mehrerer Gesellschafter aus einer offenen Handelsgesellschaft der Anteil des Ausscheidenden von selbst den anderen Gesellschaftern zuwächst. Ob dieser Grundsatz, wie jene Senate ausführen, dann anzuwenden ist, wenn es sich um die Auflösung einer nur zweigliedrigen Gesellschaft handelt, bei der der eine Gesellschafter auf Grund einer Vereinbarung gegen Abfindung des anderen alle Aktiven und Passiven übernimmt, kann hier dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls kann in dem letzten Falle nach altem Rechte von einem solchen „Anwachsen" nicht die Rede sein. In diesem Rechte ist ein „Anwachsen" für diesen Fall nirgends angeordnet. Schon der I. Sen. hat es für bedenklich erklärt, aus dem Wesen der Gesamthand, ohne besondere Stützen im Gesetze — wie sie das neue Recht bietet —, eine so weittragende grundsätzliche Folgerung, wie die Annahme einer allgemein wirkenden Akkreszenz, abzuleiten, weil das Wesen der Gesamthand an sich unsicher und unbestimmt sei und in den verschiedenen Gemeinschaften zu verschiedener Ausbildung gelangt sein könne. Diese Bedenken müssen als berechtigt anerkannt werden und sie schließen die Annahme eines von selbst eintretenden Anwachsens dann aus, wenn die offene Handelsgesellschaft als solche, wie dies bei der zweigliedrigen zutrifft, durch das Ausscheiden des einen Gesellschafters zu bestehen aufgehört hat, also gerade das Rechtssubjekt, aus dessen Natur das Anwachsen sich ergeben soll, beseitigt ist. S. dazu JDR. **6** zu § 925 Ziff. 6 a, **7** zu § 925 Ziff. III 1. **b)** Schl.HolstAnz. **11** 347 (KG.). Wenn eine offene Handelsgesellschaft als Eigentümerin eines Grundstücks eingetragen ist und das Geschäft mit Aktiven und Passiven auf den einen der bisherigen beiden Gesellschafter übergeht, so ist die Umschreibung im Grundbuch im Wege der Berichtigung zulässig. Es bedarf aber der Erklärung des ausgeschiedenen Gesellschafters, daß der andere berechtigt ist, das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu übernehmen. Es genügt die Vorlage der Erklärung in öffentlich beglaubigter Form.

3. OLG. **23** 329 (KG.). Da mit dem gänzlichen Wegfall eines Rechtssubjekts des öffentlichen Rechtes notwendig auch dessen bürgerliche Rechtsfähigkeit beginnt, so entsteht mit dem im Falle der Eingemeindung eintretenden rechtlichen

Untergange der bisher selbständigen Gemeinden ein neues Rechtssubjekt nicht nur des öffentlichen, sondern auch des bürgerlichen Rechtes, das auch in alle privatrechtlichen Rechte und Verbindlichkeiten der beiden bisherigen Einzelgemeinden eintritt. Dieser Vermögensübergang ist die notwendige privatrechtliche Folge des einheitlichen öffentlich-rechtlichen Eingemeindungsakts. Für die privatrechtliche Betrachtung liegt danach eine Art der Gesamtrechtsnachfolge vor. Denselben Standpunkt hat das KG. in Übereinstimmung mit dem BayObLG. für den Fall der Eingemeindung schon am 6. Januar 1908 (BayObLG. **16** 153) und für den umgekehrten Fall der Teilung einer Gemeinde in mehrere Einzelgemeinden am 8. Mai 1911, X. 125 eingenommen und in beiden Beschlüssen aus der Annahme der Gesamtrechtsnachfolge gefolgert, daß zur Umschreibung von Gemeindegrundstücken auf die durch die Eingemeindung geschaffene neue Einheitsgemeinde oder die durch die Gemeindeteilung entstandenen neuen Einzelgemeinden Auflassung nicht erforderlich sei.

4. SchlHolstAnz. **11** 289 (KG.). Wenn aus einer Kirchengemeinde mehrere Einzelgemeinden gebildet werden, die wiederum zu einem Parochialverbande zusammengeschlossen werden, so bedarf es zur Übertragung des Grundeigentums der aufgelösten Gemeinde auf die Einzelgemeinden und den Parochialverband der Auflassung.

5. SächsOLG. **32** 229 (Dresden). Bei der Übereignung von Grundstücken seitens einer Gemeinde an eine von ihr abgezweigte, mit juristischer Persönlichkeit ausgestattete öffentliche Anstalt ist Auflassung nötig.

6. DJZ. **11** 711 (WürttVerwGer.). Zur ehevertragsmäßigen Übertragung eines von einem Ehegatten eingebrachten Grundstücks in die Errungenschaftsgemeinschaft ist die Auflassung nicht erforderlich.

7. Josef, ZBlFG. **12** 104 ff. Die durch den Erbfall entstandene Gesamthandsgemeinschaft besteht an jedem einzelnen Nachlaßgegenstande, bis sie durch eine Rechtshandlung der Erben aufgehoben, insbesondere etwa in Gemeinschaft nach Bruchteilen umgewandelt ist. Ist also die Auseinandersetzung zwar erfolgt, jedoch ein Gegenstand oder einzelne Gegenstände unverteilt geblieben, weil die Erben sie von der Teilung ausgeschlossen haben oder weil ihnen deren Zugehörigkeit zum Nachlaß unbekannt war, so besteht an diesen Gegenständen die Gesamthandsgemeinschaft der Erben fort. Bei Grundstücken bedarf es zur Umwandlung des Gesamthandseigentums einer Auflassung und das hierauf gerichtete Abkommen der Form des § 313 BGB.

VI. Wirksamkeit der Auflassung. 1. OLG. **23** 323 (KG.). Der Grundbuchrichter darf nur dann den Eigentumsübergang eintragen, wenn eine rechtswirksame Einigung vorliegt. Nichtig ist nach § 117 Abs. 1 BGB. eine Einigung, die im Einverständnisse beider Beteiligten nur zum Schein abgegeben wird. Die Vorinstanzen haben angenommen, daß dieser Fall hier vorliegen würde, wenn die Auflassung, zu deren Erklärung der Antrag auf Terminsansetzung gestellt worden ist, beurkundet wurde. Wenn er hierbei die in dem Vertragsentwurf aufgenommenen Vereinbarungen berücksichtigt hat, so ist das keineswegs rechtsirrig. Denn wenn der grundlegende schuldrechtliche Vertrag ein Scheingeschäft ist, so muß es auch die zu seiner Vollziehung dienende Eigentumsübertragung sein. Dabei handelt es sich nicht um die Prüfung des Zweckes der gewollten Eintragung. Der Zweck, einen Eigenjagdbezirk zu schaffen, kann sehr wohl durch die gegenseitige Auflassung von Miteigentumsanteilen in dinglich wirksamer Weise erreicht werden. Hier aber stellen die Vorinstanzen fest, daß die Form der Eigentumsübertragung nur benutzt werden solle, um nach außen hin und scheinbar die Rechtslage herbeizuführen, die nach der JagdO. erforderlich ist. Es soll hiernach nur Bucheigentum für die anderen Beteiligten, nicht wahres Eigentum geschaffen werden.

2. a) **RG. 75** 68. Nach der ständigen Rechtsprechung des RG., von der abzu-

gehen kein Anlaß vorliegt, kommt es für die Frage, ob ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt und daher nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig ist, nicht ausschließlich auf den Beweggrund für die Vornahme des Rechtsgeschäfts an, vielmehr will § 138 Abs. 1 BGB. nur solchen Rechtsgeschäften die Anerkennung und den Rechtszwang versagen, die nach ihrem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmendem Gesamtcharakter, nach den objektiven und subjektiven Momenten gegen die guten Sitten verstoßen (vgl. **RG. 56** 230, **63** 350, **68** 98). Eine Einigung über Eigentumsübertragung aber hat, wenn sie als ein für sich selbst bestehendes Rechtsgeschäft und losgelöst von dem durch sie zur Erfüllung gebrachten obligatorischen Grundrechtsgeschäfte, wie erforderlich, in Betracht genommen wird, ihrem Inhalte nach nichts Sittenwidriges an sich, denn ihr Gegenstand ist lediglich die Herbeiführung einer dinglichen Rechtsänderung durch Übertragung des Eigentums von dem bisherigen Eigentümer auf einen anderen. Daraus folgt, daß eine Einigung über Eigentumsübertragung auch dann nicht gegen die guten Sitten verstößt und daher nicht nichtig ist, wenn sie zur Erfüllung eines gegen die guten Sitten verstoßenden schuldrechtlichen Grundgeschäfts von den Beteiligten erklärt worden ist. Ebenso **RG.**, WarnE. **4** 180. b) Matthießen, JW. **11** 923 Die Eigentumsübertragung an Bordellgrundstücken. Gegen **RG. 75** 68.

3. ElsLothJZ. **36** 48 (Colmar). Die Beurkundung einer Auflassung zugunsten einer Aktiengesellschaft, deren Direktor der Schwiegervater des beurkundenden Notars ist, verstößt nicht gegen ein gesetzliches Verbot und ist rechtswirksam.

4. BayRpflZ. **11** 736 (BayObLG.). Durch den Rücktritt vom Veräußerungsvertrage wird die damit (beim Notar) verbundene Auflassung nicht berührt.

VII. Auflassung und eheliches Güterrecht. 1. HessRspr. **12** 216 (Darmstadt). Wenn die Frau ein gütergemeinschaftliches Grundstück ihrem Manne zum Alleineigentum aufläßt, so wird das Grundstück zum eingebrachten Vermögen des Mannes und damit hat die Auflassung eine Rechtsänderung zur Folge, deren Eintragung der Grundbuchrichter nicht ablehnen darf, um so weniger, als in dem Grundrechtsgeschäft auch ein Ehevertrag unbedenklich zu finden ist. Im Interesse möglichster Vereinfachung des Grundbuchverkehrs erstreckt sich die Prüfungspflicht des Grundbuchrichters nicht auf den obligatorischen Erwerbstitel oder die obligatorische Grundlage des dinglichen Rechtsvorganges überhaupt.

2. Bourier, BayNotZ. **12** 468. Die Auflassung an den Mann entspricht, wenn der Mann allein kauft, der Rechts- und Sachlage. Sie allein kann vom Verkäufer verlangt werden, der sich durch Auflassung „an die beiden Eheleute" der Gefahr aussetzt, die Auflassung wiederholen zu müssen, wenn der Käufer sich über den für seine Ehe geltenden Güterstand getäuscht hat. Die Auflassung an den Mann genügt auch dem Interesse des Käufers, der auf Grund dieser Auflassung ohne Mitwirkung oder nachträgliche Zustimmung der Frau die sofortige richtige Eintragung des Gesamthandseigentums der Eheleute verlangen kann. Die Auflassung an den Mann entspricht nicht bloß dem Willen des Verkäufers, sondern auch dem des Käufers, selbst wenn dieser für das Gesamtgut erwerben will, da der Verwalter des Gesamtguts nach außen hin im eigenen Namen wie der Alleinbeteiligte handelt. Sie ist also auch theoretisch richtig, während die Eigentumsübertragung an den Mann und die Frau eine Vertretung der Frau erfordert, zu der der Mann als Verwalter des Gesamtguts nicht befugt ist.

3. Bourier, BayNotZ. **12** 401. Die Auflassung an den Mann und der Nachweis der bestehenden allgemeinen Gütergemeinschaft oder deren Offenkundigkeit genügen zur Eintragung des gemeinschaftlichen Eigentums der Eheleute, wenn diese beantragt wird.

4. Stumpf, WürttZ. **11** 65—73. Erwerb von Grundstücken durch den Ehemann nach BGB.

VIII. KGBl. **11** 12 (KG.). Nicht die Entgegennahme der Auflassung, sondern nur die Eintragung des neuen Eigentümers darf bis zur Sicherstellung der Reichsstempelabgabe verweigert werden.

IX. Auflassung unter Vorbehalt. ElsLothNotZ. **11** 321, ElsLoth. JZ. **11** 614 (Colmar). Wenn bei einer Schenkung die Schenkgeber erklären, daß sie die verschenkten Grundstücke unter Vorbehalt des Nießbrauchs abtreten und die Beschenkten die Auflassung wie bewilligt annehmen, so sind diese Erklärungen unbedenklich in dem Sinne aufzufassen, daß die Schenker sich in der Schenkung die Bestellung des Nießbrauchs an den Schenkungsgrundstücken zu ihren Gunsten von den Beschenkten ausbedungen, daß die Beschenkten sich durch Annahme der Schenkung zu der Nießbrauchsbestellung verpflichtet und daß in dem Vertrage Schenker und Beschenkte zugleich auch ihre Einigung über die Begründung des Nießbrauchs erklärt haben. Auch die Bewilligung der Eintragung des Nießbrauchs ist den Erklärungen des Beschenkten zu entnehmen. Ebenso ist der Eintragungsantrag nicht in buchstäblichem Sinne, sondern dahin aufzufassen, daß das Eigentum der Beschenkten und der Nießbrauch der Schenker eingetragen werde.

X. Der schuldrechtliche Vertrag. WürttJ. **11** 261 (Stuttgart). Wird beim Verkauf eines mit Hypotheken belasteten Grundstücks vereinbart, daß der Käufer die Hypotheken übernehme, so ist damit zunächst zum Ausdrucke gebracht, daß entgegen den Bestimmungen in §§ 434, 439 BGB. der Verkäufer nicht verpflichtet sein solle, die Hypotheken zu beseitigen. Wird aber, wie dies sehr häufig geschieht, die Vereinbarung dahin getroffen, daß die Übernahme der Hypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis erfolge, so ist ihr eine weitergehende Bedeutung beizulegen, und zwar ist hier — jedenfalls dann, wenn der Verkäufer zugleich persönlicher Schuldner ist — regelmäßig anzunehmen, daß die Beteiligten auch die Übernahme der Schulden, für welche die Hypotheken bestehen, durch den Käufer, also einen Vertrag im Sinne des § 416 BGB. beabsichtigt haben. Denn durch die Abrechnung am Kaufpreise haben Verkäufer und Käufer für ihr gegenseitiges Verhältnis die Schuld als eine den Käufer treffende, von diesem endgültig und unter allen Umständen zu tragende behandelt; daraus erhellt ihre Absicht, daß der Verkäufer aus dem Schuldverhältnis ausscheiden und daß der Käufer allein für die Schuld in jeder Weise aufkommen solle.

§ 927. **RG. 76** 357, JW. **11** 715. Enthält das Ausschlußurteil keinen Vorbehalt und ist vor seiner Erlassung auch weder ein Dritter als Eigentümer noch wegen des Eigentums eines Dritten ein Widerspruch eingetragen, so ist die Ausschließung vollkommen, jedes Eigentum an dem Grundstücke geht unter, dieses wird herrenlos. Die rechtsvernichtende Wirkung eines solchen Ausschlußurteils erstreckt sich auch auf ein etwaiges Eigentum desjenigen, der es erwirkt und das Aufgebot beantragt hat, und mit diesem Eigentume fallen die ihm anhaftenden, sich aus etwaigen Nacherbrechten anderer gemäß den §§ 2113 ff. BGB. ergebenden Verfügungsbeschränkungen.

§ 928. 1. Lotz, ThürBl. **10** 244. Der Fiskus kann sein Aneignungsrecht an einen anderen, der gewillt ist, das fragliche Grundstück eigentümlich zu übernehmen, nicht abtreten. § 928 BGB. spricht allein von dem Fiskus als Aneignungsberechtigten und legt auch allein die Art und Weise fest, in der eben der Fiskus diese Aneignung vollziehen kann. Die Möglichkeit, daß andere vielleicht nach Abtretung des Rechtes seitens des Fiskus ihrerseits die Aneignung vollziehen können, ist ganz außer Betracht gelassen, würde auch dem Geiste des Gesetzes widersprechen, das, soweit es eine Übertragung der im BGB. geregelten Rechte überhaupt zuläßt, regelmäßig auch besondere Vorschriften über die Art enthält, in welcher die Übertragung zu erfolgen hat. Solche Vorschriften fehlen für den vorliegenden Fall aber gänzlich.

2. Fuld, Eigentümerhypothek im Konkurse, 80. Der Konkursverwalter, der über das in der Masse liegende Eigentum verfügen kann (§§ 6 f. KO.) ist befugt, sich dieses Eigentums zu entledigen (§ 928 BGB.). Das Eigentum wird herrenlos. Damit verliert auch die Eigentümerhypothek ihren Rechtsinhaber; denn der aus der Eigentümerhypothek Berechtigte leitet sein Recht aus dem „Eigentum" ab; der gleiche „Eigentümer" ist aus Eigentum und Eigentümerhypothek berechtigt. Damit ist natürlich nicht ein Erlöschen der Eigentümerhypothek gegeben. Die Eigentümerhypothek ist vielmehr bis zu einer demnächst erfolgenden Aneignung (§ 928 BGB., EG. Art. 129) ebenso herrenlos wie das Eigentum selbst. Auf keinen Fall ist die Ausübung der Verfügungsgewalt über die Eigentümerhypothek nun etwa in das Belieben des Gemeinschuldners gestellt.

3. *Gravenhorst, GruchotsBeitr. **55** 248. Zur Gültigkeit der Aufgabe des Eigentums an einem im Landregister eingetragenen Grundstück ist eine Eintragung des Verzichts in das Landregister nicht erforderlich (268 f.).

Dritter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen.

I. Übertragung.

Literatur: Düringer, Warenlager als Gegenstand der Sicherungsübereignung. LeipzZ. **11** 417—421. — Hoeniger, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern. DNotV. **11** 177—229. — Oertmann, Zur Frage der Sicherungsübereignung. DJZ. **11** 1178—1183. — Weißler, Zur Frage der Sicherungsübereignung. DNotV. **11** 546—556.

§ 930. I. Sicherungsübereignung (JDR. **1** Ziff. 5, **2**, **4** Ziff. 2, **5** Ziff. I, **7**, **8**, **9** Ziff. I 1 und § 868 Ziff. 6). 1. Übereignung eines Warenlagers. a) Hoeniger, DNotV. **11** 177 ff. Es ist nicht möglich, mit Hilfe des Kommissionsgeschäfts die Sicherungsübereignung eines Warenlagers, und sei es auch nur in seinem ursprünglichen Bestand, in der Weise zu bewirken, daß der alte Eigentümer zur freien Veräußerung einzelner Waren auf eigene Rechnung befugt bleibt. Es gibt auch kein anderes Rechtsverhältnis der im § 868 bezeichneten Art, das ein constitutum possessorium mit solcher wirtschaftlicher Wirkung ermöglichte. **b)** Im wesentlichen zustimmend Oertmann, DJZ. **11** 1178 ff. Jedenfalls fehlt es bei der Sicherheitsübertragung von Warenlagern fast ausnahmslos an einem auf jetzt oder später berechneten Herausgabeanspruche des mittelbaren Besitzers gegenüber dem unmittelbaren; die „übereignete" Ware soll vielmehr ständig dem „Veräußerer" verbleiben. Sind mithin die tatsächlich eintretenden Rechtsfolgen nicht solche, wie sie einem der Besitzvermittelungsverhältnisse im Sinne des § 868 entsprechen, so kann ein solches nicht um deswillen angenommen werden, weil die Parteien von einem solchen geredet haben. **c)** *Weißler, DNotV. **11** 546, hält entgegen Hoeniger den Kommissionsvertrag für ein geeignetes Rechtsverhältnis im Sinne des § 868, wenn er den Kommissionär zur regelmäßigen Abrechnung und Ablieferung des ganzen oder teilweisen Erlöses verpflichtet. **d)** Auch Düringer verteidigt, LeipzZ. **11** 417 ff., seine schon früher (LeipzZ. **08** 105) vertretene Ansicht, daß durch Vereinbarung eines Kommissionsverhältnisses der durch die Sicherungsübereignung eines Warenlagers erfolgte wirtschaftliche Zweck mit Sicherheit erreicht werden könne. **e)** HansGZ. **11** Beibl. 227 (Hamburg). Wird ein Warenlager zum „leihweisen Gebrauch" überlassen, so kann eine Leihe in Wirklichkeit nicht gewollt und nicht vereinbart sein und ebensowenig ein Verwahrungs- oder ähnlicher Vertrag. Aber selbst wenn ein gehöriges Besitzkonstitut vorläge, so würde dennoch der jetzige Bestand des Warenlagers nicht Eigentum des Beklagten geworden sein, weil der Übertragungswille hinsichtlich der später erworbenen Waren nach der Besitzerlangung durch den jetzigen Gemeinschuldner nicht äußerlich erkennbar gemacht worden ist. **f)** Über den Eigentumserwerb an zur Sicherung dienenden,

nach dem Vertragsabschluß angeschafften „Ersatzwaren“ zu vgl. **RG.** 15. 6. 11, JW. **11** 762. g) **RG.** 15. 6. 11, LeipzZ. **11** 705, über die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung eines Warenlagers mit wechselndem Bestande. **h**) **RG.** 24. 6. 11, **77** 210. Das Geschäftsgebahren von Kaufleuten, mit deren geschäftlichem Unternehmen es abwärts geht, auf das Andringen eines einzelnen Gläubigers diesem das gesamte Warenlager mit Einschluß der als Ersatz für abgehende Waren neu einlaufenden Waren zu verpfänden oder zur Sicherheit zu übereignen, bildet für den gesunden Kreditverkehr eine schwere Gefahr, wenn nicht das neugeschaffene dingliche Rechtsverhältnis mit für alle Beteiligten deutlich wahrnehmbaren Kennzeichen nach außen kundgemacht wird. Pfandbestellungen dieser Art, die so wenig äußerlich hervortreten, daß sie selbst den Angestellten des Geschäfts des Pfandschuldners vollständig verborgen bleiben, können als rechtsgültig nicht anerkannt werden.

2. a) **RG.** 22. 10. 10, JW. **11** 46, BayRpflZ. **11** 66, BankA. **10** 203. Den §§ 1205, 1253 BGB. ist nicht die Bedeutung beizumessen, daß die Sicherung einer Forderung durch bewegliche Sachen nur im Wege der Verpfändung erfolgen dürfte, auch ist eine Eigentumsübertragung nicht deshalb nichtig, weil der wirtschaftliche Zweck in der Sicherung von Forderungen besteht (vgl. Prot. III 200, 201, JW. **02** Beil. 259, **RG.** **59** 148). Es kommt darauf an, ob der Eigentumsübergang ernstlich gewollt ist und ob, wenn die Sachen nicht übergeben werden, ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt (vgl. **RG.** **49** 173, **54** 398, **57** 177, **61** 432, JW. **10** 390). **b**) **RG.** 1. 12. 10, JW. **11** 181, HessRspr. **11** 169. Die Sicherungsübereignung ist nicht schon deshalb nichtig, weil die Parteien als Sicherungsform einen auf die Sachlage nicht passenden Kaufvertrag gewählt haben, von dem einzelne Abmachungen nicht als ernstlich gemeint erscheinen. **c**) SeuffA. **66** 102 (Rostock). Die Vereinbarung zwischen einem Hoteleigentümer und seinem Gläubiger, daß das zum Hotel gehörige Weinlager diesem zu Eigentum übertragen, aber leihweise in der Hand des Schuldners belassen und von ihm im Hotelbetriebe für seine Rechnung veräußert und durch Neuanschaffungen ergänzt werden sollte, enthält kein gültiges Besitzkonstitut. **d**) Bay. RpflZ. **11** 209 (Nürnberg). Vereinbaren die Parteien, daß nicht nur die vorhandenen, sondern auch die künftig vom Schuldner anzuschaffenden Sachen zu Sicherungszwecken in das Eigentum des Gläubigers übergehen, und es solle der Schuldner sie nur als Vertreter des Gläubigers besitzen, so wird die Vereinbarung des Eigentumsüberganges für die später vom Schuldner erworbenen Sachen nachträglich wirksam, unter der Voraussetzung, daß der Schuldner als Erwerber der Vereinbarung gemäß handelt. Diese Wirkung kann aber nicht damit allein erreicht werden, daß der Schuldner den Willen hat, daß die neuangeschafften Sachen Eigentum des Gläubigers werden. Dieser innere Vorgang kann eine rechtliche Bedeutung nur erlangen, wenn er durch äußere Tatsachen in die Erscheinung tritt, sei es, daß der Gläubiger selbst die frühere Vereinbarung später mit vollzieht, oder daß der Schuldner diesen Erfolg durch ein erkennbares Verhandeln mit sich selbst als Vermittler herbeiführt. **e**) Schöndorf, DJZ. **11** 701 ff., empfiehlt, die Sicherungsübereignung durch Einführung der Mobiliarhypothek zu ersetzen.

II. 1. Antizipierte Vereinbarung des nicht Besitzenden (JDR. **1** Ziff. 3, **3** Ziff. 2, **6**, **8**, **9** Ziff. II 1). BreslauAK. **11** 24 (Breslau). Rechtsprechung und Literatur haben allerdings die Zulässigkeit eines erst in der Zukunft wirkenden Besitzkonstituts angenommen (vgl. **RG.** **56** 54, **73** 418, Gruchots Beitr. **53** 1049, Staudinger zu § 930 BGB.). Es handelt sich jedoch hierbei immer um individuell bestimmte Sachen, die sich nur noch nicht im Besitze des Veräußerers befinden. Handelt es sich um eine Sachgesamtheit, die sich bei Vertragsabschluß schon im Besitze des Veräußerers befindet und wovon ein gewisser, aber

individuell noch unbestimmter Teil später in das Eigentum des Erwerbers übergehen soll, wenn dieser vereinbarungsgemäß eine Aussonderungshandlung vornimmt, so liegt in der Zukunft nur der Rechtserwerb durch den Erwerber. Die Wirksamkeit einer derartigen Vereinbarung mit dinglicher Wirkung für die Zukunft ist zu verneinen. Wenn beim Zustandekommen eines solchen Abkommens die Möglichkeit besteht, eine Sache individuell zu bestimmen, so muß diese Bestimmung sofort erfolgen, wenn an der Sache eine rechtswirksame Eigentumsübertragung erfolgen soll.

2. HessRspr. **12** 195 ff. (Darmstadt). Ein individualisiertes Konstitut und ein „ähnliches Verhältnis" im Sinne des § 868 liegt auch vor, wenn der Schenknehmer dem Schenker das Recht der freien, d. h. unentgeltlichen Benutzung der geschenkten Sachen bis zu einem gewissen Zeitpunkt einräumt.

3. BadRpr. **11** 205 (Karlsruhe) über die Ungültigkeit eines zwischen im gesetzlichen Güterstande lebenden Ehegatten abgeschlossenen Kaufvertrags, da die Erfordernisse des § 930 nicht erfüllt worden sind. Vgl. auch OLG. Naumburg, JDR. **9** Ziff. II. 3.

4. **RG.** R. **11** Nr. 1941. Hat der Kaufliebhaber nach stattgehabter Probefahrt sich zum Ankaufe des Automobils entschlossen und erklärt, dasselbe gleich mitnehmen zu wollen, hat er aber auf Veranlassung des Verkäufers von der sofortigen Mitnahme Abstand genommen, damit der Verkäufer den von ihm unentgeltlich einzubauenden Magneten reparieren und einbauen lassen könne, so ist das Eigentum an dem Automobil auf den Käufer auch dann nicht übergegangen, wenn dieser die Mitteilung des Verkäufers: „Nach der heute stattgehabten Probefahrt ist der Wagen abgenommen worden" unwidersprochen gelassen hat.

§ 931. 1. SchlHolstAnz. **11** 11 (Kiel). In einer gemäß § 363 Abs. 2 HGB. ungültigen Indossierung eines Lagerscheins kann unter Umständen eine Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 931 BGB. gefunden werden.

2. Vgl. unten zu § 986.

§ 932. 1. **RG.** JW. **11** 96, DJZ. **11** 338. Nach § 932 Abs. 2 ist der Erwerber nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Hiermit ist unzweideutig zum Ausdrucke gebracht, daß für die Annahme des guten Glaubens die Unkenntnis des Rechtsmangels, der Glaube an das Vorhandensein des Eigentums des Veräußerers entscheidend ist, nicht aber die Kenntnis oder Unkenntnis der Tatumstände, die dem vom Erwerber zu Unrecht unterstellten Eigentumserwerbe zugrunde liegen (vgl. Mot. zum I. Entw. III 346, Prot. III 85). Auch wenn der Erwerber die Tatsachen kennt, die geeignet sind, den Eigentumserwerb seines Veräußerers auszuschließen, kann im einzelnen Falle infolge einer rechtsirrigen Beurteilung dieser Tatsachen der Erwerber wirklich an einen Eigentumserwerb des Veräußerers geglaubt haben. Daß ein derartiger Rechtsirrtum den guten Glauben nicht ausschließt, ist vom RG. für das Immobiliarsachenrecht ausgesprochen (vgl. Gruchots Beitr. **50** 985) und allgemein anerkannt. Der gleiche Grundsatz muß aber auch für den Fahrnisverkehr gelten, allerdings mit der im § 932 festgesetzten Einschränkung, daß der dem Glauben an das Eigentum des Veräußerers zugrunde liegende Rechtsirrtum nicht die Folge eines grobfahrlässigen Verhaltens des Erwerbers sein darf (vgl. **RG. 58** 62, **RG.** [Straff.] **39** 432).

2. a) **RG.** 5. 1. 11, R. **11** Nr. 1142. Die Unterlassung weiterer Erkundigung stellt eine grobe Fahrlässigkeit dar, wenn der Käufer eines neuen Gastwirtschaftsinventars weiß, daß der Verkäufer verschuldet ist. **b**) RheinA. **108** 208 (Düsseldorf). Von dem redlichen Erwerber muß ein gewisses Maß von Vorsicht verlangt werden. Er handelt nicht nur dann fahrlässig, wenn er ihm bekannte auffällige Tatsachen nicht weiter aufklärt, sondern kann die im Verkehr erforderliche Sorgfalt schon da-

durch in gröblicher Weise verletzen, daß er, ohne das Vorliegen solcher Tatsachen, jede Nachforschung nach etwaigen Rechten Dritter unterläßt.

3. Geschäftsabschluß mit nicht erkennbar Geisteskranken. **RG.** 12. 11. 10, BankA. **10** 172. Die Bank, die von einem nicht erkennbar Geisteskranken Wertpapiere kauft und den Preis an ihn bezahlt, erwirbt trotz ihres guten Glaubens nicht Eigentum an den Papieren. Waren die Papiere nicht Eigentum des Geisteskranken, so muß die Bank den Erlös, den sie durch den Weiterverkauf der Papiere an gutgläubige Dritte erzielt, an denjenigen, welcher der Eigentümer war, herausgeben, wenn und soweit sie durch den Erlös bereichert ist. Ob die Bereicherung besteht, ist nach Lage des Einzelfalls zu beurteilen. Vgl. auch **RG.** JDR. **9** Ziff. 3.

4. Über gutgläubigen Erwerb von Kraftdroschkennummern vgl. oben Ziff. II 3. zu § 433.

II. Ersitzung.

§ 937. *Kaufmann, Eigentum am Gesellschaftsvermögen 91. Auch Gesamthänder können ersitzen, und zwar mit Hilfe gesamthändischen Besitzes (59 Anm. 1). Es müssen dabei sämtliche einzelnen gutgläubig sein und bleiben.

III. Verbindung. Vermischung. Verarbeitung.

§ 946. R. **11** Nr. 1092 (Cöln). Hat der Eigentümer eines Grundstücks bei Errichtung eines Gebäudes im Einverständnisse mit dem Nachbarn die Scheidemauer zur Hälfte auf dessen Grundstück errichtet, so haftet jeder Eigentümer des Nachbargrundstücks vertraglich für die Bezahlung des halben Wertes der Scheidemauer, soweit er diese durch Anbauen in Anspruch nimmt.

§ 949. *Hothorn, Rechtsstellung des befreiten Vorerben 97 f. Wenn ein Vorerbe eine zur Vorerbschaft gehörige Sache mit einer in seinem freien Eigentume befindlichen Sache in einer den Voraussetzungen des § 947 BGB. entsprechenden Weise verbindet, so muß in entsprechender Anwendung des im § 949 enthaltenen Rechtsgedankens die zur Vorerbschaft gehörige Sache nach Art einer mit dem Rechte eines Dritten belasteten behandelt und als rechtliche Folge der Verbindung die Entstehung zweier, während der Dauer der Vorerbschaft in einer Hand vereinigter Anteile an dem neuentstandenen Gegenstand angenommen werden, deren einer als dem freien Vorerbenvermögen zugehörig zu erachten ist, während der andere als das Surrogat der seiner rechtlichen Selbständigkeit verlustig gegangenen Vorerbschaftssache anzusehen ist.

VI. Fund.

§§ 978 ff. Neubecker, DJZ. **11** 143 ff. Die Ausnahmebestimmungen der §§ 978 ff. können gar nicht eng genug interpretiert werden. Das allgemeine Fundrecht muß überall da Platz greifen, wo seitens einer „Verkehrsanstalt" keine besondere Aufsicht und Fürsorge für verlorene Sachen besteht, wo Anweisungen der Betriebsleitung an die Angestellten bezüglich gefundener Sachen und entsprechende Bekanntmachungen an das Publikum fehlen.

Vierter Titel. Ansprüche aus dem Eigentume.

§ 985. SchlHolstAnz. **11** 265 (Kiel). Gegenüber der Eigentumsklage, mit der der Eigentümer die unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sachen zurückfordert, ohne die geleistete Anzahlung zurückzugewähren, ist die Einrede der Arglist auch dann gegeben, wenn an sich die Rückforderung der Anzahlung auf Grund des § 817 BGB. ausgeschlossen wäre.

§ 986. SchlHolstAnz. **11** 186, SeuffA. **66** 367 (Kiel). Das im § 986 Abs. 2 dem Besitzer einer Sache vorbehaltene Einrederecht ist auch dann zu gewähren,

wenn die Eigentumsübertragung nicht nach § 931, sondern nach § 930 erfolgt ist. Der Wille des Gesetzgebers hat im Abs. 2 des § 986 nur einen unvollkommenen und ungenauen Ausdruck gefunden, weshalb das Gesetz der ausdehnenden richterlichen Auslegung unterliegt, die erst dasjenige voll zur Geltung bringt, was das Gesetz eigentlich gewollt und bezweckt hat: den Schutz des dritten Besitzers gegen die Nachteile der durch bloße Vereinbarung ohne Übergabe sich vollziehenden Veräußerung, mag sie nun in diese oder in jene rechtliche Form gekleidet sein.

§ 992. ElsLothJZ. **11** 23 (Colmar). Der § 992, der den Schadensersatz wegen Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht regelt, steigert gegenüber den §§ 993 und 987 die Haftung in der Art, daß er die Anwendung der Vorschriften über Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen vorschreibt. Voraussetzung des § 992 aber ist ein Verschulden des Besitzentziehenden, daß er nämlich weiß, oder aus Fahrlässigkeit nicht weiß, daß er verbotene Eigenmacht ausübt. Der Schadensersatz besteht aus der Rückgabe der eigenmächtig in Besitz genommenen Sache und in einer angemessenen, den besonderen Umständen entsprechenden Geldleistung für die durch die Besitzentziehung dem Eigentümer erwachsenen Nachteile.

§ 996. Über impensae utiles vgl. unten Ziff. 6 zu § 10 ZVG.

§ 1001. *R e i c h e l , Unklagbare Ansprüche 26. Ein Fall des „unklagbaren Anspruchs" ist im § 1001 zu erblicken.

§ 1004. 1. BayObLG. **12** 86 ff. Der Wiederherstellungsanspruch steht nicht ohne weiteres dem Käufer zu, der das Grundstück erst nach der Störung erworben hat. Wenngleich der Unterlassungsanspruch auf den Sonderrechtsnachfolger unter Umständen übergeht (vgl. E l t b a c h e r , Unterlassungsklage 178), so muß doch festgestellt werden, unter wessen Eigentumsherrschaft der mit der Eigentumsfreiheitsklage verfolgte dingliche Anspruch entstand. — Die Eigentumsklage ist, auch wenn die behauptete Störungshandlung vor dem 1. Januar 1900 erfolgte, nach § 1004 zu beurteilen, wenn die Folgen der Störungshandlung noch fortdauern.

2. BayObLG. **12** 111 ff. Im Falle des § 1004 hat der Kläger nur sein Eigentum und die Beeinträchtigung des Eigentums zu beweisen, der Beklagte, der ein seiner Handlungsweise entsprechendes Recht behauptet, muß den Inhalt dieses Rechtes dartun.

3. FrankfRundsch. **45** 81 (Frankfurt) wendet den § 1004 auf den Fall der Beeinträchtigung eines Hauseigentümers in Frankfurt a. M. durch ein an die Brandmauer anstoßende mangelhafte Dachrinne (Regenkändel) des Nachbarhauses nebst Abflußrohr an. Der Einwand, daß die Anlage schon jahrelang bestehe, sowie daß Kändelanlagen in Frankfurt a. M. vielfach in derselben Weise angelegt seien, ist unbeachtlich.

4. R. **11** Nr. 746 (Colmar). Daß der Eigentümer eines Grundstücks, der es duldet, daß durch seine Mieter das Eigentum des Nachbarn gestört wird, als mittelbarer Urheber dieser Störung angesehen werden kann, beruht auf der Voraussetzung, daß für ihn eine rechtliche Verpflichtung besteht, die von seinem Mieter verübte Störung zu verhindern.

5. SchlHolstAnz. **11** 267 (Kiel). Unterlassungsklage aus § 1004 wegen Beeinträchtigung des Urheberrechts durch die zur Reklame gefertigte Nachbildung und gewerbsmäßige Verbreitung des photographischen Bildes eines Apparates, das sich zu Reklamezwecken auf den Prospekten des Klägers befand.

6. **RG.** R. **11** Nr. 510. Ein Eingriff in ein vom Gesetze geschütztes Recht berechtigt auf Grund der Bestimmungen des BGB. zu einer Klage auf Unterlassung nur dann, wenn weitere Eingriffe zu befürchten sind. Letzteres ist als eine Voraussetzung des fraglichen Unterlassungsanspruchs anzusehen, die auch noch zur Zeit der dem Erlasse des Urteils vorausgehenden mündlichen Verhandlung vorliegen muß.

7. *R o s e n t h a l , LeipzZ. **11** 888 ff. u. HansGZ. **11** Hauptbl. 37 ff. über die Beweislast für die quasinegatorische Unterlassungsklage.

§ 1005. HansGZ. **11** Beibl. 274 (Hamburg). Die Vorschrift des § 1005 betrifft nicht das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und einem Besitzer der Sache, sie greift nur dann Platz, wenn der Besitzer des Grundstücks, auf dem sich die Sache befindet, nicht gleichzeitig Besitzer der Sache ist.

Fünfter Titel. Miteigentum.

§ 1008. *Kaufmann, Eigentum am Gesellschaftsvermögen 11. Miteigentum und Bruchteil (im Gegensatze zu Anteil 49) sind technische Begriffe, die auf Gesamthandverhältnisse keine Anwendung finden. Die Terminologie ist aber außerhalb des BGB. nicht überall streng durchgehalten und daher muß — besonders bei Auslegung einzelner kommunaler Steuerordnungen, Gerichtsentscheidungen u. dgl. (77 Anm. 3) — unter „Miteigentum" gelegentlich auch der Anteil von Gesamthändern mitverstanden werden.

§§ 1008 ff. Vgl. *Kattausch oben zu §§ 741, 746, 447.

§ 1009. *Schmidt-Rimpler, Eigentümerdienstbarkeit 179. Auch im § 1009 findet keine Einigung des Miteigentümers mit sich selbst statt, vielmehr genügt der erklärte auf Entstehung des Rechtes gerichtete Wille.

§ 1010. 1. Vgl. *Kattausch oben zu § 746.

2. Vgl. *Kaufmann oben Ziff. 1 zu § 741.

§ 1011. 1. *Kattausch (vgl. o. Ziff. 3 zu § 741) 24 ff. Die Vorschrift enthält gegenüber den §§ 420 ff. Neues; doch bedarf es zu ihrem Verständnisse nicht des Notbehelfs, dem einzelnen Miteigentümer eine „Vertretung" der ganzen Sache zuzuschreiben.

2. *Kaufmann, Eigentum am Gesellschaftsvermögen 98. Die Vorschrift ist nicht analog auf Miteigentümer zur gesamten Hand anwendbar (vgl. oben zu § 432).

Vierter Abschnitt. Erbbaurecht.

§ 1012. 1. *Kattausch aaO. (vgl. Ziff. 3 zu § 741) 19 f. Ein Miteigentümeranteil kann nicht Gegenstand eines Erbbaurechts, einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein.

2. a) **RG.** ZBlFG. **12** 121. Das Wesen eines für eine Apotheke erteilten Realprivilegs im Gegensatze zur Personalkonzession besteht darin, daß es unbeschränkt vererblich und übertragbar ist, beim Besitzwechsel eine erneute Konzession nicht erfordert und ohne Entschädigung nicht entzogen werden kann (Revid. ApothekenO. vom 11. Oktober 1801 §§ 1, 2 ff., Böttger, Preuß. Apothekengesetze [4] 219 ff., 251 ff.). Ein solches Privileg liegt nicht vor, wenn die Urkunden ergeben, daß die Konzession jedesmal von neuem erteilt wurde und daß die Wiederaufhebung oder Einschränkung bei der jedesmaligen Verleihung vorbehalten war. ... Nach den preußischen Apothekengesetzen sind jedoch die älteren, vor der KabO. vom 30. Juni 1894 (Böttger aaO. 246, 253) erteilten Konzessionen, was die Verkäuflichkeit anlangt, in gewissem Sinne privilegiert. ... Auch selbständige, von dem Besitz eines bestimmten Grundstücks unabhängige eintragungsfähige Apothekergerechtigkeiten haben die Eigenschaft unbeweglicher Sachen und sind Realprivilegien (ALR. I. 2 § 9, I. 20 § 395; HypO. vom 20. Dezember 1783 §§ 14, 15; GrundeigG. vom 5. Mai 1872 § 69; PrGBO. § 3; PrAGBGB. Art. 40; AGGBO. Artt. 22, 27; MinReskr. vom 19. März 1840 betr. die Eintragung von Apothekerprivilegien bei Böttger, Preuß. Apothekengesetze [4] 251; **RG. 57** 32, **45** 385; GruchotsBeitr. **39** 1018, **46** 1118; JW. **05** 218, 27; Turnau-Förster [3] I 546). b) PrOVG. **57** 122. Ein als subjektiv persönliches, veräußerliches und vererbliches Recht verliehenes Apothekenprivilegium, welches als Zubehör eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen war, hat mit dem Inkrafttreten des BGB. seine Eigenschaft als Zubehör verloren und gilt nicht nach § 96 BGB. als Bestandteil des Grundstücks.

3. **RG. 74** 318. Solange ein Blatt für die Gerechtsame nicht eröffnet ist, fällt sie weder unter das materielle noch unter das formelle Liegenschaftsrecht. Art. 40 AGBGB. und Art. 22 AGGBO. ergänzen sich, stehen aber nicht miteinander in Widerspruch, wie man annehmen müßte, wenn nach Art. 22 die selbständigen Gerechtigkeiten schlechthin wie Grundstücke zu behandeln wären.

§ 1017. *Schmidt-Rimpler, Eigentümerdienstbarkeit. Wenn der Eigentümer eines Grundstücks ein einem Dritten bestelltes Erbbaurecht vor Errichtung des Bauwerkes erwirbt und nunmehr selbst das Bauwerk errichtet, so ist zu unterscheiden, ob er dies kraft des Erbbaurechts oder des Eigentums tut: im ersten Falle würde bei Veräußerung des Erbbaurechts das Eigentum am Bauwerk auf den Erwerber übergehen, andernfalls beim Eigentümer verbleiben (119).

Fünfter Abschnitt. Dienstbarkeiten.

1. *Schmidt-Rimpler, Eigentümerdienstbarkeit, weist im Anschluß an Ofner und Stammler auf die Unklarheit und Zufälligkeit des Dienstbarkeitsbegriffs hin, der sich in Schärfe nur von den Wert- und Erwerbsrechten (53), nicht von dem Erbbaurechte (Emphytensis, Superficies) scheiden läßt (55 f.).

2. *Schmidt-Rimpler, Eigentümerdienstbarkeit. Logisch ist es — theoretisch ohne Bezug auf das BGB. genommen — stets möglich, daß ein Eigentümer für sich selbst eine Dienstbarkeit bestellt. Doch liegt die Befugnis zu solcher Selbstbestellung nicht im Eigentum an sich, muß vielmehr von der Rechtsordnung dem Eigentümer besonders verliehen werden (164 f.). Diese darf sie richtigerweise nicht unbeschränkt gewähren, da die besondere Intensität des begrenzten Rechtes in der Hand des Eigentümers nur unter besonderen Umständen richtig ist, also nicht ihre Erlangung seiner freien Willkür anheimgegeben werden darf (165, s. auch dazu die Bem. zu § 889). Unter bestimmten Voraussetzungen ist aber die Gewährung der Befugnis zur Erzielung eines richtigen Ergebnisses erforderlich, so bezüglich der Terraingesellschaften, um eine wechselseitige Belastung der Parzellen vor der Veräußerung zu ermöglichen (167—169), ferner, wenn Baupolizeiverordnungen eine bestimmte Bebauungsweise benachbarter Grundstücke von der Bestellung besonderer Grunddienstbarkeiten abhängig machen (169), unter Umständen auch, wenn ein Eigentümer sich bei Belastung seiner Sache ein Recht vorbehalten will (170), schließlich beim Miteigentume (170 f.).

Erster Titel. Grunddienstbarkeiten.

§ 1018. I. Begriff der Grunddienstbarkeit. 1. a) **RJA. 11** 133 (KG.). Aus der Begriffsbestimmung des § 1018 folgt, daß, wie nach römischem und preußischem Rechte, auch nach dem geltenden Rechte eine Grunddienstbarkeit grundsätzlich nur in einem Dulden oder Unterlassen, dagegen nicht in einem Tun bestehen kann (Mot. III 479). Ein Grundstück kann zwar auch in der Weise belastet werden, daß an den Berechtigten wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstücke zu entrichten sind; eine derartige Belastung stellt sich aber nicht als eine Grunddienstbarkeit, sondern nach § 1005 BGB. als eine Reallast dar . . . Dieser Grundsatz schließt jedoch nicht aus, daß zugleich mit der das Wesen dieser Belastungsform ausmachenden Verpflichtung des jeweiligen Eigentümers des belasteten Grundstücks zu einem Dulden oder Unterlassen diesem Eigentümer die Verpflichtung zu positiven Nebenleistungen auferlegt wird. ... Die Bestellung einer Grunddienstbarkeit des Inhalts, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks als Windschutz für das berechtigte Grundstück einen auf seinem Grundstücke befindlichen Waldstreifen dauernd als Waldstreifen zu erhalten und, soweit es nötig wird, aufzuforsten hat, ist daher zulässig. ... Denn diese Verpflichtung bedeutet in erster Linie eine Beschränkung des Eigentums von Waldgrundstücken nach der Richtung, daß der

Eigentümer den Wald nicht beseitigen und das Grundstück weder als Acker noch als Bauland noch in irgendeiner anderen die Erhaltung des Waldes beeinträchtigenden Art benutzen darf. Der Sinn der Verpflichtung besteht also in der Unterlassung gewisser Handlungen auf dem belasteten Grundstücke. Erst in zweiter Linie erfordert die zunächst negative Pflicht zur Belassung des Grundstücks in seinem gegenwärtigen, es zum dienenden Grundstücke geeignet machenden Kulturzustand auch positive Leistungen, wie die Ausmerzung etwaigen überständigen Holzes und dessen Ersatz durch Nachpflanzung. **b**) SchlHolstAnz. **11** 362 (LG. Kiel). Auch nach dem Rechte des BGB. (§§ 1018 u. 1021) kann eine Dienstbarkeit nicht in einem Tun bestehen.

2. Kohler, RheinZ. **3** 409 (419). Ist die Dienstbarkeit eine Grunddienstbarkeit, so ist sie an das Grundstück gebunden, und ein Hinüberlegen von dem einen herrschenden Grundstück auf das andere ist unstatthaft. Ist sie eine persönliche Dienstbarkeit, so ist sie hiermit an das Leben der Person gebunden, und nur bei juristischen Persönlichkeiten kann die ewige Dauer gesichert werden. Folglich verbietet es der Wortlaut unseres Gesetzes, die Dienstbarkeit mit einem Unternehmen so zu verbinden, daß sie einem jeden zusteht, welcher der Träger des Unternehmens ist, und daß sie mit dem Unternehmen von einem an den anderen übergeht. Man denke an eine Elektrizitätsdienstbarkeit zugunsten einer elektrischen Fabrik oder eines anderen Elektrizitätswerkes, oder an die Dienstbarkeit, wonach ein Lloyd-Unternehmen eine funkentelegraphische Anlage errichten darf.

3. SeuffA. **66** 407, SeuffBl. **76** 401 (RG.). Handlungen in dem Sinne des § 1018 sind nur tatsächliche Handlungen im Gegensatze zu Rechtsakten, wie sie Gegenstand eines Veräußerungsverbots sein können (v. Staudinger, BGB. [5/6] § 1018 A II 1 b; Fuchs, GBR. I § 1018 Anm. 6).

4. BayObLG. **12** 356. Die in einem Vertrage von dem Eigentümer eines Grundstücks eingegangene Verpflichtung, unter bestimmten Voraussetzungen zugunsten der Grundstücke des anderen Vertragsteils Dienstbarkeiten zu bestellen, begründet für diesen nur ein persönliches, der Eintragung in das Grundbuch nicht fähiges Recht, dessen Erfüllung er nur von dem Versprechenden und dessen Gesamtrechtsnachfolgern verlangen kann.

II. Der Berechtigte der Grunddienstbarkeit (s. JDR. **1** zu § 1018 Ziff. 5, **6** zu § 1018 Ziff. 3). 1. *Schmidt-Rimpler, Eigentümerdienstbarkeit. Nach dem BGB. ist die Bestellung einer Eigentümerdienstbarkeit (sowohl als Grund- wie als andere Dienstbarkeit) durch den Eigentümer selbst ausgeschlossen, weil die Befugnis zur „Selbstbestellung", die das Gesetz dem Eigentümer besonders erteilen müßte, nicht gewährt ist. Aus § 873 folgt sie nicht, weil die Einigung mindestens zwei Personen voraussetzt (173—175). Eine analoge Anwendung ist unmöglich, weil die Bestellung eines Rechtes für einen anderen etwas prinzipiell Andersartiges ist als die Bestellung für sich selbst (176, 165 f.). § 1196 schließlich kann nicht analog angewendet werden, da er eine Ausnahmevorschrift darstellt und auch die besonderen Gründe, die die Selbstbestellung der Grundschuld als eines Wertrechts gerechtfertigt erscheinen lassen, für die Dienstbarkeitsselbstbestellung nicht vorliegen, vielmehr für deren Zulassung andersartige wirtschaftliche Gründe sprechen, deren Anerkennung aus der Billigung jener nicht erschlossen werden darf (176). ➠ Den Ausführungen Wolffs, Sachenrecht 339 f., ist entgegenzuhalten, daß es sich zunächst — wenigstens nach der hier vertretenen Anschauung — nicht um ein argumentum e contrario aus § 1196 handelt, sondern nur um den Ausschluß analoger Anwendung, der eben begründet erscheint, und daß ein gleiches wirtschaftliches Bedürfnis, das auch Wolff zur Analogie erfordert, für die Dienstbarkeiten nicht besteht, sondern ein besonders geartetes, von dem im § 1196 berücksichtigten verschiedenes. ⟵ Das Grundbuchamt darf auf

Antrag und Bewilligung des Eigentümers eine Dienstbarkeit für ihn selbst nicht eintragen, die dennoch eingetragene ist nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. von Amts wegen zu löschen; auch wenn vor der Löschung das eine Grundstück veräußert wird unter Einigung über die Entstehung einer entsprechenden Grunddienstbarkeit, so genügt zu deren Begründung nicht die frühere Eintragung während der Konfusion, es muß vielmehr Neueintragung erfolgen (177 Anm. 2). S. auch unten Ziff. IV 2.

2. *Kattausch, Die Anteile der Miteigentümer und der Gesamthänder an den gemeinschaftlichen Sachen 31 ff. Entgegen der bisher unbestrittenen Meinung ist die Begründung von Grunddienstbarkeiten zugunsten des jeweiligen Inhabers eines Miteigentümeranteils für möglich zu erachten.

3. S. auch die Bem. Nr. 2 vor § 1018.

III. Inhalt der Grunddienstbarkeit. 1. **RG.** R. **11** 417. Daß eine Wegegerechtigkeit auch das Recht darauf umfassen kann, daß Kunden des Berechtigten den Weg benutzen, ist nicht zweifelhaft.

2. KGJ. **40** A 247 (KG.). Das Recht des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks, zu verlangen, daß ein auf dem Nachbargrundstücke zu errichtender Neubau einen bestimmten Abstand von dem auf dem Grundstücke des Berechtigten errichteten Baue erhalten muß, kann auch dann den Gegenstand einer Grunddienstbarkeit bilden, wenn die Veranlassung zur Begründung des Rechtes in baupolizeilichen Vorschriften zu suchen ist.

IV. Einzelne Fälle. 1. R. **11** 44 (KG.). Bürgersteige sind die an die Häuser oder Baugrundstücke angrenzenden, zur Vermittelung des Fußgängerverkehrs innerhalb der Ortschaften bestimmten Teile der Straße; sie haben die Bestimmung, den Verkehr der Fußgänger von Haus zu Haus zu vermitteln, den Zugang zu den einzelnen angrenzenden Häusern oder Baugrundstücken zu bilden, daneben haben sie aber auch den privaten Bedürfnissen der Hausbesitzer in der Benutzung ihrer Grundstücke zu dienen. Zu diesem gemeinen Gebrauche gehört auch der Fahrverkehr vom Fahrdamm aus über den Bürgersteig auf die angrenzenden Grundstücke, soweit er ein Bedürfnis für die Grundstückseigentümer ist. Das Eigentum der Stadtgemeinde an dem Bürgersteig ist in diesem Umfange gesetzlicher Beschränkung unterworfen, die Stadtgemeinde ist selbst nicht befugt, die Benutzung der Bürgersteige durch die Anlieger nach ihrem Belieben zu regeln. Das ist Sache der Polizei, die mit Rücksicht auf die Interessen des öffentlichen Verkehrs auf der Straße dem Anlieger Beschränkungen in bezug auf die Ausübung seines Gebrauchs des Bürgersteigs auferlegen kann (vgl. PrOVG. **28** 197, **33** 117, **39** 225).

2. **RG.** R. **11** 812. Wenn bei Flußgrundstücken, die sich in einer Hand befanden, auf beiden Seiten des Flusses Vorrichtungen zur Ausnutzung des Wassers durch Triebwerke vorhanden waren, so kann bei einer Trennung der Grundstücke aus dem bisherigen tatsächlichen Zustand eine Grundgerechtigkeit ohne besondere Begründungshandlung entstehen (**RG. 13** 252, **49** 328, GruchotsBeitr. **35** 1031, JW. **95** 233 Nr. 33). Entscheidend ist lediglich, ob der übereinstimmende Wille der Vertragsparteien auf Fortdauer des bisherigen Zustandes gerichtet war. Nicht erforderlich ist die Kenntnis der Parteien, daß ein im Rechte begründetes Dienstbarkeitsverhältnis erst geschaffen werden müsse.

3. **RG.** R. **11** 340. Das Recht des Uferbesitzers an einem Privatfluß auf Benutzung dessen Wassers hat nicht die Natur eines selbständigen Rechtes, steht vielmehr dem Eigentümer des Ufergrundstücks als subjektiv dingliches Recht, als eine aus der Lage der Örtlichkeit entstehende Grundgerechtigkeit zu, bei der das Ufergrundstück als das herrschende anzusehen ist. Dies Recht ist im Falle des Einverständnisses anderer Uferbesitzer einer Steigerung und Ausdehnung dahin fähig, daß die Befugnis zum Rückstaue des Wassers

über die Grenzen des eigenen Uferbesitzes hinaus auf die Grundstücke jener anderen Uferbesitzer gegeben ist.

4. **RG.** R. **11** Nr. 1643. Auch an einer privaten Eisenbahnanlage kann eine Grundgerechtigkeit bestellt werden.

5. SächsOLG. **32** 187 (Dresden). Durchfahrtsrecht für ein Bäckereigrundstück.

6. BayObLG. **12** 455. Die Vorschriften des PrALR. über öffentliche Sachen mit öffentlicher Zweckbestimmung sind auch auf den Eisenbahnkörper anzuwenden. Das Bestehen von Privatrechten an einer öffentlichen Sache ist nach dem PrALR. nicht ausgeschlossen. Der Erwerb von Dienstbarkeiten ist aber nur insoweit zulässig, als dadurch die Zweckbestimmung der Sache nicht beeinträchtigt wird.

§ 1021. BayObLG. **11** 732. Gegen Anlagen, die der Eigentümer des dienenden Grundstücks auf diesem errichtet, kann der Eigentümer des herrschenden Grundstücks einen Einspruch nicht erheben, wenn sie die Ausübung seiner Gerechtigkeit nicht vereiteln, sondern nur erschweren; andererseits muß sich aber auch der Eigentümer des dienenden Grundstücks die Unannehmlichkeiten gefallen lassen, die für ihn entstehen, weil seine Anlagen nur eine Ausübung der Grundgerechtigkeit zulassen, die für ihn lästiger ist, als die Ausübung ohne die Herstellung der Anlagen gewesen wäre.

§ 1023. BayObLG. **12** 208. Hat der Dienstbarkeitsberechtigte ein wirtschaftliches Interesse, sein Recht an der beanspruchten Stelle auszuüben, so macht er sich keines Rechtsmißbrauchs schuldig, wenn er sich der Verweisung an eine andere Ausübungsstelle widersetzt.

§ 1027. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 1007, HessRspr. **12** 98. Gegen Störungen in der Ausübung der Grunddienstbarkeit steht dem Berechtigten einmal die dingliche Klage zu, die auf Unterlassung und Beseitigung der Störung nach §§ 1004, 1027 BGB. zu richten ist; ihr zur Seite tritt die auf der Grundlage des dinglichen Rechtes erwachsene persönliche Klage auf Schadensersatz, die nach § 823 Abs. 1 BGB. („sonstiges Recht") sich regelt und Verschulden des Beklagten voraussetzt; auch § 823 Abs. 2 BGB. kann, indem die Bestimmungen der §§ 1004, 1027 für Schutzgesetze erachtet werden (vgl. **RG. 51** 177, JW. **04** 360 Nr. 16, WarnE. **3** Nr. 18 u. 281), anwendbar erscheinen. Von dem Erfordernis eines Verschuldens des Störers ist nach der feststehenden Rechtsprechung des RG. grundsätzlich dann abzusehen, wenn dem Verletzten die Befugnis entzogen ist, den widerrechtlichen Eingriff selbst abzuwehren, wenn er sich die Beeinträchtigung seines Rechtes, weil sie von einer mit obrigkeitlicher Genehmigung errichteten gewerblichen oder gemeinnützigen Anlage ausgeht, an sich gefallen lassen muß. Beiderlei Klagen richten sich einmal gegen den Störer, d. i. jede Person, die eine das Eigentum oder das dingliche Recht beeinträchtigende Handlung vornimmt oder zur Vornahme einer solchen Auftrag erteilt oder durch ihren Willen ein Zustandsverhältnis geschaffen hat, das, mit ihrer Mitwirkung oder ohne diese, die Beeinträchtigung zur Folge hat (**RG.** 2. 12. 08, V. 105. 08), sodann gegen den Eigentümer des dienenden Grundstücks, der dafür verantwortlich ist, daß das auf seinem Eigentume lastende dingliche Recht eines anderen ausgeübt werden kann und deshalb Störungen zu beseitigen verpflichtet ist (**RG. 47** 162, JW. **00** 840 Nr. 6, **02** Beil. 187). Doch wird eine Klage auf Schadensersatz gegen den Eigentümer, soweit er nur als solcher, nicht auch als an der Störung beteiligt in Betracht kommt, auch in den Fällen, in denen für die Klage gegen den Störer von dem Erfordernis eines Verschuldens abgesehen ist, immer nur unter der Voraussetzung eines Verschuldens auf seiner Seite als begründet erachtet werden können. Ein solches Verschulden wäre aber darin zu finden, daß der Eigentümer das dienende Grundstück anderen zu einer Benutzung überläßt, die sich nach ihrer Natur mit der Ausübung der Grundgerechtigkeit nicht verträgt. . . .

Auch nach der weitesten Auffassung des Begriffs aber bedeutet die Rechtshandlung der Veräußerung des dienenden Grundstücks, selbst wenn der Veräußerer um die Zwecke wußte, die der Erwerber hinsichtlich der Verwendung des Grundstücks verfolgte, noch keine Störung des auf dem Grundstücke haftenden dinglichen Rechtes.

§ 1028. *Schmidt-Rimpler, Eigentümerdienstbarkeit. Wenn der Eigentümer nach der Konfusion der Grunddienstbarkeit (§ 889 BGB.) die Anlage errichtet, so entsteht der Beseitigungsanspruch mit der Aufhebung der Konfusion, und läuft von da ab seine Verjährung (116 f.). War vor der Konfusion die beeinträchtigende Anlage errichtet und erwirbt der Eigentümer des herrschenden das belastete Grundstück und wird danach die Konfusion wieder aufgehoben, so beginnt die Verjährung von der Aufhebung an neu zu laufen (117).

Zweiter Titel. Nießbrauch.

Literatur: Kohler, Verfügungsnutznießung, Verfügungsgemeinschaft und Gesamthandgut. ACivPrax. **107** 258—273.

I. Nießbrauch an Sachen.

§ 1030. 1. Kohler, ACivPr. **107** 258 ff. Ebenso wie das Pfandrecht als dingliches Recht dahin erweitert werden konnte, daß der Pfandgläubiger das Veräußerungsrecht bekam, ebenso kann der Nießbrauch dahin gesteigert werden, daß der Nießbraucher die Macht erlangt, über die Sache bedingt oder unbedingt zu verfügen. Die deutschen Rechte, welche eine solche Verfügungsnutznießung konstruierten, bestimmten zu gleicher Zeit, daß der Eigentümer über seine nuda proprietas keine Verfügungsgewalt haben solle. Durch Vertrag können aber unter dem BGB. derartige Verfügungsbeschränkungen in Verbindung mit dem Dispositionsnießbrauch nicht mehr begründet werden (§ 137 BGB.).

2. *Kaufmann, Eigentum am Gesellschaftsvermögen 92. Auch Gesamthändern kann ein Nießbrauch bestellt werden. Wegen § 1061 BGB. nur der offenen Handelsgesellschaft diese Fähigkeit zu geben (**RG. 16** 1), ist jedenfalls nicht folgerichtig, da deren Auflösung dem Tode eines Menschen oder dem Erlöschen einer juristischen Person genau so nahe oder fern steht, wie die Auflösung einer bürgerlichen Gesellschaft.

3. ElsLothJZ. **11** 258 ff. (Colmar). Wer das Eigentum an seinem Vermögen auf einen Dritten unter Vorbehalt der Nutznießung überträgt, behält das Recht auf den Alleinbesitz der dazu gehörenden Sparkassenbücher, sofern sie nicht den Charakter von Inhaberpapieren oder mit Blankoindossament versehenen Orderpapieren haben, sondern nur Legitimationspapiere im Sinne des § 808 BGB. sind. Die vertragsmäßige „Übertragung und Überlassung" der zum Vermögen gehörigen Schuldscheine zugunsten des Erwerbers kann nicht ohne weiteres als Verzicht des Nießbrauchers auf den Besitz derselben gedeutet werden. Bei einer Gefährdung ihrer Rechte bezüglich der Sparkassenbücher können die Eigentumserwerber Sicherheitsleistung von dem Nutznießer verlangen.

4. **RG.** 25. 11. 10, JW. **11** 97 f. spricht in Übereinstimmung mit **RG. 67** 378, JDR. **7** Ziff. 1 a, aus, daß zum Ersatze der nicht mehr zulässigen Antichrese ein Nießbrauch an dem mit einer Hypothek belasteten Grundstücke zum Zwecke der Tilgung dieser Hypothek bestellt werden könne.

5. ZBlFG. **11** 543 (Cassel). Zur Wirksamkeit der Zwangsverwaltung eines mit Nießbrauch belasteten Grundstücks gegenüber dem Nießbraucher bedarf es der Zustimmung des Nießbrauchers oder eines gegen ihn gerichteten Schuldtitels.

§ 1032. HansGZ. **11** Beibl. 43 (Hamburg). § 930 spricht nicht von der Begründung, sondern von der Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Daher steht trotz der Vorschrift des § 1032, wonach der Nießbrauch vom Eigentümer zu bestellen ist, einer Verbindung der Eigentumsübertragung durch constitutum possessorium mit der Nießbrauchbestellung kein rechtliches Hindernis entgegen.

§ 1063. *Schmidt-Rimpler, Eigentümerdienstbarkeit. Rechtliches Interesse ist hier zu verstehen als Interesse, das sich aus allgemeinen Regeln der Richtigkeit begründen läßt (121). Es liegt insbesondere vor, wenn Rechte, die dem konfundierten nachstehen, vorhanden sind, ein infolge der positiven Regelung der Rangverhältnisse sehr seltener Fall (122 f.). Die Pfändung der Ausübung nach § 857 ZPO. erhält den Nießbrauch nicht aufrecht (124), ebensowenig die Absicht des Nießbrauchers, das erworbene Eigentum alsbald unter Wahrung der Nießbrauchbefugnisse weiter zu übertragen (125 f.). Dagegen ist rechtliches Interesse anzunehmen, wenn das Eigentum unter auflösender Bedingung oder Befristung oder in einer vorübergehenden Eigenschaft erworben wird, wobei allerdings de lege ferenda nur ein Neu entstehen bei Aufhebung der Konfusion als richtig anzusehen wäre; solche Neuentstehung folgt nicht aus den allgemeinen Bestimmungen über die Wirkung der Bedingung und Befristung (124 f.). Liegt ein rechtliches Interesse vor, so besteht der Nießbrauch als wahres dingliches Recht fort, auch im Falle der Bedingung de lege lata, erlischt aber mit dem Wegfalle des Interesses (126).

§ 1066. 1. *Kattausch (vgl. oben Ziff. 3 zu § 741) 13. Die Beschränkungen der §§ 1030 Abs. 2, 1036 Abs. 2, 1037 BGB. gelten auch für den Nießbrauch, bzw. das Pfandrecht an einem Miteigentümeranteile.

2. Abs. 3. *Kattausch (vgl. oben Ziff. 3 zu § 741) 13 ff. mit ausführlicher Begründung gegen die herrschende Meinung. Nur die Miteigentümerobligation, keineswegs aber der Anteilsnießbrauch, bzw. das Anteilspfandrecht, als dingliches Recht wird durch die Aufhebung der Gemeinschaft betroffen.

II. Nießbrauch an Rechten.

§ 1069. KGJ. **40** A 275 ff. (KG.). Wird eine Hypothek mit den Zinsen von einem bestimmten Tage ab an einen neuen Gläubiger mit der Maßgabe abgetreten, daß das Zinsrecht vom gleichen Tage ab einem Dritten auf dessen Lebenszeit zustehen soll, so kann darin die Bestellung eines Nießbrauchs an der Hypothek für den Dritten enthalten sein. Vom Zeitpunkte der Beendigung des Nießbrauchs ab steht alsdann das Zinsrecht ohne weiteres dem neuen Hypothekengläubiger oder dessen Rechtsnachfolgern zu.

III. Nießbrauch an einem Vermögen.

§§ 1085 ff. *Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung 114 ff. (s. oben zu §§ 90 ff.). Unter die „einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen" ist auch das Recht an der Werteinheit der sämtlichen anderen Gegenstände zu rechnen.

§ 1085. *Kaufmann, Eigentum am Gesellschaftsvermögen 56. Unter den Vermögensbegriff dieses Paragraphen fallen nicht die Schulden, von denen man ja keine „Nutzungen ziehen" kann (vgl. die Legaldefinition im § 1030 Abs. 1). Vielmehr ist ausdrücklich angeordnet (§§ 1086—1088), daß (nur) Haftung des Nießbrauchvermögens eintritt (aM. **RG. 69** 283).

§ 1086. *Fuchs 114 ff. (s. oben zu §§ 90 ff.). Die „Bestellung" des Nießbrauchs erfolgt mit Abschluß des Vertrags des § 311, da dieser Vertrag insofern einen dinglichen Charakter annimmt, als mit seinem Abschlusse bereits der bedeutungsvollste Gegenstand des Vermögens, das Recht an der Werteinheit sämtlicher Gegen-

stände, dem Nießbrauch unterworfen wird. Somit beginnt mit Vertragsschluß die Schuldenhaftung des Nießbrauchers, sowie seine Zinspflicht, und es entfällt der unerklärliche Gegensatz im Haftungsbeginne nach §§ 419 u. 1086.

§ 1088. *Fuchs, Vermögen s. zu § 1086.

Dritter Titel. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

§ 1090. 1. Über die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit an einem Miteigentumsanteile s. zu § 1012 BGB. Ziff. 1.

2. Über die Bestellung einer beschränkten persönlichen Eigentümerdienstbarkeit vgl. § 1018 Ziff. II 1.

§ 1092. 1. Die Übertragbarkeit von Altenteilen. a) KGJ. **40** A 250 (KG.). Ein zum Teil aus beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten bestehendes Ausgedinge ist auch hinsichtlich der anderen dazu gehörenden Rechte, selbst wenn diese an sich übertragbar sind, unübertragbar, falls das Ausgedinge nach dem Willen der Beteiligten eine rechtliche Einheit insoweit bildet, als die sämtlichen Ausgedingerechte dasselbe rechtliche Schicksal haben sollen. b) KGJ. **40** A 250 Anm. (KG.). An dem zu a angegebenen Rechtsgrundsatze hat das KG. mit dem Hinzufügen festgehalten, daß er auch dann gelte, wenn an die Stelle eines Teiles der in beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten bestehenden Ausgedingeleistungen eine Geldersatzleistung getreten ist und diese den Gegenstand der Abtretung bildet. c) HessRspr. **11** 145 (Darmstadt). Die Leibgedingsberechtigungen sind an sich übertragbar. Nur aus der Natur der einzelnen Leistungen läßt sich feststellen, welche von ihnen übertragbar sind und welche nicht. In der Regel werden außer dem Wohnrechte die Ansprüche auf Beköstigung im Hauswesen des Verpflichteten und das persönliche Wahlrecht zwischen Wohnung und Geldleistung für unübertragbar und daher gemäß § 851 Abs. 1 ZPO. unpfändbar, dagegen die Ansprüche auf Geld und Naturalleistungen an sich für übertragbar und pfändbar anzusehen sein.

2. Die Pfändbarkeit von Altenteilen. a) BraunschwZ. **11** 183 (Braunschweig). Das LG. hält die Altenteilsgeldrente für eine auf gesetzlicher Grundlage beruhende Alimentenforderung und deshalb nach § 850 Nr. 2 ZPO. für unpfändbar. Das kann nicht als richtig anerkannt werden. Zwar stellen die Altenteilsbezüge zum Teil Leistungen höchst persönlicher Natur dar und können als solche nicht abgetreten und nicht gepfändet werden, weil die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger eine Veränderung des Inhalts der Leistung bedeuten würde (§ 399 BGB., § 851 ZPO., SeuffA. **39** 276, Jäger, KO. § 1 Anm. 38). Dieser Gesichtspunkt trifft für eine Geldrente aber nicht zu. b) Josef, R. **11** 155. Das Altenteil ist zwar die Altersversorgung des Bauern, aber ihre Unpfändbarkeit ist nach Lage des Gesetzes nicht zu begründen.

Sechster Abschnitt. Vorkaufsrecht.

§ 1097. KGJ. **40** A 133, SchlHolstAnz. **11** 234 (KG.). Die Beschwerdeführerin behauptet, sie habe das Grundstück durch Tausch gegen ein ihr gehörendes Grundstück erworben. Wenn dies zutrifft, ist das eingetragene Vorkaufsrecht erloschen. Denn nur Kauf, nicht Tausch oder sonstige Veräußerung der dem Vorkaufsrecht unterliegenden Sache gestattet nach §§ 504, 1097 BGB. dessen Ausübung. Die klare Fassung des § 1097 BGB. zwingt ferner zu dem Schlusse, daß das Vorkaufsrecht, welches dem Gesetz entsprechend nur zur einmaligen Ausübung bestellt ist, erlischt, wenn diese Ausübung dadurch unmöglich wird, daß das belastete Grundstück infolge einer nicht durch Verkauf erfolgenden Veräußerung an einen Dritten kommt (Dernburg, Bürg. R. II 2 S. 89 Nr. II 3; Planck, BGB. [3] § 504 Anm. b, § 1097 Anm. 1; v. Staudinger, BGB. [3/4] § 1097 Anm. 1 a;

Kretzschmar, SachR. § 1097 BGB. Anm. 1). Ist aber hier das Vorkaufsrecht erloschen, da es eben nur ein einmaliges Vorkaufsrecht ist, so ist damit das Grundbuch unrichtig geworden (vgl. Güthe, GBO. [1] § 22 Anm. 12 d).

§ 1098. BayObLG. **12** 573. Bei dem dinglichen Vorkaufsrechte sind besondere Vertragsbestimmungen, namentlich Vorausbestimmungen über den Kaufpreis grundsätzlich ausgeschlossen. Die Vereinbarung in einem Vertrage, wonach der Eigentümer von Grundstücken einem Bergbauinteressenten und seinen Rechtsnachfolgern für den Fall, daß abbauwürdige Mineralien gefunden werden, das ausschließliche Recht einräumt, die Grundstücke ganz oder zum Teil um einen bestimmten, nach der Verwendung abgestuften Kaufpreis zu erwerben, ist nicht als Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts anzusehen und kann nicht als solches in das Grundbuch eingetragen werden.

Siebenter Abschnitt. Reallasten.

§ 1105. 1. **RG.** WarnE. **4** 163. Bei erblicher Überlassung von städtischen Grundstücken und selbständigen Gerechtigkeiten war auch nach Einführung des Landeskulturedikts vom 14. September 1811 die Auflegung unfixierter Laudemien nicht unzulässig. Aus § 6 AblösungsG. ist zugunsten der gegenteiligen Auffassung nichts herzuleiten. Zwar ist dort auch die Ablösbarkeit der Reallasten festgesetzt, die auf Gerechtigkeiten haften, und es kann demnach nicht bezweifelt werden, daß auch das Laudemium nach den Vorschriften des AblösungsG. ablösbar ist; daraus folgt aber nicht, daß auch der § 37 trotz der Bezugnahme auf das Edikt und der darin liegenden Einschränkungen hier angewendet werden müßte.

2. SeuffBl. **11** 396 (BayObLG.). Das dingliche Recht einer Gemeinde, aus der Waldung eines anderen von Dritten gegen Zahlung der Forsttaxe die alljährlich anfallende Eichelernte zu beziehen, ist ein die Waldung belastendes dingliches und eintragungsfähiges Recht.

3. Kriener, BayNotZ. **11** 257 ff. und BadNotZ. **12** 441. Die Grundgefälle und ihre Behandlung im Kataster und Grundbuche.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 1137. Zum Begriffe der Reallast nach gemeinem Rechte.

4. Harrer, BadNotZ. **11** 9. Die badische Reallast.

§ 1107. Die Entsch. JDR. **9** zu § 1107 auch SeuffA. **66** 293.

§ 1109. SächsRpflA. **11** 319 (LG. Dresden). Abweichende Verteilungen der Gesamthaft für Hypotheken kommen nur in §§ 1132 Abs. 2, 1172 Abs. 2 BGB., §§ 64, 112, 122 ZVG. vor. Die Anwendbarkeit der Vorschriften des ZVG. auf Reallasten überhaupt wird nur von einer Seite befürwortet (Meyerhoff, Anm. 18 zu § 64 ZVG.), sonst allgemein bekämpft. Die Anwendung aller genannten Bestimmungen auf Einzelleistungen (Rückstände) wie Hypothekenzinsen wird anscheinend nirgends vertreten (vgl. dagegen Planck Anm. 4 zu § 1107). § 1172 kommt jedenfalls hierfür nicht in Frage, da er Eigentümerrechte betrifft, die es bei Reallastrückständen nicht gibt. Von diesen Bedenken einmal abgesehen, ließe sich die Frage aufwerfen, ob die Grundsätze für die Verteilung einer Gesamthaftung auf die einzelnen haftenden Grundstücke, wie sie im § 1132 BGB. einerseits, §§ 64, 112, 122 ZVG. andererseits aufgestellt werden, als Anhalt auch für eine Verteilung der Reallasten genommen werden könnten; und dabei möchte es an sich auch nicht unmöglich erscheinen, den Grundsatz der Willkür des Gläubigers, wie ihn § 1132 BGB. aufstellt, entsprechend der Regel des § 1172 abzuwandeln. Wie das Gesetz liegt, muß das aber auch bei weitestgehender Neigung zu entsprechender Anwendung für ausgeschlossen gelten.

Achter Abschnitt. Hypothek. Grundschuld. Rentenschuld.

Vorbemerkung: Verdankte im vorigen Berichtsjahre das Hypothekenrecht vor allem der Rechtslehre erhebliche Förderung, so ist in diesem Jahre die Rechtsprechung in erster Linie zu nennen. Das KG. hat in dem Streite über die Frage, ob durch die hypothekarische Belastung eine Zahlungspflicht des Eigentümers begründet werde, Stellung genommen und ebenso wie im Vorjahre das OLG. Stuttgart (JDR. **9** zu § 1147 Ziff. 1) die Frage verneint (§ 1113 Ziff. I 1). Von größerer praktischer Bedeutung ist eine Anzahl weiterer Entscheidungen. Das **RG.** hat es für unzulässig erklärt, einer Hypothek, gleichviel ob es sich um eine Verkehrs- oder eine Höchstbetragshypothek handelt, mehrere Forderungen verschiedener Gläubiger oder mehrere Forderungen gegen verschiedene Schuldner zugrunde zu legen (§ 1113 Ziff. IV 1). Diese Entscheidung ist namentlich in den nicht seltenen Fällen von einschneidender Bedeutung, in denen eine Höchstbetragshypothek für einen zweiten Gläubiger insoweit eingetragen worden ist, als sie für die Forderungen des ersten Gläubigers nicht in Anspruch genommen werden wird; das **RG.** entzieht, wenn nicht überhaupt Nichtigkeit des gesamten Eintrags anzunehmen ist, den Forderungen des zweiten Gläubigers die dingliche Sicherung. Das KG. hält es für unstatthaft, die verzinsliche Forderung einer im gesetzlichen Güterrechte lebenden Frau gegen ihren Mann auf dessen Grundstücke hypothekarisch zu sichern, falls nicht die Forderung durch Ehevertrag für Vorbehaltsgut erklärt worden ist (§ 1115 Ziff. II 1a). Weitere Entscheidungen des KG. sprechen sich für die Unzulässigkeit der Erweiterung der Hypothek oder Grundschuld durch Erhöhung des eingetragenen Kapitals (§ 1113 Ziff. I 2) und für die Unzulässigkeit der Erhöhung der Ablösungssumme bei der Rentenschuld (§ 1199 Ziff. 1) aus. Sodann ist auf einen bei § 1115 Ziff. IV aufgenommenen Beschluß des KG., in dem die Eintragungsfähigkeit der verschiedenartigsten Zahlungsbedingungen untersucht ist, und auf die fernere Entscheidung des KG. (§ 1132 Ziff. I 1) hinzuweisen, in der aus der Einheitlichkeit der Gesamthypothek der Schluß gezogen wird, daß zwar der Umfang, nicht aber der Inhalt der Belastung für die einzelnen Grundstücke ein verschiedener sein könne. Das **RG.** hat in dem bei § 1190 Ziff. IV 1 aufgenommenen Urteile die von ihm früher vertretene Auffassung, daß eine Höchstbetragshypothek mit ihrer Eintragung Gläubigerhypothek sei und erst mit der Feststellung der Forderung in Höhe des nicht festgestellten Betrags Eigentümerhypothek werde, aufgegeben und nunmehr angenommen, daß die Höchstbetragshypothek ebenso wie die Hypothek für eine künftige Forderung bis zur Entstehung der Forderung Eigentümerhypothek sei. Über die weitere Frage, was unter der „Forderung" im Sinne des § 1190 BGB. zu verstehen sei (s. § 1190 Ziff. IV 4 und JDR. **9** zu § 1190 Ziff. I 4), spricht sich das **RG.** in diesem Urteile nicht aus. Endlich ist noch auf eine Entscheidung des OLG. Kiel über die Rechtsnatur der sog. Zuschußdarlehen zu verweisen (§ 1115 Ziff. III 1). — Aus dem Schrifttume des Berichtsjahrs kommen hauptsächlich drei Arbeiten in Betracht. Strohal hat sich über die vom **RG.** aufgestellte Theorie der ins Leere fallenden Grundschuld geäußert (§ 1192 Ziff. 1) und dabei die Fragen der Einwirkung des Zuschlags auf die hypothekarische Belastung in eingehender Weise erörtert (§§ 1163 Ziff. III 2b, 1164 Ziff. 1, 1168 Ziff. 1, 1169 Ziff. 1, 1170 Ziff. 1, 1173 Ziff. 4). Fuld hat die Eigentümerhypothek im Konkurse zum Gegenstande der Untersuchung gemacht (s. z. B. §§ 1163 Ziff. I, V 4, VI, 1190 Ziff. V 2). Siméon endlich hat die löschungspflichtige Eigentümergrundschuld in gründlicher Weise behandelt; wenn er hierbei allerdings die Löschungspflicht des jeweiligen Eigentümers leugnet, so hat diese Ansicht allseitige Ablehnung erfahren (§ 1179 Ziff. IV 1 bis 5).

Literatur: Fuld, Die Eigentümerhypothek im Konkurse. — Mayer, Die Pfändung von Eigentümerhypotheken (Inaugural-Dissertation). — Siméon, Die löschungs-

pflichtige Eigentümergrundschuld. Ein Beitrag zur Auslegung des § 1179 BGB. Außerdem ist hier auf zwei das Hypothekenrecht mitheranziehende Werke wenigstens hinzuweisen: Dannenbaum, Deutsche Hypothekenbanken in wirtschaftlicher Darstellung nebst Kommentar zum Hypothekenbankgesetz, und Hagelberg, Kommentar zum Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909.

Erster Titel. Hypothek.

§ 1113. I. Das Wesen der Hypothek. 1. RJA. **11** 156 (KG.). Eine dingliche Zahlungspflicht des Eigentümers widerspricht dem Wesen der Hypothek. Dieses besteht zwar in der dinglichen Sicherung des Gläubigers der persönlichen Forderung. Die Sicherung wird aber nicht dadurch bewirkt, daß der Grundstückseigentümer verpflichtet wäre, die eingetragene Summe zu bezahlen oder in sonstiger Weise den Gläubiger zu befriedigen, sondern nur dadurch, daß dem Eigentümer die Verpflichtung auferlegt ist, die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück zwecks Befriedigung des Gläubigers zu dulden. Zwar bestimmt der § 1113 Abs. 1 BGB., daß an den Gläubiger der persönlichen Forderung kraft der Hypothek eine Geldsumme zu zahlen ist. Die Zahlung hat jedoch, wie das Gesetz ausdrücklich hinzufügt, nich t schlechthin, sondern „aus dem Grundstücke" zu erfolgen. Mit diesem Zusatze soll, wie der § 1147 BGB. erkennen läßt, nicht eine Zahlungspflicht des Eigentümers geschaffen, sondern zum Ausdrucke gebracht werden, daß die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke geschieht. Sonstige Bestimmungen über die Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer enthält das BGB. nur noch in dem § 1142. Diese Vorschrift bezieht sich auf den Fall, daß die Hypothek als solche dem Eigentümer gegenüber oder daß die persönliche Forderung fällig geworden ist. Für beide Fälle spricht das Gesetz jedoch nur von einer Berechtigung der Eigentümer zur Leistung. Die Bestimmung wäre überflüssig, wenn eine Zahlungsverpflichtung des Eigentümers bestände. Denn eine Verpflichtung zur Leistung umfaßt stets das entsprechende Recht. Für diese Auffassung spricht ferner die Erwägung, daß anderenfalls der § 1146 BGB. überflüssig wäre, da, wenn der Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet wäre, seine Verpflichtung zur Leistung von Verzugszinsen schon aus § 288 BGB. folgen würde. Endlich ließe sich auch das allgemeine anerkannte Fortbestehen der Hypothek für den Fall, daß der Eigentümer das Eigentum an dem Grundstücke gemäß § 928 Abs. 1 BGB. aufgegeben hat, mit dem Bestehen einer Zahlungspflicht des Eigentümers nicht vereinigen. Aus diesen Gründen muß die vom Gesetz offen gelassene (Prot. III 539, auch 572, 582, 712) Frage, ob die Hypothek eine Realobligation schaffe, verneint werden. S. dazu JDR. **9** zu § 1147 Ziff. 1.

2. KGJ. **40** A 282, SeuffBl. **11** 361 (KG.). Die Erweiterung einer Hypothek oder einer Grundschuld durch nachträgliche Erhöhung des eingetragenen Kapitalbetrags oder Höchstbetrags ist nicht zulässig. . . . Daß der entwickelte Grundsatz wie für die Verkehrshypothek (§ 1113 BGB.) so auch für die Sicherungshypothek und die Höchstbetragshypothek (§§ 1184, 1190 BGB.), daher auch für die Zwangshypothek und die Arresthypothek (§§ 866, 932 ZPO.) gelten muß, folgt ohne weiteres daraus, daß in der fraglichen Beziehung zwischen diesen verschiedenen Formen der Hypothek kein Unterschied besteht.

3. PosMSchr. **11** 111 (LG. Greifswald). Rechtsnatur der nach dem PrG. vom 21. März 1868 in Neuvorpommern und Rügen begründeten und in das Grundbuch eingetragenen sog. Hypotheken.

II. Rechtswirksamkeit der Hypothek. 1. a) **RG.** JW. **11** 318, WarnE. **4** 180, GruchotsBeitr. **55** 1011. Was die Rechtsgültigkeit der Hypothekbestellung im Falle eines Bordellkaufs anlangt, so ist in dem die dingliche Klage aus einer Hypothek für rückständiges Kaufgeld aus einem Bordellkaufvertrage betreffenden Urteile des erkennenden Senats (**RG. 68** 97, JDR. **7** zu

§ 1113 Ziff. I 2 a) dahingestellt gelassen, ob nicht nur die gesicherte Forderung, sondern auch die Hypothek selbst nichtig sei, da die Klage in jedem Falle unbegründet sei: wenn die Hypothek selbst nichtig sei, bestehe ein hypothekarischer Anspruch daraus überhaupt nicht; wenn aber nur die gesicherte Kaufpreisforderung nichtig sei, stehe die Hypothek gemäß §§ 1163 Abs. 1, 1177 Abs. 1 BGB. als Eigentümergrundschuld dem sie bestellenden Eigentümer zu, so daß der Bordellverkäufer in Wahrheit nicht Gläubiger der Hypothek sei. Vorliegend ist über die Rechtsgültigkeit der Hypothek zu entscheiden, weil die Klägerin den Hypothekenbrief als ihr gehörig herausverlangt. Diese Rechtsgültigkeit ist aber ebenso wie die Rechtsgültigkeit der Eigentumsübertragung deswegen anzunehmen, weil das Rechtsgeschäft der Einigung zwischen den Parteien über die Bestellung der Hypothek lediglich eine Rechtsänderung auf dem Gebiete des Sachenrechts zum Gegenstande hatte und daher sein Inhalt nicht gegen die guten Sitten verstieß. b) SchlHolstAnz. **11** 93 (Kiel). Die Nichtigkeit einer Bordellhypotheken ist auch dann anzunehmen, wenn die Hypothek vor 1900 eingetragen ist. S. JDR. **6** zu § 1113 Ziff. III 1, **7** zu § 1113 Ziff. I 2, **8** zu § 1113 Ziff. II 4.

2. R. **11** 811 (KG.). Auch nach dem Inkrafttreten des BGB. ist dem Fideikommißbesitzer die Befugnis verblieben, mit den in seine Besitzzeit fallenden Revenuen des Fideikommißgrundstücks wegen persönlicher Schulden eine Hypothek zu bestellen.

III. Die Eintragungsbewilligung. Töplitz, DNotV. **11** 832. Die Bestellung von Hypotheken geschieht gewöhnlich in der Weise, daß zunächst die Schuldurkunde und im Anschlusse hieran die Eintragungsbewilligung erklärt wird, die etwa dahin lautet: „Ich bestelle für obige Forderung Hypothek mit dem Grundstück und bewillige deren Eintragung in das Grundbuch.“ Nach dieser Fassung bezieht sich die Bewilligung allgemein auf das Kapital, die Zinsen und alle in der Schuldurkunde enthaltenen Nebenbestimmungen. Häufig wird dies noch besonders dadurch zum Ausdrucke gebracht, daß die Eintragung der Hypothek mit allen in der Schuldurkunde aufgeführten Bestimmungen bewilligt wird. Dies ist nur dann zulässig, wenn sämtliche Bestimmungen dinglichen Charakter haben.

IV. Die Hypothekenforderung. 1. **RG. 75** 245, JW. **11** 404, RJA. **11** 117. Das Gesetz geht davon aus, daß jeder Hypothek nur eine einzelne, bestimmte (wenn auch bedingte oder künftige) Forderung zugrunde liegt (§§ 1113, 1115 BGB.). Damit ist allerdings die Sicherung mehrerer Forderungen durch dieselbe Hypothek nicht schlechthin ausgeschlossen; sie bildet bei der Höchstbetragshypothek, die ja vorzugsweise dem wechselnden Kreditverkehre zu dienen bestimmt ist, sogar die Regel. Immerhin muß jedoch die Einheitlichkeit des Forderungsverhältnisses wenigstens insofern gewahrt bleiben, als durch eine und dieselbe ungeteilte Hypothek mehrere Forderungen grundsätzlich nur dann gesichert werden können, wenn sie demselben Gläubiger gegen denselben Schuldner zustehen. Es mag deshalb für zulässig zu erachten sein, daß eine Höchstbetragshypothek einem Gläubiger für alle seine gegenwärtigen und künftigen Forderungen gegen den nämlichen Schuldner eingeräumt wird (vgl. **RG.** 22. 6. 07, JW. **07** 513 Nr. 13). Dagegen findet die Bestellung einer ungeteilten Hypothek für verschiedene Forderungen, die je einem anderen Gläubiger zustehen, oder für mehrere Forderungen gegen verschiedene, nicht in einer Verpflichtungsgemeinschaft stehende, Schuldner im Gesetze keine Stütze. Durch eine solche Bestellung würden auch unklare Verhältnisse geschaffen werden, zumal wenn die Persönlichkeiten der nicht namentlich bezeichneten Schuldner noch nicht feststehen, ihre Bestellung vielmehr von ihrem Eintritt in ein gewisses Verhältnis, wie das Eigentum am Grundstück oder gar dessen Besitz, abhängig gemacht wird.

2. KGJ. **40** A 258, SeuffBl. **11** 176 (KG.). Der Grundbuchrichter darf dem Antrag auf Eintragung einer Hypothek nur dann stattgeben, wenn eine der Hypothek zugrunde zu legende Forderung vorhanden ist. Es genügt jedoch regelmäßig die bloße Angabe eines Schuldverhältnisses, zu dessen Sicherung die Hypothek dienen soll. Nur wenn der Grundbuchrichter aus den Angaben des Antragstellers oder aus sonstigen ihm bekannten Tatsachen die Unmöglichkeit der Entstehung der Forderung ersieht, ist der Eintragungsantrag abzulehnen. Die einer Hypothek zugrunde zu legende Forderung kann nicht der künftige Erbanspruch, wohl aber der durch einen Schenkungsvertrag unter Lebenden begründete Anspruch gegen den künftigen Erblasser auf Zahlung einer bestimmten Summe sein, selbst wenn dieser Anspruch bei Lebzeiten des Schenkers zinslos und erst mit seinem Tode fällig ist, vorausgesetzt, daß das Schenkungsversprechen nicht unter der Bedingung erteilt ist, daß der Beschenkte den Schenker überlebt.

3. **RG.** WarnE. **4** 200. Hinsichtlich der Zeit und Art der Valutierung einer Hypothek sind der Privatwillkür keine Schranken gesetzt, und es ist daher auch zulässig, wenn der Grundstückseigentümer und der eingetragene Hypothekengläubiger, um Geld für einen Bau zu beschaffen, vereinbaren, die Hypothek solle zunächst als vollwertig behandelt und an einen Geldgeber abgetreten werden.

4. Josef, BayRpflZ. **11** 329. Beim Hypothekendarlehen braucht der Darlehnsgeber die Valuta dem Eigentümer erst nach der Eintragung zu zahlen. Folglich kommt die Einigung der Beteiligten über die Bestellung der Hypothek darauf hinaus, daß die Eintragung für eine künftige Forderung erfolgen solle, die (bei Auszahlung der Valuta) als durch die zum voraus eingetragene Hypothek gesichert gelten soll. Daher schließt die bloße Tatsache, daß die Valuta bei der Eintragungsbewilligung noch nicht gezahlt war, die wirksame Entstehung des Hypothekenrechts nicht aus; der Eigentümer muß vielmehr nachweisen, daß ihm der Gläubiger auch nachträglich die Valuta nicht gezahlt habe.

V. Fragen der Praxis. 1. Weil, BadNotV. **11** 71 ff. Die Vereinigung der Grundbücher von gegenstandslosen Hypothekeneinträgen.

2. Peusquens, JW. **11** 422. Vorsicht im Hypothekenverkehr.

§ 1115. I. Der Gläubiger. 1. SchlHolstAnz. **11** 313 (KG.). Die Vorschrift des § 4 PrAVf. vom 20. November 1899 beruht auf dem Bestimmtheitsgrundsatze, der eine möglichst genaue Bezeichnung des Berechtigten verlangt, und stellt im Interesse der Sicherheit des Grundbuchverkehrs Mindesterfordernisse auf. Von ihnen braucht der Grundbuchrichter selbst dann nicht abzugehen, wenn er die Angabe aller oder einzelner der Erfordernisse des § 4 aaO. im Einzelfalle zur Feststellung der Identität des Eintragenden nicht für erforderlich hält. Der Grundbuchrichter hat vielmehr stets zu prüfen, ob auf Grund des eingereichten Antrags den grundsätzlichen Erfordernissen des § 4 Abs. 1 aaO. genügt werden kann. Fehlt eines der vorgeschriebenen Merkmale, so darf er darüber nur hinwegsehen und andere Angaben verlangen, wenn die fehlende Angabe nicht tunlich, d. h. wenn ihre Beschaffung unmöglich oder mit besonderen Schwierigkeiten verknüpft ist (**RG. 72** 38, KGJ. **39** A 223).

2. **RG.** R. 11 Nr. 1562. Die Eintragung einer Hypothek für einen namentlich bezeichneten Gläubiger und dessen eheliche Deszendenz nötigt nicht zu der Auffassung, daß der Genannte und seine eheliche Deszendenz nebeneinander Gläubiger der Hypothek sein sollen, sie läßt vielmehr auch die Auffassung zu, daß sie es nacheinander sein sollen. Diese Auffassung ist sogar geboten, wenn unter der ehelichen Deszendenz die erbberechtigte Nachkommenschaft des namentlich bezeichneten Gläubigers verstanden wird.

3. HessRspr. **12** 214, OLG. **23** 320, SeuffA. **66** 465 (Darmstadt). Auf die Firma eines Einzelkaufmanns sollen Hypothekeintragungen im Grundbuche

nicht erfolgen (§§ 31, 33 HessAnordnungen, betr. die Ausf. der GBO.). S. JDR. **8** zu § 1115 Ziff. II 1, **9** zu § 1115 Ziff. I 2.

II. Der Zinssatz. 1. a) KGJ. **40** A 140 (KG.). Dem Manne steht kraft ehemännlicher Nutznießung das Zinsrecht an einer Forderung der Frau als solches, nicht nur der Anspruch auf die einzelnen fällig gewordenen Zinsbeträge zu. ... Eine Hypothek kann für die verzinsliche Darlehnsforderung einer Frau gegen ihren Mann im Falle des gesetzlichen Güterrechts nur dann eingetragen werden, wenn die Nutznießung des Mannes an der Darlehnsforderung durch einen Ehevertrag ausgeschlossen worden ist. ... Der Fall, daß die Hypothek der Frau auf dem Grundstück eines Fremden eingetragen werden soll, wird durch die vorliegende Entscheidung nicht betroffen. Denn in jenem Falle ist mit der Hauptforderung auch eine Zinsforderung von vornherein verbunden. Das Zinsrecht steht nur nicht der Frau, sondern kraft gesetzlichen Güterrechts dem Manne zu. Da das Grundbuchblatt in erster Linie über den Umfang der dinglichen Belastung Auskunft geben muß, so ist in diesem Falle die Hypothek von vornherein als eine verzinsliche einzutragen. Ob der Eintragung der Gläubigerin hinzuzufügen ist, daß das Zinsrecht dem Manne zusteht, oder ob ein solcher Zusatz mit Rücksicht auf die allgemein angenommene Eintragungsunfähigkeit des ehemännlichen Nutznießungsrechts als unzulässig anzusehen ist, bedarf hier keiner Entscheidung; bemerkt sei nur, daß im zweiten Falle die Eintragung unter Hinzudenkung des eintragungsunfähigen Nießbrauchsrechts des Mannes an der Hypothek zu lesen wäre. **b)** Hahn, DNotV. **11** 635, hält die Eintragung einer verzinslichen Darlehnsforderung der Frau gegen ihren Mann für zulässig. **c)** v. Dadelsen, DNotV. **11** 670. Die Eintragung einer verzinslichen Forderung der Ehefrau auf die Grundstücke des Ehemanns.

2. Eberhard, GruchotsBeitr. **55** 472—521. Zinsen.

III. Nebenleistungen. 1. SchlHolstAnz. **11** 296 (Kiel). Es handelt sich um ein Darlehen, das die schleswig-holsteinische Landschaft gemäß § 43 Ziff. 1 ihrer Satzung (Amtsbl. **05** 257 f., jetzt Amtsbl. **07** 413 f.) zur Ausgleichung der Differenz zwischen dem Kurs- und Nennwerte der Pfandbriefe als Zuschuß zum Pfandbriefdarlehen dem Darlehnsnehmer gewähren kann. Ein solches Darlehen ist ein zweites selbständiges Darlehen neben dem Pfandbriefdarlehen und muß daher gemäß § 1115 BGB. seinem Geldbetrage nach aus dem Grundbuch erhellen, sofern das Grundstück für das Zuschußdarlehen hypothekarisch haften soll; die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung reicht, wie § 1115 Abs. 1 BGB. ergibt, nicht aus (vgl. KGJ. **33** A 246, Planck Anm. 4 e α zu § 1115 BGB., v. Staudinger Anm. II e zu § 1115 BGB.). Hieran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß die Rückzahlung des Zuschußdarlehens gemäß § 45 Ziff. 4 der Landschaftssatzung in der Weise erfolgt, daß zu den Zinsen des Pfandbriefdarlehens ein Zuschlag von $^1/_2$ v. H. zu zahlen ist; denn tatsächlich ist dieser Zinszuschlag nicht eine Vergütung für das Pfandbriefdarlehen, sondern eine Tilgungsrate auf das Zuschlagsdarlehen, die auch nur bis zur Tilgung dieses Darlehens zu zahlen ist. Es wird daher auch diese einzelne Tilgungsrate nicht als eine „Nebenleistung" zum Pfandbriefdarlehen angesehen werden können (übereinstimmend v. Staudinger aaO.; anderer Ansicht das KG. aaO.). Aber auch wenn die einzelnen Tilgungsraten als Nebenleistungen des Pfandbriefdarlehens gelten könnten, so ist doch der Vorschrift des § 1115 BGB. dann nicht genügt, wenn der Geldbetrag dieser Nebenleistungen weder aus dem Grundbuche (Abs. 1 des § 1115), noch aus der in der Grundbucheintragung in Bezug genommenen Satzung der Landschaft (Abs. 2 des § 1115 BGB.) sich ergibt.

2. KGJ. **40** A 261, RJA. **11** 71, ZBlFG. **12** 93 (KG.). Bei der Eintragung der Darlehnshypothek einer Kreditanstalt, deren Satzung von der zuständigen Be-

hörde öffentlich bekannt gemacht worden ist, genügt zur Bezeichnung der Nebenleistungen die einfache Bezugnahme auf die Satzung; es braucht dabei nicht vermerkt zu werden, daß die Bezugnahme „wegen der Nebenleistungen“ erfolge.

IV. Zahlungsbedingungen. 1. OLG. **23** 321 (KG.). Es sind folgende Bedingungen vereinbart: Nr. 9: Die Gläubigerin ist dem jeweiligen Eigentümer gegenüber berechtigt, jederzeit Einsicht in die Miet-, Pacht- und Kaufverträge zu nehmen; Nr. 11: Für den Fall eines Eigentumswechsels haben der Schuldner und seine Rechtsnachfolger die Berichtigung des Grundbuchs auf Verlangen der Gläubigerin für diese kostenfrei herbeizuführen und eine amtliche Benachrichtigung darüber zu beschaffen; Nr. 13: Der jeweilige Eigentümer hat, wenn die Durchführung der Zwangsvollstreckung von der Duldung eines Dritten (z. B. des Ehemanns einer späteren Eigentümerin) abhängt, die Unterwerfung dieses Dritten unter die Zwangsvollstreckung in notarieller oder gerichtlicher Form für die Gläubigerin auf deren Verlangen kostenfrei binnen 14 Tagen zu beschaffen. Würde die Eintragung dieser Bestimmungen nur im Zusammenhange mit der Zahlungsbedingung Nr. 5 a begehrt werden, so würde sie nicht zu versagen sein. Wenn die Beteiligten aber jene Bestimmungen nicht nur in dem angegebenen Zusammenhange, sondern als selbständige „Modalitäten“ eingetragen wissen wollen, so sind sie nicht eintragungsfähig, weil sie an sich weder Zahlungsbedingungen sind noch sonst die aus dem Grundstücke zu befriedigende Forderung näher bezeichnen. Es handelt sich vielmehr um anderweitige (nicht aus dem Grundstücke realisierbare) Verpflichtungen, die der gegenwärtige Eigentümer für sich und seine Rechtsnachfolger im Grundstück übernommen hat, für diese mit der Wirkung, daß er der Gläubigerin gegenüber für die Handlungen jener einzustehen hat. Solche obligatorischen Verpflichtungen sind von der Eintragung in das Grundbuch ausgeschlossen (Güthe, GBO.[2] Vorbem. 20, 21 zum 2. Abschn.). Unter Nr. 12 Abs. 1 der Urkunde ist bestimmt, daß der Schuldner sich wegen aller auf Grund der Urkunde zu leistenden Zahlungen acht Tage nach ihrer Fälligkeit der sofortigen Zwangsvollstreckung in der Weise unterwerfe, daß die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer des Pfandgrundstücks zulässig sein solle. Die Eintragung dieser Bestimmung ist nach § 800 Abs. 1 ZPO. zulässig und so zu bewirken, daß die Unterwerfung aus dem Grundbuche selbst hervorgeht (KGJ. **28** A 262, **32** A 236). Wenn es aber weiter heißt, daß sich der Schuldner wegen aller jener Zahlungen acht Tage nach ihrer Fälligkeit auch der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes übriges Vermögen unterwerfe, so handelt es sich hierbei um eine Bestimmung, die den Inhalt der Belastung des Grundstücks nicht berührt, also sachenrechtlich unerheblich und deshalb nicht eintragungsfähig ist. Die Nr. 12 Abs. 2 kann auch nicht einmal zur Ergänzung der Nr. 5 a eingetragen werden, da in ihr keine erst künftig zu erfüllende Verpflichtung übernommen ist. Endlich ist in Nr. 14 Halbs. 1 gesagt, daß die Vollstreckungsklausel der Gläubigerin auf ihre unbescheinigte Behauptung derjenigen Tatsache, von deren Eintritt die Fälligkeit abhänge, erteilt werden solle. Damit ist eine Voraussetzung angegeben, unter der die sofortige Vollstreckung statthaft sein soll; die Angabe kann als eine Nebenbestimmung zu der das Grundstück betreffenden Unterwerfungsklausel, und zwar gemäß § 874 BGB. (KGJ. **28** A 264) auch durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung, eingetragen werden. Die im zweiten Halbsatze getroffene Bestimmung aber, daß die Gläubigerin berechtigt sein solle, weitere Ausfertigungen des Vertrags auf Kosten des anderen Beteiligten zu verlangen, hat wiederum keine Beziehung zu der dinglichen Belastung und ist darum ebenfalls von der Eintragung auszuschließen.

2. BadNotZ. **11** 147 (LG. Mannheim). Das auf Grund des Art. 117 EGBGB. ausgesprochene landesgesetzliche Verbot des Ausschlusses der Kündi-

gung einer Hypothek auf länger als 10 Jahre hindert auch dann, die Hypothek einzutragen, wenn der für die Zeit nach Ablauf der 10 Jahre vereinbarte Auszahlungstag der Hypothek auf einen späteren Tag als den Tag der Grundbucheintragung bedungen wird.... Denn die 10 Jahre, für deren Dauer allein das Kündigungsrecht des Grundstückseigentümers ausgeschlossen werden kann, laufen von der Entstehung der Hypothek oder Grundschuld, somit regelmäßig von ihrer Eintragung in das Grundbuch ab.

3. PosMSchr. **11** 72 (Königsberg). Ein Verbot der Unkündbarkeit von Hypotheken wirkt auch hinsichtlich der persönlichen Forderung.

§ 1117. 1. **RG.** JW. **11** 367. Nicht jede auch nur einstweilige körperliche Hingabe ist als Übergabe im Sinne der §§ 1154, 1117 BGB. anzusehen.

2. **a)** **RG. 74** 416. Die nach den §§ 1154, 1117 BGB. erforderliche Übergabe des Teilhypothekenbriefs kann durch die Vereinbarung über dessen Aushändigung ersetzt werden, und es bedarf dazu nach den Umständen des Falles nicht auch der Aushändigung des Teilbriefs, noch auch nur der Fertigstellung des Teil- oder des Stammbriefs (**RG. 64** 313; **66** 210; **69** 43). **b)** **RG.** R. **11** Nr. 1750. Ist als Ersatz für die Briefübergabe die Vereinbarung getroffen, daß der Zessionar berechtigt sein solle, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, so wird diese Vereinbarung, auch wenn der Brief erst später dem Grundbuchamt eingereicht wird, in dem Sinne wirksam, daß es so anzusehen ist, als sei die Übergabe des Briefes bereits am Tage jener Vereinbarung erfolgt.

3. KGJ. **40** A 322 (KG.). Allerdings ist das Verfahren zwecks Herstellung des Briefes lediglich öffentlich-rechtlicher Natur. Mit dem Augenblick aber, in dem die Herstellung beendigt und ein neuer Brief entstanden ist, ändert sich die Rechtslage. Nach § 952 Abs. 2 BGB. steht das Eigentum an einem Hypothekenbriefe dem „Gläubiger" zu. Gläubiger einer Briefhypothek ist bis zur Übergabe des Briefes an den als Gläubiger Eingetragenen der Eigentümer (§ 1163 Abs. 2 BGB.), nach der Übergabe des Briefes der als Gläubiger Eingetragene (§ 1117 Abs. 1 BGB.). Diese beiden Grundsätze erfahren durch die Vorschrift des § 1117 Abs. 2 BGB. eine Verschiebung. Wenn Eigentümer und Gläubiger vereinbaren, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen, so erwirbt, da eine solche Vereinbarung der Übergabe des Briefes gleichsteht, der Gläubiger die Hypothek schon vor der Briefübergabe. Hiernach ist Gläubiger der Hypothek in dem Augenblicke der Entstehung des Briefes entweder der Eigentümer oder der Hypothekengläubiger. Dieser wird daher auf Grund des § 952 Abs. 2 BGB. Eigentümer des Briefes mit dessen Entstehung (**RG.** JW. **08** 547; s. auch **RG. 66** 97, KGJ. **25** A 153). Der Brief wird also vom Augenblicke seiner Entstehung an Gegenstand des privatrechtlichen Eigentums. S. auch die Bem. zu § 60 GBO.

§ 1118. SeuffA. **66** Nr. 63 (Dresden). Für die Kosten der Eintragung der Hypothek haftet das Grundstück nur, wenn ein Geldbetrag dafür im Grundbuch eingetragen ist.

§ 1119. R. **11** Nr. 1312 (Hamburg). Eine nach Beschlagnahme des Grundstücks eingetragene Zinserhöhung einer hypothekarischen Forderung ist, sofern sie nicht die zulässige Höhe überschreitet, nur dem betreibenden Gläubiger gegenüber unwirksam, und zwar auch nur insoweit, als er dadurch in seiner Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse beeinträchtigt wird.

§ 1120. 1. SächsOLG. **32** 271 (Dresden). Die Hypothek erstreckt sich nicht auch auf solche auf dem Grundstücke befindliche Zubehörstücke, die der Grundstückseigentümer bereits vor der Bestellung der Hypothek veräußert hatte.

2. SächsOLG. **32** 68 (Dresden). Auf Hölzer, die auf dem Stamme gekauft

sind, erstreckt sich die Hypothek so weit, als sie sich noch auf dem Pfandgrundstücke befinden.

3. Josef, LeipzZ. **11** 593 ff. Der Eigentümer und ebenso in dessen Konkurs der Konkursverwalter hat zwar bis zur Beschlagnahme das Verfügungsrecht über das den Realgläubigern verhaftete Zubehör, und diese haben an sich kein Recht darauf, daß der Eigentümer oder der Konkursverwalter den Erlös aus der Veräußerung des Zubehörs zur Anschaffung von Ersatzstücken verwende. Andererseits haben aber die Realgläubiger ein Recht auf Erhaltung der bestehenden Sicherheit, also darauf, daß das Zubehör auf dem Grundstücke verbleibt, soweit durch seine Entfernung die Sicherheit ihrer Hypothek gefährdet würde. Hat also der Eigentümer oder der Konkursverwalter den Erlös des veräußerten Zubehörs nicht zur Anschaffung von Ersatzstücken verwendet und hat die durch die Veräußerung des Zubehörs bewirkte Entwertung des Grundstücks für den Realgläubiger einen Ausfall bei der Zwangsversteigerung zur Folge, so hat der Eigentümer oder die Konkursmasse ohne rechtlichen Grund auf Kosten des ausgefallenen Gläubigers den Erlös erlangt und steht jenen folglich nach § 812 BGB. ein Anspruch auf Herauszahlung des Erlöses zu. Das Realrecht ist aber auch ein „Recht" im Sinne des § 823 BGB., und der Eigentümer wie der Konkursverwalter muß sich sagen, daß die Beseitigung des Zubehörs die Sicherheit der Realgläubiger gefährdet. Sie verletzen also durch ihre Handlungsweise mindestens fahrlässig das Realrecht des Gläubigers, so daß dieser, wenn er bei der Zwangsversteigerung ausgefallen ist, gegen den Eigentümer oder, falls die Beseitigung durch den Konkursverwalter erfolgt ist, gegen die Konkursmasse einen Anspruch auf Schadensersatz (Erstattung des Ausfalls) aus § 823 BGB. hat.

§ 1121. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 654, WarnE. **4** 43, ZBlFG. **11** 585. Aus den Gesetzesworten „veräußert und von dem Grundstück entfernt" ist nicht nur zu entnehmen, daß Veräußerung und Entfernung zusammen vorliegen müssen, insbesondere eine Veräußerung für sich allein nicht genügt, um das Freiwerden von Zubehörstücken und der anderen im § 1121 Abs. 1 BGB. bezeichneten Gegenstände von der Haftung für die Hypothek zu bewirken (**RG.** JW. **05** 175 Nr. 17), sondern auch, daß die Veräußerung und die Entfernung dergestalt miteinander im Zusammenhange stehen müssen, daß im Endergebnisse die Entfernung als infolge der Veräußerung geschehen erscheint, und demzufolge ferner, daß die Fortschaffung eine dauernde Loslösung des veräußerten Gegenstandes als solchen von dem Grundstücke zum Ziele haben muß. Denn ist etwas zwar veräußert, aber ohne Beziehung auf diese Veräußerung aus anderem Anlaß entfernt, so ist es nicht „veräußert und entfernt", und eine Fortschaffung, die nur einstweilen zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt, kann nicht als eine Entfernung mit Rücksicht auf eine Veräußerung angesehen werden. Wenn daher Zubehör eines Grundstücks (Hotelinventar), das ohne Zustimmung des Hypothekengläubigers veräußert und leihweise im Besitze des früheren Eigentümers verblieben ist, demnächst auf Antrag des Käufers durch einstweilige Verfügung vom Grundstück entfernt und von einem Gerichtsvollzieher in Verwahrung genommen wird, so liegt darin keine das Hypothekenrecht aufhebende „Entfernung" im Sinne des § 1121 BGB.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 664. Die Ansicht, der Eigentümer des Grundstücks sei nach § 1121 BGB. den Hypothekengläubigern gegenüber zur beliebigen Verfügung über die Bestandteile berechtigt, solange eine Beschlagnahme zu ihren Gunsten noch nicht erfolgt sei, ist rechtsirrig. Die angegebene Bestimmung gewährt dem Eigentümer keineswegs ein solches Recht. Die Hypothek erstreckt sich auch auf die wesentlichen Bestandteile des Grundstücks, und auch vor der Beschlagnahme hat der Hypothekengläubiger — wie die §§ 1134, 1135 ergeben — einen Anspruch gegen den Eigentümer wie gegen jeden Dritten auf Unterlassung von Einwirkungen, die eine die Sicherheit der Hypotheken gefährdende Verschlechterung des Grundstücks

befürchten lassen. Der § 1121 bestimmt nur, daß Bestandteile usw. von jener Haftung frei werden, wenn sie vor der Beschlagnahme veräußert und vom Grundstück entfernt worden sind. Das betrifft nur die dingliche Seite und berührt die Frage nicht, ob der in der Veräußerung und Entfernung der Bestandteile liegende Eingriff, der nach § 1121 das dingliche Recht des Hypothekengläubigers an den Bestandteilen zum Erlöschen bringt, ein widerrechtlicher und ein schuldhafter ist. Ist dies zu bejahen, so ist die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB. gegeben. Widerrechtlich ist aber — wie auch § 1122 ergibt — ein Eingriff jener Art dann, wenn durch die Entfernung der Bestandteile der wirtschaftliche Bestand des Grundstücks ganz oder teilweise zerstört wird, wenn also die Entfernung den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaftsführung zuwiderläuft.

3. SeuffA. **66** 323 (Braunschweig). Das BGB. versteht nach der weitaus herrschenden Meinung unter der Veräußerung nur Übereignung, nicht auch den Verzicht auf die Rechte aus einem unter Eigentumsvorbehalt erfolgten Erwerbe.

4. SeuffA. **66** 322 (Braunschweig). Die Hypothekengläubiger haben keinen Anspruch auf Rücklieferung gegen den Lieferanten, dem der Gebäudeeigentümer die unter Eigentumsvorbehalt eingebauten Türen zurückgegeben hat.

§ 1125. SchlHolstAnz. **11** 169 (Kiel). Die Bestimmung des § 1125 BGB., durch welche die Aufrechnung gegen eine Mietforderung für eine bestimmte Zeit ausgeschlossen wird, ist nicht auf die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts anzuwenden.

§ 1127. 1. **RG. 76** 116. Die „Beschlagnahme zugunsten des Hypothekengläubigers", die nach Ablauf des zweiten Kalendervierteljahrs Verfügungen mit Einschluß der Personalpfändungen unwirksam macht, kann nach dem geltenden Rechte nicht mehr im Wege der Zwangsversteigerung (§ 21 Abs. 2 ZVG.), sondern nur im Wege der Zwangsverwaltung (§ 148 Abs. 1 ZVG.) erfolgen. Diese Beschlagnahme verschafft kein Vorrecht, sondern hat Verteilung nach der gesetzlichen Rangordnung zur Folge (§ 155 ZVG.). Aber auch im Wege der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, also namentlich durch Pfändung der Miet- und Pachtzinsforderungen, kann nach der herrschenden Meinung der Hypothekengläubiger jene Beschlagnahme erreichen. Zu einer solchen Beschlagnahme genügt aber ein persönlicher Schuldtitel nicht, es ist vielmehr ein dinglicher erforderlich.

2. Die Entscheidung des **RG.** in JDR. **9** zu § 1127 Ziff. 1 jetzt auch **RG. 74** 106.

3. Über teilweises Erlöschen der Haftung vgl. unten § 90 Ziff. 6 ZVG.

§ 1130. Josef, SeuffBl. **11** 715. Ist der Versicherer nach den Versicherungsbedingungen nur verpflichtet, die Versicherungssumme zum Wiederaufbaue des versicherten Gebäudes zu zahlen, so kann der Hypothekengläubiger vermöge seines dinglichen Rechtes vom Versicherer nur verlangen, daß dieser das Geld dem Versicherungsnehmer zum Zwecke des Wiederaufbaues zahle, und auch dies nur, wenn diese bestimmungsmäßige Verwendung des Geldes als gesichert zu erachten ist (§ 1130 BGB., § 97 VVG.). Diese Voraussetzung ist keinesfalls gegeben, wenn der Versicherungsnehmer den Wiederaufbau verweigert. Eine solche Weigerung verändert nicht die Rechtslage des Versicherers; sie verpflichtet ihn insbesondere nicht dazu, die Versicherungssumme an die Hypothekengläubiger auf deren Forderungen auszuzahlen, und bewirkt auch nicht eine Leistungsfreiheit des Versicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer im Sinne des § 101 VVG. Sofern sich aber die Weigerung des Versicherungsnehmers (Eigentümers) als eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Einwirkung auf das Grundstück darstellt, ist nach § 1134 BGB. die Zwangsverwaltung gerechtfertigt, so daß der Zwangsverwalter an Stelle des Versicherungsnehmers das Geld vom Versicherer zu verlangen berechtigt ist.

In diesem Falle ist die bestimmungsmäßige Verwendung des Geldes schlechthin als gesichert anzusehen.

§ 1131. Gundlach, JW. **11** 204. Es entsteht die Frage, in welcher Weise die Erstreckung der Hypotheken des Stammgrundstücks auf den zugeschriebenen Bestandteil sich vollzieht. Es besteht die Ansicht, daß die sich erstreckenden Hypotheken auf dem zugeschriebenen Bestandteil untereinander gleichen Rang haben. ... Diese Ansicht kann jedoch unmöglich richtig sein. Wäre sie es, so würde damit gegen die Vorschriften der §§ 1114 BGB. und 6 GBO. verstoßen. Denn danach kann ein Grundstücksteil nicht anders belastet sein als das Stammgrundstück. Die einzige Ausnahme bildet eben nur der Satz 2 des § 1131. Wäre der Gesetzgeber der Ansicht gewesen, daß die Hypotheken des Stammgrundstücks, welche untereinander verschiedenen Rang haben, auf dem zugeschriebenen Grundstücksbestandteile gleichen Rang haben sollen, so müßte verlangt werden, daß er diese Ansicht als Ausnahme besonders zum Ausdrucke gebracht hätte. Dies ist nicht geschehen. Infolgedessen muß notwendigerweise angenommen werden, daß die Erstreckung der Hypothekenbelastung mit dem bisherigen Range erfolgt.

§ 1132. 1. RJA. **11** 127, KGJ. **40** A 299, SeuffBl. **11** 673 (KG.). Die Gesamthypothek ist eine einheitliche Hypothek mit gleichartiger Belastung der mehreren Grundstücke für eine und dieselbe Forderung. Die Einheitlichkeit des Hypothekenrechts erfordert einen einheitlichen Inhalt der Belastung der sämtlichen verpfändeten Grundstücke. Wie es daher nicht zulässig ist, das eine der mitverhafteten Grundstücke mit einer Sicherungs-, das andere mit einer Verkehrshypothek oder das eine Grundstück mit einer Brief-, das andere mit einer Buchhypothek zu belasten, so ist es auch mit dem Wesen der Gesamthypothek unvereinbar, die Zahlungs- und Kündigungsbedingungen der Hypothekenforderung für die mehreren verhafteten Grundstücke verschieden zu gestalten. Die nämliche Hypothek kann nicht nach dem Inhalte des einen Grundbuchblatts bis zum Jahre 1911 unkündbar und bei nicht pünktlicher Zinszahlung erst nach vorgängiger Kündigung fällig sein, nach dem des anderen bis zum Jahre 1914 unkündbar und bei nicht pünktlicher Zinszahlung ohne Kündigung fällig sein. Das KG. hat allerdings in einem früheren Beschluß (KGJ. **21** A 168, JDR. **1** zu § 1132 Ziff. 2) es für statthaft erklärt, den Zinsfuß nur für eines der mehreren Grundstücke zu erhöhen oder zu ermäßigen. Diese Ansicht steht aber mit der hier vertretenen Auffassung nicht im Widerspruche. Denn während es sich dort nur um eine Änderung des Umfanges der Gesamtbelastung handele, steht hier die verschiedene Gestaltung des Inhalts der Belastung in Frage. Während es also zulässig ist, daß die Gesamtbelastung auf dem einen Grundstücke weiter geht als auf dem anderen, muß, soweit der Umfang der Belastung auf beiden Grundstücken sich deckt, die Gesamtbelastung ihrem Inhalte nach einheitlich gestaltet sein.

2. a) **RG.** JW. **12** 38. Die Annahme, unzulässig sei die Bestellung einer Gesamthypothek in der Weise, daß das eine Grundstück mit einer Buchhypothek, das andere mit einer Briefhypothek belastet werde, welche der in Rechtslehre und Rechtsprechung herrschenden Ansicht entspricht (vgl. Planck, BGB. Anm. 4 Abs. 2 zu § 1132, Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht I Anm. 2 zu § 1132, Güthe, GBO. Vorbem. Anm. 38 z. 2. Abschn., Biermann, R. **05** 265, RGK. Anm. 3 zu § 1132, **RG. 70** 245 ff., JDR. **8** zu § 1132 Ziff. I 1), ist nicht rechtsirrtümlich. Die Unzulässigkeit einer derartigen Belastung ergibt sich schon daraus, daß sonst innerhalb der einheitlichen Gesamthypothek durchaus verschiedene Gesetzesvorschriften hinsichtlich der einzelnen belasteten Grundstücke Platz greifen müßten. Während der Gläubiger die Buchhypothek sofort mit der Einigung und Eintragung im Grundbuch erwirbt, erwirbt er die Briefhypothek erst, wenn ihm der Hypothekenbrief von dem Eigentümer des Grundstücks übergeben wird (§ 1117 BGB.). Wenn

bei einer Buchhypothek die Forderung durch ein weiteres Grundstück eines anderen Blattes gesichert werden solle, so kann das nicht durch eine neue selbständige Hypothek, sondern nur unter Mitverhaftung des weiteren Grundstücks, durch Erweiterung der bisherigen einfachen Hypothek zu einer Gesamthypothek geschehen. Diese Gesamthypothek bleibt, wie die bisher einfache Hypothek, Buchhypothek, sofern nicht gleichzeitig etwa der Eigentümer und der Gläubiger über die Umwandlung der Buchhypothek in eine Briefhypothek einig sind und dahingehende Anträge stellen. Daher ist mangels gegenteiliger Einigung von Eigentümer und Gläubiger als selbstverständlich anzusehen, daß die zu schaffende Gesamtbelastung auch nur als Buchhypothek gewollt und beantragt werde; deshalb bedarf es in einem solchen Falle nicht einer besonderen Ausschließung der Erteilung des Hypothekenbriefs. b) RheinA. **108** I 262 (LG. Saarbrücken). Eine Gesamthypothek kann nicht in der Art bestellt werden, daß das eine Grundstück mit einer Buchhypothek, das andere mit einer Briefhypothek belastet wird. Besteht zur Sicherheit einer Forderung auf einem Grundstück eine Buchhypothek, und verpfändet der Eigentümer für dieselbe Forderung noch weitere Grundstücke, so kann dies nur durch Umwandlung der Buchhypothek in eine Gesamthypothek unter Mitverhaftung der neuen Grundstücke geschehen, nicht aber durch eine neue, selbständige Hypothek. Diese Gesamthypothek bleibt, wie die bisherige einfache Hypothek, Buchhypothek, ohne daß es einer besonderen Ausschließung der Brieferteilung bedarf.

§ 1133. Schultzenstein, DJZ. **11** 1523. In einem Falle ist eine Gefährdung von Hypotheken möglich, für welchen es zweifelhaft ist, ob und wie gegen sie ein Schutz gewährt ist, nämlich in dem, daß auf das belastete Grundstück oder einen Teil davon ein öffentlicher Weg (Platz) oder ein Teil eines solchen gelegt wird. Das kann unter Erwerbung des Grundstücks oder Grundstücksteils durch den Wegeunterhaltungspflichtigen, aber auch so geschehen, daß an dem bisherigen Eigentumsrechte nichts geändert wird. ... Die Gefährdung ist ohne weiteres klar, wenn, wie oft geschieht, jene Verwendung ohne Übertragung des Eigentums erfolgt. Das bisherige Eigentumsrecht und die Hypotheken bestehen zwar an sich fort, auch wenn und soweit das mit den Hypotheken belastete Grundstück die Eigenschaft eines öffentlichen Weges erlangt, und sie haben ihren früheren wirtschaftlichen Wert wieder vollständig, sobald diese Eigenschaft aufhört. Allein bis dahin, und das ist tatsächlich meist für immer, sind sie mehr oder weniger wertlos. ... Durch kein besonderes Gesetz ist nun der Hypothekengläubiger in die Lage gebracht, eine derartige Gefährdung von sich abwenden zu können. Namentlich die §§ 1133—1135 BGB. bieten keine Hilfe. Bei ihnen ist an eine von seiten des Wegerechts kommende Gefährdung der Sicherheit, soweit aus ihren Materialien zu ersehen ist, gar nicht gedacht worden, und die durch sie gebotenen Schutzmittel passen dafür nicht.

§ 1134. 1. OLG. **23** 66 (KG.). Der dem Hypothekar im § 1134 BGB. gewährte Anspruch auf Beseitigung einer die Sicherheit seiner Hypothek gefährdenden Einwirkung auf das Grundstück betrifft weder die Sicherstellung einer noch ungesicherten Forderung, noch die Durchführung oder Aufhebung eines Pfandrechts. Im Gegenteil handelt es sich nur um den Schutz einer schon vorhandenen Sicherheit, eines seinem Bestehen nach unbestrittenen hypothekarischen Rechtes gegen die von außenher drohende Verminderung des Wertes des mit diesem Rechte belasteten Grundstücks.

2. PosMSchr. **11** 68 (Königsberg). Die Frage, ob auf eine gemäß § 1134 Abs. 2 BGB. durch einstweilige Verfügung angeordnete Zwangsverwaltung die Vorschriften des ZVG., also auch namentlich die Vorschriften über den Beitritt anzuwenden sind, ist allerdings streitig. Aber selbst diejenigen, die sich gegen eine unmittelbare Anwendung aussprechen, müssen die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit einer entsprechenden

Anwendung dieser Vorschriften zugeben (vgl. Grabner, GruchotsBeitr. **53** 673, v. Staudinger, BGB. § 1134 Anm. 4 a). Die herrschende Ansicht geht dahin, daß durch eine nach § 1134 Abs. 2 BGB. erlassene einstweilige Verfügung eine Zwangsverwaltung im Sinne der §§ 146 ff. ZVG. angeordnet werden kann (vgl. Jäckel-Güthe § 146 Anm. 1, Gaupp-Stein, ZPO. [8/9] § 938 Anm. I 1, RGR. § 1134 Anm. 6, **RG. 52** 140). Das OLG. hat sich dieser herrschenden Ansicht angeschlossen. S. JDR. **7** zu § 1134 Ziff. 1, **8** zu § 1134 Ziff. 4.

3. OLG. **23** 235 (Braunschweig). Die Ansicht, daß die Zwangsverwaltung nur beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 1134 BGB. zulässig, zur Sicherung der Vollstreckung in die Mietzinsen dagegen der Arrest ausreiche und deshalb nur er zulässig sei, wird mehrfach vertreten (Gaupp-Stein, Petersen zu § 938, v. Staudinger I 3b zu § 1123 BGB.). Der Arrest bringt aber den Nachteil mit sich, daß er für die Folge unwirksam wird, wenn ein anderer, besonders ein vorgehender Hypothekengläubiger, die Zwangsverwaltung und damit die Verteilung der Einkünfte nach der Rangordnung des § 10 Nr. 1—5 (§ 155 Abs. 2 ZVG.) herbeiführt. Zur Vermeidung unnötiger Kosten erscheint es deshalb für den Hypothekengläubiger geratener, die Zwangsverwaltung durch einstweilige Verfügung zu beantragen. Damit wird eine dem Gesetz entsprechende Verteilung der Mieteinnahmen erzielt.

§ 1137. RG. R. **11** Nr. 2158. Dem Besteller einer Hypothek für eine fremde Schuld steht die Einrede der Vorausklage nicht zu.

§ 1138. 1. **RG.** R. **11** Nr. 514. Auch bei voller Kenntnis des Einredetatbestandes, insbesondere einer Aufrechnungserklärung, kann guter Glaube infolge Rechtsirrtums vorliegen.

2. **RG.** WarnE. **4** 298. Der § 1138 BGB. gilt nur für die Hypothek, nicht auch für das persönliche Schuldverhältnis (vgl. RGK. § 1138 A. 1).

§ 1141. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 670, BayRpflZ. **11** 185. Die Kündigung ist zwar eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, aber sie ist trotzdem nicht widerruflich, denn sie ist für beide Teile von rechtlicher Wirksamkeit, und diese Wirkungen, einmal eingetreten, dauern für die Gestaltung des Rechtsverhältnisses bis zur Aufhebung mit beiderseitigem Willen fort. Die Kündigung wirkt daher nicht nur gegen den Gekündigten, sondern auch gegen den Kündigenden selbst (GruchotsBeitr. **26** 694). Kann sich aber der Gekündigte auf die durch die Kündigung hervorgerufene Fälligkeit berufen, so braucht er sich eine einseitige Zurücknahme nicht gefallen zu lassen.

2. **RG.** WarnE. **4** 273, SchlHolstAnz. **11** 153. Wenn auch die Kündigung an sich ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, so ist doch der tätsächlich erfolgten Kündigung nicht deshalb die dingliche Wirkung abzusprechen, weil der das Zahlungsverlangen entgegennehmende Eigentümer sich mit ihr einverstanden erklärt. Denn die Fälligkeit ist alsdann nicht bloß durch einseitige Erklärung, sondern durch übereinstimmende Abrede des Gläubigers und des auch persönlich haftenden Eigentümers herbeigeführt. Dabei kann es nach der Rechtsstellung des Eigentümers auch keinen Unterschied machen, daß durch die Abrede ein Fälligkeitstermin festgesetzt ist, zu dem nach den eingetragenen Bedingungen der Gläubiger wider den Willen des Eigentümers Zahlung aus dem Grundstücke nicht würde fordern können. Eine abweichende Auffassung, die trotz der erklärten Zustimmung dem Rechtsnachfolger des Zustimmenden gestatten würde, nachträglich die Kündigung als verfrüht zurückzuweisen, würde insbesondere in Fällen, wo die Abreden zur Behebung von Meinungsverschiedenheiten getroffen wurden, zu unannehmbaren Ergebnissen führen.

3. **RG.** WarnE. **4** 273, SchlHolstAnz. **11** 153. Während Abreden, die eine für die Zukunft getroffene Neuregelung der eingetragenen Kündigungsfristen enthalten,

des Eintrags in das Grundbuch bedürfen, wirkt, wie allgemein anerkannt wird, die in einzelnen Fällen tatsächlich ausgesprochene Kündigung, die überhaupt nicht in das Grundbuch einzutragen ist, ohne weiteres auch gegenüber einem gutgläubigen Erwerber des Grundstücks. Nach Lage der Gesetzgebung läuft ein solcher, da er aus dem Grundbuche nur die für Kündigung im voraus festgelegten Bedingungen, nicht aber die Tatsache einer bereits erfolgten Kündigung ersehen kann, stets die Gefahr, daß eine das erworbene Grundstück belastende Hypothek bereits rechtswirksam gekündigt ist.

§ 1142. 1. DJZ. **11** 288 (Oldenburg). Der Grundstückseigentümer ist zur Aufrechnung gegenüber einer Hypothek oder Grundschuld auch dann berechtigt, wenn diese einer Konkursmasse zusteht.

2. Fuld aaO. 34. § 1142 schafft ein Recht, das dem „Eigentümer", dem aus dem Eigentum am Grundstück Berechtigten, zusteht, das also nach § 7 KO. nur der Konkursverwalter geltend zu machen befugt ist. Befriedigt trotzdem der Gemeinschuldner den Hypothekengläubiger, so tritt die Rechtswirkung dieser Befriedigung, Entstehung einer Eigentümerhypothek, nicht in der Person des Gemeinschuldners als eines Dritten, sondern des Gemeinschuldners als Eigentümers ein und die Eigentümerhypothek gehört, wie das Eigentum selbst, zur Konkursmasse.

§ 1143. SeuffA. **66** 408 (Posen). Zu den im Falle der Bezahlung einer Hypothekenforderung durch den persönlich haftenden Eigentümer mit übergehenden Nebenrechten gehören nicht die Rechte aus Sicherungsübertragungen.

§ 1144. SächsOLG. **32** 240 (Dresden). Ein neuer Eigentümer kann mit der Zahlung nicht in Verzug geraten, solange ihm nicht die zwischen dem Gläubiger und dem Besteller einer Höchstbetragshypothek getroffene Feststellung über den Betrag der Forderung, sei es in der Form des Urteils oder des Vertrags, vorgelegt wird. ... Die Feststellung gehört daher zu den Urkunden, deren Aushändigung ein neuer Grundstückseigentümer nach § 1144 BGB. gegen Befriedigung des Hypothekengläubigers verlangen kann und die ihm auf sein Verlangen vorgelegt werden müssen, wenn er in Verzug kommen soll.

§ 1145. 1. **RG.** R. **11** Nr. 1563. Auch bei einer nur teilweise valutierten Hypothek ist der Hypothekengläubiger ausschließlich zum Besitze des Hypothekenbriefs berechtigt (**RG. 69** 36). Er kann allerdings genötigt werden, den Brief zur Berichtigung des Grundbuchs dem Grundbuchamte vorzulegen oder ihn zur Herstellung eines Teilgrundschuldbriefs herauszugeben.

2. OLG. **23** 213 (Hamburg). In Fällen, in denen es sich um einen Teil einer eingetragenen Hypothek handelt, ist die Übergabe des Briefes, welche nach § 830 ZPO. bei Pfändung der ganzen Hypothekenforderung erfolgen muß, als erforderlich und ausreichend anzusehen, sofern sie in der Absicht geschieht, gemäß § 1145 BGB. die Bildung eines Teilbriefs zu veranlassen.

§ 1149. Hoerner, ZBlFG. **11** 713. Die Annahme von Hirsch (Die Übertragung der Rechtsausübung), § 1149 BGB. schließe nicht aus, daß der Eigentümer schon vor der Fälligkeit der Hypothekenforderung sich obligatorisch binde, dem Pfandgläubiger nach Eintritt der Fälligkeit die Ermächtigung zur freihändigen Veräußerung des Grundstücks zu erteilen, ist unzutreffend. Wenn auch das Gesetz im Gegensatze zu dem Rechte, die Eigentumsübertragung (lex commissoria) zu „verlangen", von der Ermächtigung, die freihändige Veräußerung zu „bewirken", spricht, so hat doch der Gesetzgeber einen Unterschied zwischen den beiden Fällen nicht machen, vielmehr den obligatorischen Vertrag vor der Fälligkeit schlechtweg, mag er nun die Eigentumsübertragung oder die Veräußerungsermächtigung betreffen, für nichtig erklären wollen (Mot. III 680, 681).

§ 1150. 1. **RG.** WarnE. **4** 15, GruchotsBeitr. **55** 670, BayRpflZ. **11** 185. Die Voraussetzungen des § 1150 sind nicht erfüllt, wenn nur eine Mahnung an einen

nur persönlichen Schuldner oder nur eine persönliche nicht auch dingliche Klage vorliegt. Daß dagegen ein Miteigentümer zu dem Kreise der im § 268 BGB. genannten Personen gehört, kann nicht zweifelhaft sein.

2. Über Zahlung fremder Hypothekenzinsen vgl. unten Ziff. 9 zu § 10 ZVG.

§ 1151. 1. **RG.** WarnE. **4** 208. Alle Teile einer Hypothek haben — mit der sich aus dem § 12 ZVG. betreffs der Zinsen und Kosten ergebenden Maßgabe — denselben Rang, und soll bei der Tilgung der Hypothek ein Teil vor dem anderen den Vorrang haben, so bedeutet das, wie aus dem § 1151 hervorgeht, eine Rangänderung.

2. *Huth, DNotV. **11** 359. Die Teilung der Hypothek kann nicht Selbstzweck sein (vgl. § 1190 Ziff. III 1).

§ 1154. I. Die Abtretung künftiger Forderungen. **RG. 74** 416. In ständiger Rechtsprechung hat das RG. auch für das Recht des BGB. zwar die rechtliche Möglichkeit der Abtretung künftiger, noch nicht entstandener Forderungen vertreten (vgl. **RG. 55** 334, **58** 72, **67** 166), und nach der Begründung, die diese Ansicht gefunden hat, ist sie auch auf andere durch Abtretung übertragbare Rechte (§ 413 BGB.), insbesondere auf Hypotheken zu beziehen. Wirksam aber kann eine solche Abtretung erst mit der Entstehung des von ihr betroffenen Rechtes werden (vgl. **RG. 67** 166). Denn die Wirkung der Abtretung besteht in dem Übergange des abgetretenen Rechtes von dem alten auf den neuen Gläubiger, und dieser Übergang setzt das Bestehen des Rechtes, das übergehen soll, begriffsnotwendig voraus.

II. Die Abtretung des Zinsrechts. 1. **RG. 74** 78. Gewiß ist das Recht auf Zinsen ein akzessorisches Recht insofern, als es das Bestehen einer Haupt- (Kapital-) Forderung voraussetzt. Daraus folgt aber nicht, daß das Zinsrecht und das Hauptrecht nur in einer Hand sein können, sondern allein, daß das Zinsrecht auch dann, wenn es sich in anderer Hand befindet als das Hauptrecht, von dessen Fortbestehen abhängt und mit ihm erlischt. Die rechtliche Möglichkeit, daß ein anderer als der Gläubiger der Hauptforderung das Recht auf die Zinsen hat, ist beim Nießbrauch an einer verzinslichen Forderung (§ 1076 BGB.), bei der ehemännlichen und der elterlichen Nutznießung (§§ 1363, 1649 BGB.) anerkannt und im § 101 Nr. 2 BGB. vorausgesetzt. Der erste Satz des 2. Absatzes des § 1145 ergibt insbesondere die Möglichkeit, daß der Eigentümer die Hypothek in Ansehung künftiger Zinsen erwirbt, während die Hypothek im übrigen beim Gläubiger bleibt.

2. KGJ. **40** A 273 (KG.). Die Abtretung der Forderung hat den Übergang des Zinsrechts nicht notwendig zur Folge; der bisherige Gläubiger kann sich vielmehr den Zinsgenuß vorbehalten. Das Grundbuchamt kann daher eine zweifelsfreie Erklärung darüber verlangen, ob das Zinsrecht mit der Forderung abgetreten oder für den bisherigen Gläubiger vorbehalten ist.

3. KGJ. **40** A 275 (KG.). Wird eine Hypothek mit den Zinsen von einem bestimmten Tage ab an einen neuen Gläubiger mit der Maßgabe abgetreten, daß das Zinsrecht vom gleichen Tage ab einem Dritten auf dessen Lebenszeit zustehen soll, so kann darin die Bestellung eines Nießbrauchs an der Hypothek für den Dritten enthalten sein. Vom Zeitpunkte der Beendigung des Nießbrauchs ab steht alsdann das Zinsrecht ohne weiteres dem neuen Hypothekengläubiger oder dessen Rechtsnachfolgern zu.

III. Die Übergabe des Hypothekenbriefs. 1. KGJ. **40** A 278, OLG. **23** 311 (KG.). Wo es, wie im Falle einer dazwischenliegenden Konkurseröffnung, auf den Zeitpunkt der zur Abtretung einer Briefhypothek erforderlichen Übergabe des Hypothekenbriefs ankommt, kann dieser Zeitpunkt aus dem Datum der Abtretungserklärung auch in Verbindung mit dem gegenwärtigen Besitze des Hypothekenbriefs durch den Zessionar nicht entnommen werden.

2. **RG. 75** 121. Die ganz vorübergehende Innehabung des Hypothekenbriefs genügt nicht.

3. S. im übrigen die Bemerkungen zu § 1117 BGB.

IV. Wirkung der Abtretung. 1. **RG. 75** 245, JW. **11** 404. Mit der Teilabtretung oder der Ersetzung eines Teiles der Forderung durch die Forderung eines neuen Gläubigers hört die bis dahin einheitliche Hypothek als solche zu bestehen auf. An ihre Stelle treten die mehreren Teilhypotheken, die nunmehr je die gleiche rechtliche Selbständigkeit haben, wie sie vorher ihr eigen war. Es kann also nicht davon die Rede sein, daß in derartigen Fällen durch eine einheitliche Hypothek die Forderungen verschiedener, nicht in einer Rechtsgemeinschaft stehender Gläubiger gesichert würden.

2. SchlHolstAnz. **11** 329 (LG. Kiel). Der Zedent einer Hypothek gehört nach Eintragung der Abtretung im Grundbuche nicht mehr zu den Beteiligten im Sinne des § 9 ZVG.

V. Abtretung einer Buchhypothek. Josef, BayRpflZ. **11** 329. Der Erwerber einer Buchhypothek erlangt das Gläubigerrecht zwar erst durch die Eintragung; hat aber der Erwerber des Grundstücks sich dem Eigentümer gegenüber verpflichtet, die fällige Hypothek durch Befriedigung des bisherigen Gläubigers zu übernehmen, so ist er zur Zahlung des Hypothekenkapitals verpflichtet gegen bloße Aushändigung der Abtretungserklärung des bisherigen Gläubigers, vorausgesetzt, daß dessen Verfügungsrecht beachtenswerte Bedenken nicht entgegenstehen. Nach der Abtretung ist zwischen dem bisherigen Gläubiger und dem Erwerber die Rechtslage die gleiche wie bei einer Abtretung ohne Zutun des Eigentümers.

§ 1155. FrankfRundsch. **41** 208 (Frankfurt). Nur bei Überweisung der Hypothekenforderung an Zahlungsstatt vermag der Gläubiger sein Gläubigerrecht in einer dem § 1155 BGB. entsprechenden und zur Eintragung erforderlichen Art nachzuweisen.

§ 1157. Die Entsch. des RG. in JDR. **9** zu § 1157 Ziff. 2 jetzt auch **RG. 74** 213.

§ 1160. **RG.** JW. **11** 327. Die Vorlegung des Briefes gehört — auch im Urkundenprozesse — nicht zur Begründung der Klage, insbesondere der Aktivlegitimation des im Grundbuch als Gläubiger der Grundschuld eingetragenen Klägers, sondern ist nach §§ 1160 Abs. 1, 1192 BGB. nur erforderlich, wenn der Grundstückseigentümer der Geltendmachung der Grundschuld deshalb widerspricht, weil der Brief nicht vorgelegt ist, wenn er also die Vorlegung verlangt (**RG. 55** 226, JDR. **2** zu §§ 1160, 1161).

§ 1163. I. Das Wesen der Eigentümerhypothek. Fuld, Die Eigentümerhypothek im Konkurse 9. Es ist nicht eine dingliche Belastung, die der Eigentümer mit der Eigentümerhypothek erlangt: er erlangt vielmehr die ganz unbeschränkte, umfassende Verfügungsgewalt des Eigentümers zurück. Aber er erlangt sie in einer besonderen Form: die frühere Belastung geht nicht wieder unter im unbegrenzten Inhalte des Eigentumsrechts, sondern stellt sich dar als ein Ausschnitt desselben, als eine konkretisierte, formalisierte Eigentumsbefugnis. Dies ist die Präzisierung der Auffassung, die die Protokolle mit dem Gedanken ausdrücken, daß in jeder Bestellung einer Grundkreditbelastung zugleich die Bestellung einer Eigentümergrundschuld enthalten sei. S. JDR. **4** zu § 1163 Ziff. 1, **5** zu § 1163 Ziff. I, **6** zu § 1163 Ziff. I, **7** zu § 1163 Ziff. I, **8** zu § 1163 Ziff. I, **9** zu § 1163 Ziff. I.

II. Nichtentstehung der Eigentümerhypothek im Falle des Fehlens der Einigung. SächsRpflA. **11** 128 (Dresden). Ist die Eintragung einer Hypothek infolge Fehlens der Einigung nichtig, so entsteht auch keine Eigentümergrundschuld. S. JDR. **5** zu § 1163 Ziff. II, **8** zu § 1163 Ziff. III.

III. Die einzelnen Fälle der Eigentümerhypothek. 1. Der Fall der Nichtentstehung der Forderung. **RG.** R. **11** Nr. 1944. Bei einer nicht zum vollen Betrage valutierten Verkehrshypothek wird nicht schon durch den Zuschlag des Grundstücks in der Zwangsversteigerung der Erwerb von weiteren Forderungen seitens des Hypothekengläubigers, wegen deren er eine Befriedigung aus dem Grundstück oder dem Versteigerungserlöse beanspruchen kann, ausgeschlossen; die äußerste zeitliche Grenze für den weiteren Erwerb solcher Forderungen ist der Kaufgeldverteilungstermin. . . . Für den Fall der sog. Höchstbetragshypothek hat dies der erkennende Senat bereits wiederholt ausgesprochen (vgl. **RG. 51** 118 ff., **55** 222); das gleiche muß aber auch für den Fall der nicht zum vollen Betrage valutierten gewöhnlichen Verkehrshypothek gelten.

2. Der Fall des Erlöschens der Forderung. a) **RG.** Bay. RpflZ. **11** 402. Wenn der Hypothekenschuldner mit einem Dritten vereinbart, daß eine auf die Hypothek geleistete Zahlung als nicht geschehen gelten soll, so wird hierdurch nicht die Hypothekenforderung „wieder hergestellt“. Denn im Falle der Wirksamkeit der Zahlung war die Forderung endgültig erloschen (vgl. § 362 BGB.), und die Hypothek war als Eigentümergrundschuld auf den Eigentümer übergegangen (§§ 1163, 1177 BGB.); zur Herstellung eines dem früheren gleichen Zustandes hätte es also noch anderer Maßnahmen bedurft (vgl. §§ 1154, 1198 BGB.). Aber die Vereinbarung hatte, auch wenn die Vertragschließenden einen so weitgehenden Erfolg beabsichtigt haben sollten, mindestens die Wirkung (vgl. § 140 BGB.), daß der Eigentümer verpflichtet wurde, sich von dem Dritten so behandeln zu lassen, wie wenn die Zahlung und das dadurch herbeigeführte Erlöschen des Schuldverhältnisses nicht erfolgt wäre. **b**) Strohal, JheringsJ. **23** 149 (170). Für die Beurteilung der Frage, wem das Recht auf die Befriedigung aus dem Erlöse zukommt, muß es gleichgültig sein, ob das Erlöschen der Forderung des Hypothekengläubigers noch vor dem Zuschlag oder nach diesem eingetreten ist.

3. Der Fall des § 868 ZPO. **RG.** ZBlFG. **11** 744. Zwar können Eintragungen für nicht bestehende Forderungen nachträglich, wenn die Forderung entsteht, nach Maßgabe des § 185 BGB. als Hypotheken Rechtswirksamkeit erlangen (**RG. 54** 362, ZBlFG. **10** 33), es muß dann aber der Schuldner noch in der Lage sein, über die Hypothekenstelle verfügen zu können. Dies ist aber im Falle der Eintragung einer Zwangshypothek nach dem Übergange des Grundstücks in die Hand einer Person, die zu dem Gläubiger in keiner Rechtsbeziehung steht, nicht der Fall. Auf die Eigentümergrundschuld, die durch die unzulässige Zwangseintragung entstanden war, hatte nach der Veräußerung des Grundstücks nicht mehr der frühere Eigentümer, sondern nach der Sonderbestimmung des § 868 ZPO. der neue Eigentümer Anspruch.

IV. Der Fall der Amortisationshypothek. S. JDR. **4** zu § 1163 Ziff. 3, **5** zu § 1163 Ziff. IV, **6** zu § 1163 Ziff. V, **9** zu § 1163 Ziff. III. 1. **RG.** R. **11** Nr. 3823. Der Amortisationsfonds einer pommerschen Pfandbriefhypothek kann vertraglich dem Veräußerer zugesichert werden. Wenn bei einer Amortisationshypothek nach den Satzungen des Kreditinstituts der Tilgungsbestand einen Bestandteil des Gutes bildet, der mit diesem ohne weiteres auf jeden Erwerber des Gutes übergeht, und ohne dieses weder abgetreten noch sonst Gegenstand einer Verfügung des Gutsbesitzers sein kann, so hindert dies nicht eine Abrede des Veräußerers und Erwerbers dahin, daß der aufgesammelte Tilgungsbestand dem Veräußerer zugute kommen solle; ein solcher Vorbehalt ist dahin zu verstehen, daß er den Erwerber obligatorisch verpflichtet, als Entgelt für die Überlassung des Gutes und seiner Bestandteile einschließlich des Tilgungsbestandes nicht nur den vereinbarten Kaufpreis, sondern noch einen dem Tilgungsbestande gleichkommenden Betrag zu zahlen.

2. **RG. 74** 401. Das Guthaben an dem bei der Landschaft angesammelten Tilgungsfonds hat, wenn es nach den dafür maßgebenden Bestimmungen ein mit dem Eigentum an dem beliehenen Grundstücke verbundenes Recht ist, als Bestandteil dieses Grundstücks zu gelten (§ 96 BGB.). Als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks ist aber ein solches Recht durch das BGB. (§ 96) nicht bezeichnet, und es würde deshalb vom Standpunkte des BGB. aus (§ 93) nichts entgegenstehen, das Guthaben durch rechtsgeschäftliche Verfügung anderen rechtlichen Schicksalen zu unterwerfen als das Grundstück. Das wird aber durch die auch in diesem Punkte maßgebenden, weil objektive Rechtsnormen enthaltenden, Vorschriften der ordnungsmäßig genehmigten und bekannt gemachten LandschaftsO. (§ 178 Ostpreußische LandschO.) verhindert. Durch diese Vorschriften ist das Guthaben jeder Trennung von dem Grundstück entzogen, geht vielmehr kraft zwingender Rechtsnorm mit dem Grundstück auf den neuen Eigentümer über.

3. PosMSchr. **11** 104 (Posen). Nach der Rechtsprechung des RG. über die rechtliche Natur der landschaftlichen Amortisation werden die Amortisationsbeträge bei der Posener Landschaft zu einem Tilgungsfonds angesammelt; der zahlende Eigentümer tilgt durch die Amortisationsrate nicht seine Hypothekenschuld, sondern er erwirbt nur einen Anspruch gegen die Landschaft, vermöge dessen er unter den satzungsmäßigen Voraussetzungen die Aufrechnung seines Guthabens mit der Kapitalschuld verlangen kann (§§ 33, 34 der neuen Satzung d. PosLandsch. vom 4. August 1896; **RG. 64** 212, JW. **93** 396 f., GruchotsBeitr. **32** 402). Diese Aufrechnung untersteht jetzt den Regeln der §§ 387 ff. BGB. Sie setzt also eine „Erklärung" gegenüber dem anderen Teile (§ 388) zu einer Zeit voraus, in der beide Teile „einander gleichartige Leistungen" schulden (§ 387). Solange die Aufrechnung nicht erfolgt ist, entsteht keine Eigentümergrundschuld, der bloße Anspruch auf Verrechnung kann sie nicht schaffen.

V. Die Pfändung der Eigentümerhypothek. S. JDR. **4** zu § 1163 Ziff. 6, **5** zu § 1163 Ziff. V, **6** zu § 1163 Ziff. IV, **7** zu § 1163 Ziff. III, **8** zu § 1163 Ziff. V, **9** zu § 1163 Ziff. IV. 1. Mayer, Die Pfändung von Eigentümerhypotheken. Die Pfändung der Eigentümerhypotheken richtet sich nach §§ 857 Abs. 6, 830 ZPO. (2 ff.). Statt Briefübergabe genügt das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1205 oder des § 1206 BGB. (31 f.). . . . Die Befugnis des Gerichtsvollziehers zur Wegnahme des Briefes bedarf keiner besonderen Begründung; sie ergibt sich aus § 830 ZPO. Ebenso sollte eigentlich auch kein Zweifel darüber bestehen, auf Grund welchen Titels die Vollstreckung erfolgt. Die Hypothekenpfändung ist eine Art der Vollstreckung wegen Geldforderungen. Vollstreckungstitel ist die auf Geldzahlung lautende Entscheidung. Statt dessen wird fast allgemein angenommen, der Pfändungsbeschluß stelle den Vollstreckungstitel dar, und deshalb müsse der Pfändungsbeschluß nach § 750 ZPO. vorher oder mindestens gleichzeitig zugestellt werden. Hierfür findet sich in der ZPO. kein Anhalt (33). . . . Befindet sich der Brief im Besitz eines Dritten, dem die Hypothek nicht, auch nicht teilweise, zusteht, so entspricht . . . die Auffassung, nach welcher der Pfändungsgläubiger auf Grund des Pfändungsbeschlusses betreffs der Eigentümerhypothek von dritten Besitzern des Briefes direkt dessen Herausgabe verlangen kann, mehr dem Geiste der ZPO. als die Ansicht, welche eine Pfändung und Überweisung des Herausgabeanspruchs für erfordert hält (36, 50). . . . Steht die Hypothek nur teilweise dem Eigentümer, zum anderen Teile aber dem Hypothekengläubiger zu, so stehen alle Rechte des Eigentümerhypothekars — Anspruch auf Teilung der Briefgemeinschaft, auf Berichtigung des Grundbuchs, auf Vorlegung des Briefes — dem Pfändungsgläubiger ohne Pfändung und Überweisung zu. (51) . . . Befindet sich der Brief in der Bureauverwahrung des Grundbuchamts, so legitimiert der Pfändungsbeschluß betreffs

der Eigentümerhypothek den Gläubiger dazu, bei dieser Behörde die Herausgabe des Briefes an sich zu beantragen. (52) . . . Falls der bisherige Hypothekengläubiger noch als Berechtigter eingetragen ist, muß die Hypothek zunächst auf den Eigentümer umgeschrieben werden (54).

2. Mayer aaO. 98. Geht man davon aus, daß Verfügungen über künftige Rechte als Vorausverfügungen möglich sind, so macht es keinen Unterschied, ob bereits ein Anwartschaftsrecht oder überhaupt noch kein Recht entstanden ist, denn verfügt wird über das Vollrecht für den Fall seiner Entstehung. Auf die Verfügungen über künftige Eigentümerhypotheken angewandt, heißt das: verfügt wird über die gegenwärtige Eigentümerhypothek unter der Rechtsbedingung ihrer Entstehung in der Person des Verfügenden. Da die Verfügung nur vorweggenommen ist, aber die gegenwärtige, die wirkliche Eigentümerhypothek betrifft, so bedarf sie auch der für Verfügungen über die gegenwärtige Eigentümerhypothek vorgeschriebenen Form. . . . (100). Die Möglichkeit der Pfändung scheitert daran, daß meist der zweite Vollstreckungsakt, Briefübergabe oder Grundbucheintrag, nicht durchführbar ist. Der Bucheintrag ist schlechthin niemals zu erreichen.

3. Güthe, SeuffBl. **11** 611. Im Falle der Pfändung einer Eigentümerhypothek ist von Bedeutung, zwischen dem Hauptanspruch und den Hilfsansprüchen, d. h. dem Berichtigungsanspruch und den die Briefübergabe betreffenden Ansprüchen zu unterscheiden. Die Pfändung des Hauptanspruchs ist für sich allein wirksam. Ob sie praktisch ohne die Pfändung der Hilfsansprüche oder eines von ihnen zum Ziele führt, hängt von der Lage des einzelnen Falles ab. Ist z. B. der Eigentümer bereits als Hypothekengläubiger eingetragen, so genügt, falls die Eigentümerhypothek eine Buchhypothek ist, die Pfändung des Hauptanspruchs. Die Pfändung eines Hilfsanspruchs oder sämtlicher Hilfsansprüche ist dagegen niemals für sich allein wirksam; durch eine solche Pfändung wird also ein Pfandrecht an der Eigentümerhypothek nicht begründet.

4. Fuld, Die Eigentümerhypothek im Konkurse, 15. Die Pfändung der zukünftigen Eigentümerhypothek (Hypothek für bedingte oder befristete Forderung: § 1113 Abs. 2 BGB., Sicherungshypothek: § 1184 BGB., Höchstbetragshypothek: § 1190 Abs. 1 BGB.) kann nur nach § 857 Abs. 1 ZPO. erfolgen, da die Eintragung zweier Berechtigter einem der obersten Prinzipien des Grundbuchrechts widerstreiten würde.

5. BreslauAK. **11** 50 (LG. Gleiwitz). Voraussetzung der Entstehung eines Pfandrechts an einer Eigentümergrundschuld ist, daß eine solche wirklich besteht. Dies ist auch Voraussetzung für die Eintragung der Pfändung. Die Eintragung der Pfändung einer künftigen, möglicherweise entstehenden Eigentümerhypothek ist unzulässig (vgl. **RG. 61** 374 ff.). Sobald daher die Eigentümergrundschuld nicht als solche im Grundbuch eingetragen ist und aus diesem Grunde ihr wirkliches Bestehen vermutet wird, muß dem Grundbuchrichter die Umwandlung der als Gläubigerhypothek eingetragenen Hypothek in eine Eigentümergrundschuld durch Urkunden nachgewiesen werden (vgl. KGJ. **28** A 137 ff.). Solange dieser Nachweis nicht geführt ist, ist die Eintragung der Pfändung unzulässig.

VI. Die Eigentümerhypothek im Konkurse. S. JDR. **6** zu § 1163 Ziff. VII. 1. Fuld aaO. 31. Was die Gründe der Entstehung einer Eigentümerhypothek nach der Konkurseröffnung anlangt, so sind sie im wesentlichen die gleichen wie die vor der Konkurseröffnung; nur eine Entstehung durch Eintragung einer Zwangshypothek und Eintritt der in §§ 868 Abs. 1 und 932 Abs. 2 ZPO. geforderten Voraussetzungen entfällt während der Dauer des Konkursverfahrens (KO. § 14 Abs. 1). Im übrigen ist auch hier die durch § 1163 BGB. gegebene Doppelteilung maßgebend. Die Hypothek fällt demnach in die Konkursmasse, indem sie der Eigentümer entweder „erwirbt": also durch Erlöschen der For-

derung (z. B. Befriedigung, Erlaß, Verzicht, Aufrechnung, § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB.), Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek (§§ 1168, 1175 BGB.), Nichteinwilligung des Konkursverwalters in die Schuldübernahme hinsichtlich der Hypothekenforderung (§§ 418, 1168 BGB.), Erhebung der Einrede seitens des Konkursverwalters aus § 1169 BGB., Erwirkung des Ausschlußurteils nach §§ 1170 f. und, falls die Zwangshypothek aus §§ 866, 932 Abs. 1 ZPO. schon vor der Konkurseröffnung eingetragen wurde, durch Wegfall der sie rechtfertigenden Voraussetzungen nach §§ 868, 932 Abs. 2 ZPO. Oder die Eigentümerhypothek entsteht und fällt der Masse zu dadurch, daß sie dem Eigentümer „zusteht": durch Nichtentstehung der Forderung (in den Fällen der eventuellen und künftigen Eigentümerhypothek: Hypothek mit bedingter Forderung, Sicherungshypothek [§ 1184 BGB.], Höchstbetragshypothek [§ 1190 BGB.]) nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. und dadurch, daß die Übergabe des Briefes bei Konkurseröffnung noch nicht vollzogen war (§ 1163 Abs. 2, verb. mit § 1117 Abs. 1 BGB.), es sei denn, daß eine Vereinbarung nach § 1117 Abs. 2 BGB. getroffen wurde (s. § 60 GBO.). In allen diesen Fällen ist natürlich auch die Entstehung von Eigentümerteilhypotheken nicht ausgeschlossen (§§ 1145, 1176 BGB.).

2. Fuld aaO. 79. Wird das Grundstück freigegeben, so erwirbt der Gemeinschuldner nur das Verfügungsrecht über das Eigentum am Grundstücke zurück, die Eigentümerhypothek bleibt Bestandteil der Konkursmasse; sie wird nicht etwa zur Gläubigerhypothek oder Gläubigergrundschuld; denn es wechselt nicht das Eigentum am Grundstücke, sondern nur dessen Ausübung.

3. Fuld aaO. 19. Die nach der Eröffnung des Konkurses entstandene Eigentümerhypothek bildet einen Bestandteil der Masse.

§ 1164. 1. Strohal, IheringsJ. **23** 149 (164). Tritt die Erlöschung der persönlichen Forderung erst nach dem Zuschlage ein, so ist § 1164 entsprechend anzuwenden, so daß auf den persönlichen Schuldner, auf dessen Kosten der Gläubiger befriedigt worden ist, zwar nicht die nicht mehr bestehende Hypothek des befriedigten Gläubigers, dafür aber dessen Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös übergeht.

2. Die Entsch. JDR. **9** zu § 1164 Ziff. 1 auch SeuffA. **66** 300.

§ 1166. 1. **RG.** WarnE. **4** 315. Wenn der persönliche Schuldner selbst Hypothekengläubiger ist und als solcher von dem Versteigerungstermine Kenntnis erlangt hat, so unterbricht diese Kenntnis den ursächlichen Zusammenhang und beseitigt die Anwendbarkeit des § 1166 BGB. (Prot. III 613; **RG. 54** 372).

2. Über Kenntnis vom Termin ohne besondere Mitteilung vgl. unten zu § 41 ZVG.

§ 1168. 1. Strohal, IheringsJ. **59** 149 (176). Ist infolge des Zuschlags an die Stelle der Hypothek oder Grundschuld das Recht auf Befriedigung aus dem Erlöse getreten, so kommt eine bücherliche Eintragung des Verzichts nicht mehr in Frage. Nichtsdestoweniger kann der Gläubiger auf sein jetziges Recht geradeso durch einseitiges Rechtsgeschäft verzichten, wie er früher auf die Hypothek oder Grundschuld verzichten konnte. Dies ist im § 118 ZVG. unzweideutig anerkannt. ... Dieser Verzicht muß denselben Personen rechtlich zustatten kommen, denen er zustatten kommen würde, wenn zur Zeit des Verzichts die Zwangsversteigerung noch nicht stattgefunden hätte, also regelmäßig dem bisherigen Eigentümer des Grundstücks.

2. Hirsch, NaumbAK. **11** 25. Das Recht zum Verzicht auf die Eigenhypothek (es wird zutreffend von Seckel, Festgabe für Koch S. 219 A. 4 [1903], und von Thur, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechtes I 195 ff. [1910] als ein Gestaltungsrecht bezeichnet) gehört zum Inhalte der Eigenhypothek. Es ist eine Befugnis der Eigenhypothek. Der Verzicht ist

eine Verfügung über die Eigenhypothek, denn er hat ihr Erlöschen zur Folge.... Die Pfändung des Rechtes zum Verzicht auf die Eigenhypothek führt dem Gläubiger aber nicht ein Objekt zu, aus dem er sich befriedigen könnte, sondern hätte nur die Zerstörung der Eigenhypothek und das Aufrücken der Hypothek des Pfändungsgläubigers zur Folge. Sie ist also auch nicht in dem weiten Rahmen einer Hilfspfändung zulässig.

3. Fuld, Eigentümerhypothek im Konkurse. Erfolgt Verzicht auf die Hypothek nach Konkurseröffnung, so gehört die Eigentümerhypothek zur Konkursmasse.

§ 1169. Strohal, IheringsJ. **59** 149 (191). Der der Vorschrift des § 1169 zugrunde liegende Gedanke läßt sich so ausdrücken: Das Recht des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Grundstücke kann nicht nur ipso jure, sondern auch ope exceptionis wegfallen. Dieser Gegensatz soll aber nach der Absicht des Gesetzes nicht überspannt werden. Erlischt die Forderung des hypothekarisch gesicherten Gläubigers, so geht die Hypothek von Rechts wegen auf ihn über. Steht dem Eigentümer gegenüber dem hypothekarischen Anspruche des Gläubigers dagegen nur eine peremptorische Einrede zu, so soll ihm auf einem kleinen Umwege derselbe Erfolg in der Weise vermittelt werden, daß er kraft seiner Einrede zwar nicht schon die Hypothek selbst erlangt, dafür aber doch eine dinglich gesicherte Anwartschaft auf sie, aus der ihm, sobald der Gläubiger den ihm obliegenden Verzicht geleistet hat und dessen Buchung erfolgt ist, der Erwerb der Hypothek selbst erwächst. Aus dieser rechtlichen Natur des Anspruchs des Eigentümers auf Verzicht ergibt sich, daß er in gleicher Weise wie der Grundbuchberichtigungsanspruch auch im Konkurse des Gläubigers und grundsätzlich auch gegenüber den Sondernachfolgern des Gläubigers durchsetzbar ist.

§ 1170. 1. Strohal, IheringsJ. **59** 149 (171). In den Fällen der §§ 1170, 1171 kann es vorkommen, daß das Ausschlußurteil erst ergeht, nachdem das Grundstück bereits zur Versteigerung gebracht und dem Ersteher zugeschlagen ist. Selbstverständlich ist, daß dann das (nicht in das geringste Gebot fallende) Recht des ausgeschlossenen Gläubigers auf Befriedigung aus dem Erlös in Wegfall kommt. Die Frage aber, wer jetzt an Stelle des Weggefallenen in das bezeichnete Recht eintritt, kann nur dahin beantwortet werden, daß es notwendig dieselbe Person sein muß, welche kraft des von Rechts wegen sich vollziehenden Überganges des Grundstücksrechts die Anwartschaft auf die Befriedigung aus dem Erlöse gehabt haben würde, wenn der Ausschluß des Gläubigers noch vor dem Zuschlag erfolgt wäre.

2. BreslauAK. **11** 21 (AG. Marklissa). Es erscheint nicht erforderlich, glaubhaft zu machen, daß das Recht innerhalb der zehnjährigen Frist seit der letzten Eintragung, die sich auf das Recht bezieht, nicht anerkannt worden ist.... Ferner ist der in dem Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB. § 1170 A. 1 ausgesprochenen Ansicht: „Nicht genügt Unbekanntheit des Aufenthaltsorts des seiner Person nach bekannten Gläubigers“ nicht beizutreten.

§ 1173. 1. SächsRpflA. **11** 319 (LG. Dresden). Die Anwendung des § 1173 Abs. 2, der übrigens gilt, gleichviel ob der zahlende Eigentümer auch persönlicher Schuldner ist oder nicht (§ 1143 Abs. 2), hat das anderweit begründete Bestehen eines Rückgriffrechts zur Voraussetzung. Die in dieser Hinsicht in Betracht kommenden Vorschriften des § 426 stellen aber ihrerseits schon neben die persönliche Rückgriffsforderung den Übergang der getilgten Forderung (Abs. 2), und dieser hat den Übergang auch der dinglichen Nebenrechte zur unmittelbaren Folge (§§ 412, 401). Danach enthält schon § 426 die erschöpfende Grundlage auch der dinglichen Rückgriffsrechte; und es kann sich nur fragen, ob dem § 1173 Abs. 2, der insoweit nur eine Wiederholung enthält, eine Einschränkung der dinglichen Sicherung für die übergegangenen Forderungen auf die Grundstücke gerade

der Rückgriffspflichtigen zu entnehmen ist. Das wird von Brinck (Bezahlung der Hypothekenforderung usw. 110) verneint.

2. SächsRpflA. **11** 319 (LG. Dresden). Der Ansicht, daß die Vorschriften des § 1173 Abs. 2 BGB. für einzelne rückständige Leistungen nicht gälten, weil sie als Bestandteile der gesetzlichen Regelung der Eigentümerrechte an Hypotheken (§§ 1164 ff., 1172 ff.) gemäß § 1178 BGB. von der Anwendung auf solche ausgenommen seien, ist nicht beizustimmen. Die Vorschriften, welche nur eine Regelung der Eigentümerhypothek enthalten sollen, zerfallen in der Tat in drei Gruppen. Den Inhalt vorhandener Eigentümerrechte betreffen § 1177, sowie Vorschriften wie § 1164 Abs. 1 Satz 2 teilweise, die die Regel des § 889 BGB. für den besonderen Fall der Eigentümerhypothek weiter ausbauen. Die Voraussetzungen für das zu ihrer Entstehung erforderliche Zusammentreffen von Hypothek und Eigentum betreffen Vorschriften wie § 1163. Daneben stehen aber Vorschriften über den Übergang von Hypothekenrechten überhaupt, die die allgemeinen Regeln über den Rechtsübergang ergänzen und unterschiedslos die Voraussetzung des Rechtserwerbes, gleichviel ob durch den Eigentümer oder andere, betreffen, oder sogar ausdrücklich Erwerb des Nichteigentümers voraussetzen; so § 1164 Abs. 1 Satz 1. Weshalb auch diese Regeln dem klaren Wortlaute zuwider von der Ausnahme des § 1178 betroffen sein sollen, ist nicht abzusehen. § 1173 Abs. 2 redet zunächst gerade nur von dem Erwerbe von Hypothekenrechten an einem fremden Grundstücke. Nur im zweiten Halbsatze wird die Verbindung einzelner so erworbener Hypothekenrechte mit einem nach Abs. 1 entstandenen Eigentümerrechte zu einer Gesamthypothek verfügt. Aus § 1178 folgt also für die Anwendbarkeit von § 1173 Abs. 2 nur so viel, daß die übergegangenen Rückgriffshypotheken an den fremden Grundstücken keine Gesamthypotheken mit einer Eigentümerhypothek am eigenen Grundstücke bilden können, wenn es sich lediglich um Rückstände handelt, weil es eben Rückstände in diesem Falle nicht gibt. Die Entstehung der dinglichen Rückgriffsrechte für sich wird dadurch nicht ausgeschlossen. Für sie gelten die allgemeinen Regeln des § 1158 über den Übergang von dinglichen Rückstandsrechten; diese betreffen aber nur den Vorgang des Überganges, stellen das Bestehen solcher Rechte nicht in Frage, setzen es vielmehr voraus.

3. a) **RG.** JW. **12** 39. Die Ansicht, daß § 1173 Abs. 1 BGB. über seinen Wortlaut hinaus auch auf den Fall auszudehnen sei, daß der Gesamthypothekengläubiger nachträglich das Eigentum eines der verhafteten Grundstücke, nicht aber die persönliche Schuld, überkommt, wird, wie es scheint, nur von Neumann in seiner Handausgabe Anm. 2 b zu § 1173 BGB. vertreten, im übrigen hat sie in der Rechtslehre allgemeine Ablehnung erfahren (vgl. Planck zu § 1173 BGB. Anm. 2 β aE., v. Staudinger das. Anm. I 2, Turnau-Förster das. Anm. 8 aE., Biermann das. Anm. 1, Fuchs, Grundbuchrecht, das. Anm. II 4 S. 556, Oberneck, Reichsgrundbuchrecht [4] II 330). Sie findet auch weder im Wortlaute des Gesetzes, noch in dessen Entstehungsgeschichte eine Stütze. Dies gilt auch dann, wenn lediglich, um die Anwendung des § 1173 Abs. 1 zu vermeiden, zuerst die Hypothek und dann erst das Eigentum erworben worden ist; eine Arglist, deren Vorhandensein vielleicht die Gleichstellung mit dem zahlenden Eigentümer rechtfertigen würde, kann darin nicht gefunden werden. **b)** SchlHolstAnz. **10** 337, SeuffA. **66** 272 (Kiel). Der im § 1173 Abs. 1 Satz 2 geregelte Fall liegt nicht vor, wenn der Gläubiger nachträglich das Eigentum an einem der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke erwirbt, ohne gleichzeitig persönlicher Schuldner der Forderung zu werden. Denn durch Übertragung des Gläubigerrechts auf den Eigentümer eines der haftenden Grundstücke erlischt die Hypothek an den übrigen nur, wenn jener Eigentümer auch persönlicher Schuldner war. **c)** Ebenso SchlHolstAnz. **11** 124 (Kiel).

4. FrankfRundsch. **41** 207 (Frankfurt). § 1173 BGB. kommt auch dann zur Anwendung, wenn bei ideellem Miteigentum an dem mit der Hypothek belasteten Grundstücke der eine Miteigentümer den Hypothekengläubiger befriedigt.

5. Strohal, JheringsJ. **59** 149 (165). Wie es, mit Rücksicht auf § 1181 Abs. 2, völlig gewiß ist, daß das Recht des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Erlös eines der ihm haftenden Grundstücke (jedoch mit der aus § 1182 sich ergebenden Abweichung) zugunsten der im Range Nachstehenden erlöschen muß, wenn der Gläubiger noch vor der Realisierung dieses Rechtes „aus einem der anderen Grundstücke" befriedigt wird, so läßt sich auch nicht bestreiten, daß das dem persönlichen Schuldner und gleichzeitigen Eigentümer eines der haftenden Grundstücke für den Fall der durch ihn erfolgenden Befriedigung des Gläubigers nach Maßgabe des § 1173 Abs. 2 zustehende Eintrittsrecht nicht einfach verloren gehen kann, wenn sich die bisherige Hypothek des Gläubigers am anderen Grundstücke bereits in ein Recht auf Befriedigung aus dessen Erlös verwandelt hatte. Der Eintrittsberechtigte tritt also dann, statt in die Hypothek, in das soeben bezeichnete Recht des befriedigten Gläubigers ein.

§ 1176. 1. **RG.** 9. 1. 11, GruchotsBeitr. **55** 1014, JW. **11** 277. Die Ausgestaltung, die eine Forderung und die ihren Gegenstand bildende Leistung durch die Vereinbarung erhält, daß die Leistung in gewissen zeitlich einander folgenden Teilleistungen zu erfolgen habe, betrifft die ganze Forderung und damit gleichmäßig alle ihre Teile. Daß sie durch eine Abtretung der Forderung nicht beseitigt oder verändert wird, folgt aus ihrem Wesen und daraus, daß die Abtretung den Inhalt der Leistung — von dem Wechsel in der Person des Leistungsempfängers abgesehen — nicht ändert und nach § 399 BGB. nicht ändern kann. Bei der Abtretung eines Teiles der Forderung besteht sie daher gleichmäßig bei dem abgetretenen und dem nicht abgetretenen Teile der Forderung weiter, und diese Gleichmäßigkeit kann bei unverändertem Leistungsinhalt ihren Ausdruck nur in einer dem Verhältnisse der Forderungsteile entsprechenden Teilung der Tilgungsbeträge finden. Der Umstand, daß bei der Teilabtretung den dem Gläubiger verbliebenen Teilhypotheken der Vorrang eingeräumt worden ist, berührt die erörterte Frage nicht; er kann namentlich nicht die Annahme begründen, daß die vereinbarten Tilgungsbeträge zunächst auf die im Range nachstehenden Teilhypotheken des Nebenintervenienten zu entrichten sind und waren. Denn weder aus dem gesetzgeberischen Grunde noch aus dem Inhalte des § 1176 ergibt sich der Satz: Die Tilgungsbeträge tilgen stets den „letzten Teil" der Hypothek. Die Unrichtigkeit der diesem Satze zugrunde liegenden Vorstellung, als hätten die verschiedenen Teile einer Hypothek verschiedenen Rang, erhellt aus dem § 1151. Alle Teile einer Hypothek haben vielmehr — mit der sich aus dem § 12 ZVG. betreffs der Zinsen und Kosten ergebenden Maßgabe — denselben Rang, und soll bei der Teilung der Hypothek ein Teil vor dem anderen den Vorrang haben, so bedeutet das, wie aus dem § 1151 hervorgeht, eine Rangänderung. Der § 1176 gibt sich denn auch nach Inhalt und Begründung nicht als eine Folgerung aus anderen Rechtssätzen, sondern als eine Sondervorschrift, die aus Billigkeitsgründen nachteilige Folgen, die sich aus dem Übergang eines Hypothekenteils auf den Eigentümer an und für sich für den Gläubiger ergeben würden, ausschließen soll.

2. SeuffA. **66** 325 (Dresden). Wenn nach § 1176 BGB. der Teil der Hypothek, der infolge Verzichts des Gläubigers auf den Grundstückseigentümer übergeht, nicht zum Nachteile des dem Gläubiger verbleibenden Teiles der Hypothek geltend gemacht werden kann, so beschränkt sich die damit verbundene Rangverschiebung auf den dem Gläubiger verbleibenden Teil der Hypothek und den Teil, auf den er verzichtet hat. Das Rangverhältnis der Hypothek zu anderen Hypotheken wird durch den teilweisen Verzicht in keiner Weise berührt.

§ 1177. Fuld, Die Eigentümerhypothek im Konkurse. Die Eigentümerhypothek hat ihrem Wesen nach in den beiden Fällen des § 1177 nichts mit der Grundschuld des § 1191 BGB. gemein. Sie ist keine Belastung des Grundstücks „zugunsten" des Eigentümers, sie ist nur ein formalisierter, konkretisierter Ausschnitt aus dem Eigentumsrechte. Diese Formalisierung des Eigentums bedeutet lediglich Anpassung an das Grundbuchprinzip; sie ist ohne materiellen Inhalt.

§ 1179. I. Zulässigkeit der Vormerkung. 1. FrankfRundsch. **41** 207 (Frankfurt). Die Vormerkung des § 1179 BGB. kann nicht nur bei ganzen Hypotheken, sondern auch bei Hypotheken anteilen eingetragen werden.

2. BadRpr. **11** 172 (LG. Karlsruhe). Die Eintragung der Vormerkung nach § 1179 BGB. ist unzulässig, wenn der zur Löschung verpflichtete Eigentümer das Grundstück einem anderen übereignet hat.

II. Eintragung und Löschung der Vormerkung. 1. **RG.** R. **11** Nr. 2575. Bei Feststellung des Inhalts einer Vormerkung aus § 1179 kann auf die in dem Hypothekeintragungsvermerk in Bezug genommene Schuldurkunde zurückgegriffen werden.

2. BayObLG. **12** 281, RJA. **11** 146 (BayObLG.). Die Vormerkung des § 1179 BGB. begründet kein mit einem Range ausgestattetes dingliches Recht, die Eintragung einer Rangbestimmung in das Grundbuch kommt daher in Ansehung der Vormerkung nicht in Frage.

3. RJA. **11** 73, ZBlFG. **12** 95 (BayObLG.). Das Grundbuchamt ist verpflichtet, die Vormerkung auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts zu löschen.

III. Wirkung der Vormerkung. 1. **RG.** WarnE. **4** 210. Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß eine Löschungsvormerkung auch den Fall der Nichtvalutierung der Hypothek mitumfassen und somit Wirksamkeit wie sonst eine Vormerkung (§§ 883, 888, 1179) auch gegenüber Verfügungen des Hypothekengläubigers, nicht bloß des Eigentümers haben kann (vgl. **RG.** JW. **08** 275 Nr. 11).

2. **RG.** WarnE. **4** 425. Gegenüber einer Löschungsvormerkung, die für den Fall der Nichtvalutierung eingetragen ist, kann sich der Erwerber der Hypothek, wie in **RG.** 26. 2. 08, JW. **08** 275 Nr. 11 näher ausgeführt ist, auf seinen guten Glauben selbst dann nicht berufen, wenn die Abtretung durch den eingetragenen Gläubiger vorgenommen wird (vgl. **RG.** 21. 12. 10 — unten Ziff. 5 — und vom 9. 1. 11 — oben Ziff. 1 —).

3. **RG.** R. **11** Nr. 2576. Die Löschungsvormerkung für den Fall der Nichtvalutierung einer vorgehenden Hypothek gibt dem aus ihr Berechtigten ein unmittelbares Klagerecht gegen den Zessionar des eingetragenen Hypothekengläubigers.

4. **RG.** R. **11** Nr. 2574. Ist für den Gläubiger einer Kaufpreisresthypothek eine Löschungsvormerkung für den Fall der Nichtvalutierung einer vorstehenden Baugeldhypothek eingetragen, so kann die Valutierung der Hypothek mit Wirksamkeit gegenüber dem aus der Vormerkung Berechtigten nur so erfolgen, wie sie zur Zeit der Eintragung der Vormerkung vorgesehen war.

5. **RG.** WarnE. **4** 137. Es kommt nicht darauf an, ob der Erwerber hinsichtlich des Bestehens der Vormerkung oder des durch sie gesicherten Anspruchs auf Löschung in gutem oder in bösem Glauben gewesen ist. Auch wenn der Erwerber zur Zeit des Erwerbes die Vormerkung nicht gekannt oder er geglaubt hätte, es sei eine Eigentümergrundschuld nicht entstanden und daher für den Kläger ein Anspruch auf Löschung nicht erwachsen, müßte er die Tatsache, daß die Vormerkung im Grundbuch eingetragen und der durch sie gesicherte Anspruch auf Löschung entstanden war, und demgemäß die Unwirksamkeit der Verfügung gegen sich gelten lassen.

6. **RG.** R. **11** Nr. 1003. Der Erwerber des mit einer Löschungsvormerkung

ausgestatteten Rechtes kann trotz guten Glaubens von der Löschungsvormerkung keinen anderen und keinen weitergehenden Gebrauch machen als sein Rechtsvorgänger.

IV. Die Wirkung eines Personenwechsels auf die Vormerkung. 1. Simeon, Die löschungspflichtige Eigentümergrundschuld, 20 ff. Die Frage: Kann das Löschungsrecht in andere Hand übergehen? beantwortet sich nach Schuldrecht. Eine Forderung kann auf einen neuen Gläubiger übertragen werden (§ 398 BGB.), es sei denn, daß die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist oder daß die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann. Ist das Löschungsrecht nicht mit einer bestimmten Hypothek oder Forderung verknüpft, so wird gegen die selbständige Übertragbarkeit des Löschungsanspruchs nichts einzuwenden sein, wenn nicht die Umstände des Falles erkennen lassen, daß die Übertragbarkeit nicht gewollt war. Ist das Löschungsrecht dagegen zur Verstärkung einer Forderung, insbesondere einer Hypothekenforderung gewährt, so wird es auch nur mit dem Hauptrechte zugleich abgetreten werden dürfen, weil sich sonst der Gegenstand der Leistung ändern würde. Denn das Maß, in welchem der Berechtigte von dem Löschungsanspruche zu seiner Befriedigung Gebrauch machen darf, hängt in diesem Falle von dem Inhalte des Hauptrechts ab. Es bedarf einer besonderen Abtretung des Löschungsanspruchs, wenn das Hauptrecht abgetreten wird, zu dessen Verstärkung er bestimmt ist. Er geht nicht schon von selbst mit über. Der § 401 BGB. bestimmt dies nur von Hypotheken, Pfandrechten und vertraglichen Bürgschaften. Auf andere Nebenrechte ist dieser Grundsatz nicht ohne weiteres auszudehnen. In der Literatur ist freilich die Ansicht vertreten worden, es könne das Löschungsrecht in der Art bedungen werden, daß es dem jeweiligen Gläubiger der Hypothek zustehe, deren Verstärkung das Löschungsrecht bezweckt. In Elsaß-Lothringen soll es allgemein üblich sein, das Löschungsrecht in dieser Weise zu bedingen (Wilhelm, ZBlFG. **5** 305 ff.). Dagegen bestehen aber erhebliche Bedenken. ... (26): Die Frage, ob der neue Eigentümer durch die Vormerkung gezwungen ist, eine ihm zufallende Eigentümergrundschuld auf Verlangen des Löschungsberechtigten löschen zu lassen, wird in der Literatur (Fuchs, Predari und Güthe) überwiegend bejaht und KGJ. **31** A 324 folgt anscheinend in der Annahme, daß die vorgemerkte Löschungspflicht den jeweiligen Eigentümer treffe. Als Begründung findet man eigentlich nur die Erwägung, daß der gesetzgeberische Zweck des Instituts sonst nicht erreicht würde. Aber einmal fragt es sich sehr, welchen Zweck der Gesetzgeber verfolgte. Aus der Entstehungsgeschichte ist zu entnehmen, daß ihm daran lag, eine Ausschaltung der Eigentümergrundschuld durch Parteiabrede möglichst zu erschweren. Und sodann: wenn wirklich der Zweck des Gesetzgebers bekannt ist, so ist damit noch lange nicht bewiesen, daß er den vorgestellten Zweck durch seine Regelung auch wirklich erreicht hat. Die Löschungspflicht des jeweiligen Eigentümers ist ein Unding, ein rundes Viereck. Wer sie behauptet, hat sich von der durch das Gesetz verworfenen Vorstellung, daß man die Eigentümergrundschuld dinglich wirksam ausschalten könnte, noch nicht befreit. Im Schuldrecht aber, dessen Bereich der Löschungsanspruch angehört, wie immer wieder zu betonen ist, gibt es keinen Anspruch, der sich gegen den jeweiligen Eigentümer einer Sache richtet. Vorhin war gegen das Gespenst eines „subjektiv-dinglichen Gläubigerrechts“ zu kämpfen. Hier wird nun gar eine „subjektiv-dingliche Schuldverpflichtung“ behauptet, deren Inhalt auf eine facere, auf eine Verzichtsverfügung, geht. Ein obligatorisches Recht solcher Art gibt es nicht. Hier kommt auch kein Vertrag zugunsten

Dritter zu Hilfe. Ein facere des jeweiligen Grundeigentümers ist nur als Inhalt einer Reallast denkbar. Um solche kann es sich aber nicht handeln, da diese eine Pflicht zu wiederkehrenden Leistungen voraussetzt. Es ist also zu dem Ergebnisse zu kommen: wenn erst der neue Eigentümer die Eigentümergrundschuld erwirbt, so trifft ihn die Löschungspflicht nicht. Denn obligatorische Verpflichtungen seines Vormanns gelten nicht für ihn. Die im Mietrechte bestehende Ausnahme (nach dem Satze: „Kauf bricht nicht Miete") läßt sich selbstverständlich auf den Löschungsanspruch nicht erstrecken. Die Löschungspflicht verliert also mit dem Eigentumswechsel ihren Inhalt. ... (28): Hat der bestellende Eigentümer die Eigentümergrundschuld erworben, so kann nach Eintritt eines neuen Eigentümers der Löschungsberechtigte seinen Löschungsanspruch nicht mehr ausüben. Gegen den neuen Eigentümer kann er es jedenfalls nicht, weil dem neuen Eigentümer die Eigentümerpost gar nicht zugefallen ist. Aber auch gegen den früheren Eigentümer hat er das Löschungsrecht nicht mehr. Denn der Fall, daß in dessen Hand Eigentum und Hypothek vereinigt sind, liegt gar nicht vor; der frühere Eigentümer hat zwar die Grundschuld, aber nicht auch das Grundstück. In der Hand dessen, der nicht Grundstückseigentümer ist, sondern nur früher einmal Grundstückseigentümer war, ist die unvalutierte Post aber gar keine Eigentümergrundschuld; sie ist vielmehr für ihn Gläubigergrundschuld. Auf die Gläubigergrundschuld des früheren Eigentümers bezieht sich aber § 1179, nicht und das BayObLG. hat zutreffend entschieden, daß eine auch die Löschung der künftigen Gläubigergrundschuld umfassende Vormerkung nicht eintragungsfähig wäre (KGJ. **25** A 337).

2. Voß, ZBlFG. **11** 717—733. (722): Die Ansicht Siméons, das Gesetz sage etwas anderes als es meine, es spreche von der Verpflichtung, „die Hypothek löschen zu lassen", wo es den Verzicht auf die künftige Eigentümergrundschuld im Auge habe, ist unrichtig. ... (723): Der Eigentümer soll sich nicht verpflichten, auf die künftig von ihm zu erwerbende Hypothek oder Eigentümergrundschuld zu verzichten, sondern er soll sich verpflichten, sie löschen zu lassen: offenbar aus dem Grunde, weil die künftige Eigentümergrundschuld nach dem Inhalte der zutreffenden Vereinbarung keinen wirtschaftlichen und rechtlichen Verfügungswert mehr für ihn haben soll. ... Der Eigentümer kann sich verpflichten, die künftige Eigentümerhypothek nach Vereinigung mit dem zu diesem Behufe von ihm festzuhaltenden Grundeigentum als unwirksam löschen zu lassen. Läßt man überhaupt den Grundsatz der Vertragsfreiheit gelten, dann darf man auch einem Vertrage dieses Inhalts die Anerkennung nicht versagen. Er hat nicht den Zweck, die Eigentümergrundschuld zwischen den Beteiligten als nicht bestehend auszuschließen. Vielmehr soll er den Verpflichteten verbinden, dem Berechtigten gegenüber jeglicher Verfügung über die Eigentümergrundschuld einschließlich des Verzichts sich zu enthalten, und er entzieht hiermit alsbald unwiderruflich der künftigen Eigentümergrundschuld die rechtliche Bedeutung, so daß sie zu einem der Löschung verfallenden Form- oder Buchrecht wird. Die Absicht der Beteiligten geht also nicht darauf hinaus, daß in der Zukunft, nach Entstehung der Eigentümerhypothek, eine Löschungsbewilligung mit der Wirkung des Verzichts erteilt werden soll. Vielmehr ist die Meinung die, daß schon in der Gegenwart, mit dem Abschlusse der Vereinbarung, zwischen den Vertragsparteien ein Rechtszustand hergestellt werden soll, der die künftige Löschung der Eigentümerhypothek zur unausbleiblichen Folge hat. Die Vereinbarung hat also die Wirkung der Löschungsbewilligung, auch ohne ausdrücklich als solche bezeichnet zu sein. Eine trotzdem für den zukünftigen Gebrauch hinzugefügte Löschungsbewilligung ist eine Förmlichkeit ohne wesentlichen Inhalt. ... (724): Die Vorschrift des § 1179 BGB. führt auf einem durch § 137 Satz 1 nicht verschlossenen Wege für jene Vereinbarung eine Drittwirkung ein. Sie eröffnet für sie die Möglichkeit der Vor-

merkung. Hiermit ist zur Anerkennung gebracht, daß die Vereinbarung außerhalb der Wirkung der Vormerkung nur schuldrechtliche Bedeutung hat. Aber es ist zugleich gesetzlich festgestellt, daß die Vormerkungswirkung sich auf den gesamten Inhalt der Löschungsabrede bezieht. Diese wird also nicht etwa so behandelt, als bestände ihr Wesen in einer Verpflichtung des Vormerkungsgegners zu künftiger Verfügung über die entstandene Eigentümergrundschuld, und als wäre nur um dieser Seite der Vereinbarung willen die Sicherung durch Vormerkung möglich. Eine derartige Behandlung würde dem Inhalte der getroffenen Löschungsvereinbarung widersprechen, sie würde etwas anderes sichern, als was nach dem Inhalte des Vertrags gesichert werden sollte. Hiermit zeigt sich aber, daß die Vormerkung aus § 1179 nicht bloß in dinglicher, sondern auch in schuldrechtlicher Beziehung den §§ 883 ff. gegenüber eine Ausnahmestellung einnimmt. ... Die Vormerkung der §§ 883 ff. BGB. dient der künftigen rechtsändernden Verfügung. Die Vormerkung des § 1179 hingegen dient zur Sicherung des Ausschlusses gegenwirkender rechtsändernder Verfügungen. (725): Abgesehen von dieser Besonderheit entsprechen die Vormerkungswirkungen denjenigen des § 888 BGB. Der neue Erwerber des Grundstücks hat der Löschung zuzustimmen, sobald die Hypothek sich mit dem zur Zeit ihrer Entstehung begründeten oder mit einem später erworbenen Eigentum in einer Person vereinigt. Und zwar dies nicht etwa aus dem Grunde, weil er, der neue Eigentümer, unmittelbar, oder durch Vermittelung von Zwischeneigentümern in die von dem Vormerkungsgegner übernommene Verpflichtung schuldmäßig eintritt, sondern vielmehr aus dem Grunde, weil er in betreff der Löschungspflicht das Eigentum des persönlich Verpflichteten als fortdauernd gelten lassen muß. ... Gegenstand der Verpflichtung und der Vormerkung ist hiernach nicht die in ungewisser Zukunft liegende Möglichkeit der Verfügung über die Eigentümergrundschuld, sondern die gegenwärtige Möglichkeit ihres Erwerbes als Eventual- oder Anwartschaftsrecht. ... (726): Die Vormerkung des § 1179 dient also nicht, wie die Vormerkungen der §§ 883 ff., der dinglichen Sicherung eines künftigen Rechtserwerbes, sondern der dinglichen Befestigung eines durch schuldrechtliche Vereinbarung geschaffenen gegenwärtigen Sicherungszustandes.

3. Kretzschmar, ZBlFG. 11 716. In Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung ist der Vormerkung auch im Falle eines Wechsels im Eigentum am Grundstücke Wirksamkeit zuzuweisen. Man muß eben berücksichtigen, daß die Löschungsvormerkung des § 1179 eine Vormerkung eigener Art ist. Ihre Eigenart besteht gerade darin, daß der Anspruch, der durch sie geschützt werden soll, auch erst in der Person eines späteren Eigentümers entstehen kann. In einem solchen Falle ist denn auch der Löschungsantrag nicht gegen den Besteller der Vormerkung, sondern gegen denjenigen Eigentümer geltend zu machen, in dessen Person die Eigentümerhypothek zur Entstehung gelangt ist.

4. Predari, GruchotsBeitr. 55 697. Siméon bezeichnet die Löschungspflicht des jeweiligen Eigentümers als ein Unding, als ein rundes Viereck; eine subjektiv-dingliche Schuldverpflichtung gebe es nicht. Gleichwohl muß er die Reallast als solche gelten lassen. Der Gedanke einer Bindung des Sondernachfolgers im Eigentum ist also dem Gesetze nicht fremd. Er kehrt wieder beim dinglichen, für mehrere Verkaufsfälle bestellten Vorkaufsrechte (§§ 1097 ff. BGB.), und auch im Falle des § 1010 BGB. wirken eingetragene Abreden zwischen Miteigentümern über Verwaltung, Benutzung, Aufhebung des Miteigentums gegen den Sonderrechtsnachfolger des Miteigentümers. Freilich betrachtet das Gesetz derartige dingliche Verpflichtungen als Belastungen und spricht im § 1179 von einer Vormerkung. Allein diese Kennzeichnung wird doch kaum zugunsten einer den Zweck der Vorschrift vereitelnden Auslegung durchschlagen, wenn zugegeben

werden muß, daß die Vormerkung des § 1179 sich auch in anderer Beziehung von der Vormerkung des § 883 unterscheidet, sofern sie sich gegen ein möglichens, nicht gegen ein bestehendes Recht richtet, und daß dingliche, d. h. auch für den Sondernachfolger geltende Verpflichtungen keine rechtliche Unmöglichkeit sind. Die Vormerkung des § 1179 ist eben ein eigenartiges Rechtsgebilde, das als solches zu erfassen und für den Rechtsverkehr nutzbar zu machen ist.

5. Oberneck, JLBl. **11** 132. Die Frage, ob der Löschungsanspruch des § 1179 BGB. auch dann noch ausgeübt werden könne, wenn der Löschungspflichtige das Grundstück veräußert hat, mit anderen Worten, ob die vorgemerkte Löschungspflicht den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks trifft, ist im Gegensatze zu Siméon zu bejahen.

6. RheinA. **108** I 270 (LG. und OLG. Cöln). Im Zweifel ist als Wille der Beteiligten anzunehmen, daß der vorgemerkte Löschungsanspruch auch subjektiv-dinglich wirken soll.

V. 1. Siméon aaO. Über die Löschungsvormerkung in der Zwangsversteigerung s. 32 ff., im Konkurse 42 ff., im Falle der Anfechtung 48 ff.

2. Fuld, Eigentümerhypothek im Konkurse. Der von dem Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung erklärte Verzicht auf die zukünftige Eigentümerhypothek bindet den Konkursverwalter nicht, hat vielmehr der Masse gegenüber nur obligatorische Wirkung (anders **RG.** 1. 5. 06, DJZ. **07** 94 und 8. 2. 08, JW. **08** 200).

§ 1180. 1. FrankfRundsch. **41** 147 (Frankfurt). Über die rechtliche Beurteilung des Vorganges nach § 1180 BGB. herrscht Streit. Obwohl die Protokolle der zweiten Kommission (Prot. III 726) die Vorschrift ausdrücklich dahin erläutern, es handele sich hierbei darum, daß die Belastung geändert werde und die Hypothek einen anderen Inhalt erhalte im Gegensatze zur Übertragung einer hypothekarisch gesicherten Forderung, bei der ein Gläubiger an seine Stelle einen anderen setze, wird vielfach (vgl. Planck und v. Staudinger und weiter die dortigen Anführungen zu § 1180 Anm. 4) die Ansicht vertreten, daß eine unmittelbare Übertragung der Hypothek ohne die Forderung vorliege. Dem würde der Grundsatz des § 1153 Abs. 2 BGB. entgegenstehen, wonach Hypothek und Forderung nicht getrennt werden können. Es besteht kein Anlaß, von der rechtlichen Beurteilung der zweiten Kommission abzugehen; die nach Abs. 2 des § 1180 erforderliche Zustimmung des bisherigen Gläubigers ist als ein dem Eigentümer das Verfügungsrecht zuweisender Verzicht anzusehen. Voraussetzung für die Anwendung des § 1180 BGB. ist freilich, daß die zu übertragende Hypothek nicht zur Eigentümergrundschuld geworden ist, da § 1180 auf Grundschulden keine Anwendung findet (s. v. Staudinger § 1180 Anm. 4).

2. PosMSchr. **11** 70 (Königsberg). Die Anwendung des § 1180 ist auch so zulässig, daß an die Stelle der bisherigen Forderung des früheren Gläubigers gegen die Grundstückseigentümer die Forderung eines neuen Gläubigers gegen den bisherigen Gläubiger — also gegen einen Dritten (im Verhältnisse zum Grundstückseigentümer) — tritt.

3. PosMSchr. **11** 70 (Königsberg). § 1180 BGB. findet auch auf Sicherungshypotheken Anwendung (**RG. 60** 259, OLG. **3** 196, RJA. **7** 227, v. Staudinger, BGB. § 1180 Anm. 2 b, RGK. § 1180 Anm. 1 aE.).

4. Fuld, Die Eigentümerhypothek im Konkurse. Die Einigung zwischen dem Gläubiger und dem späteren Gemeinschuldner, daß eine Sicherheitshypothek dem eingetragenen Gläubiger für eine andere Forderung zur Sicherheit dienen soll, als wofür sie bestellt ist, bindet, falls ein Antrag nach § 878 noch nicht vorliegt, nicht den Konkursverwalter; der aus dieser Einigung Berechtigte ist lediglich Konkursgläubiger gemäß § 3 KO. Anders OLG. Jena, OLG. **5** 8.

§ 1181. **RG.** R. **11** Nr. 515. Einsteigern des Grundstücks unter dem angeblichen Werte stellt keine Befriedigung des Hypothekgläubigers dar.

§ 1182. FrankfRundsch. **41** 206 (Frankfurt). § 1182 BGB. bezieht sich allerdings zunächst nur auf den Fall, daß eine Gesamthypothek auf mehreren Grundstücken lastet, muß aber entsprechend auch für den Fall gelten, daß die Hypothek auf einem im Miteigentume nach Bruchteilen stehenden Grundstücke lastet, und daß einem Miteigentümer aus der vollen oder teilweisen Befriedigung des Gläubigers ein Ersatzanspruch erwächst.

§ 1183. 1. OLG. **23** 324 (Rostock). Löschung der für einen Offizier und seine demnächstigen Kinder bestellten Heiratskaution.

2. Fuld, Eigentümerhypothek im Konkurse. Die vom nachmaligen Gemeinschuldner erteilte Zustimmung bindet auch den Konkursverwalter; sie hat nicht bloß obligatorische Wirkung im Sinne des § 3 KO.

§ 1184. 1. **RG.** R. **11** Nr. 3092. Eine gewöhnliche Sicherungshypothek kann ebensowenig wie eine Verkehrshypothek in der Weise bestellt werden, daß von zwei Forderungen entweder die eine oder die andere gesichert sein soll; möglich ist aber die Vereinbarung, die als Sicherungshypothek begründete Hypothek solle nach innen, d. h. im Verhältnisse des Schuldners zum Gläubiger, die Funktion der Höchstbetragshypothek versehen, insbesondere im Falle der Nichtentstehung der zu sichernden Darlehnsforderung zugleich den sich dann ergebenden Bereicherungsanspruch des Gläubigers sichern.

2. **RG.** WarnE. **4** 211. Den Beweis der für den Bestand der Sicherungshypothek nach § 1184 BGB. maßgebenden Forderung hat der Gläubiger zu führen (GruchotsBeitr. **52** 1068/70; **30** 1027; V. 493. 09), und er kann sich nicht diesem Nachweise durch den bloßen Hinweis auf den vollstreckbaren Titel entziehen. Läge ein rechtskräftiges Urteil vor, so möchte dies angehen, da dieses als neuer Schuldgrund aufgefaßt werden kann. Anders aber liegt die Sache, wenn der vollstreckbare Schuldtitel lediglich in einer notariellen Urkunde besteht, der gegenüber Einreden unbeschränkt zulässig sind und bei der der „urkundliche" Nachweis der die Fälligkeit des Anspruchs begründenden Tatsachen erlassen ist. Dieser Erlaß mag, was dahingestellt bleiben kann, zulässig sein, er hat aber keinesfalls die Bedeutung, daß auch in einem durch die Zwangsvollstreckung veranlaßten Rechtsstreite der Gläubiger des Nachweises der Fälligkeit oder gar des Bestehens der Forderung überhoben ist.

3. **RG.** BayRpflZ. **11** 310. Die Bestellung einer Sicherungshypothek für eine fremde Schuld enthält nicht notwendig und allgemein die Übernahme einer Bürgschaft durch den Eigentümer. Es steht diesem deshalb die Einrede der Vorausklage nach § 771 BGB. nicht ohne weiteres zu.

4. PosMSchr. **11** 70 (Königsberg). Wenn zwar eine Forderung noch nicht vollwirksam zur Entstehung gelangt ist, aber noch entstehen kann, so besteht immerhin schon ein schwebendes dingliches Recht in gleicher Weise wie auch sonst bei Höchstbetragshypotheken, durch die ein fortlaufendes Rechtsverhältnis, z. B. ein eröffneter Kredit oder eine Geschäftsverbindung, gesichert werden soll (vgl. **RG. 51** 115, **55** 217, **61** 41, JW. **05** 434).

5. SächsOLG. **32** 415 (Dresden). Zur Sicherstellung einer Gemeinde wegen der für die Herstellung einer Straße usw. aufgewendeten Kosten kann an dem Grundstücke des Anbauenden eine Sicherungshypothek nicht bestellt werden, ... weil die Gemeinde durch die Bestellung einer Hypothek an dem Grundstücke, auf dem die öffentliche Last ruht, nur die ihr schon kraft der öffentlichen Last zustehende Befugnis erlangen würde, Befriedigung aus dem Grundstück im Wege der Zwangsvollstreckung zu suchen.

6. **RG.** BayRpflZ. **11** 362. Bestellung einer Sicherungshypothek durch den

gesetzlichen Vertreter auf seinem eigenen Grundstücke für ein von dem Minderjährigen aufzunehmendes Darlehen.

7. ElsLothJZ. **10** 157 (Colmar). Eintragung einer Sicherungshypothek auf nicht eingetragenes Stockwerkseigentum.

§ 1186. KGJ. **40** A 314, RJA. **11** 54, SeuffBl. **11** 281, ZBlFG. **12** 80 (KG.). Eine Arresthypothek kann in eine Zwangshypothek (§ 866 ZPO.) umgewandelt werden. Hierzu bedarf es der Vorlegung des die Eintragungsbewilligung des Eigentümers ersetzenden vollstreckbaren Schuldtitels und eines unbeglaubigten Antrags des Gläubigers.

§ 1189. SeuffA. **66** 274 (Dresden). Die Stellung eines Treuhänders im Sinne von § 1189 BGB. ist verschieden von derjenigen eines gemäß §§ 1, 14 SchuldverschrG. bestellten Vertreters der Gläubiger. Allerdings sind beide Personen Vertreter der Gläubiger; der Treuhänder steht aber zugleich in einem Rechtsverhältnisse zu dem Grundstückseigentümer (§ 1189 Abs. 2 BGB.), was bei dem gemäß § 14 SchuldverschrG. bestellten Vertreter nicht der Fall ist. Dementsprechend werden nach § 16 Abs. 1 dieses G. die Befugnisse und Verpflichtungen eines Treuhänders im Sinne des § 1189 BGB. durch die nach dem SchuldverschrG. vorgenommene Bestellung eines Vertreters nicht berührt. Auch die Bestellung der Vertreter vollzieht sich verschieden. Die Bestellung eines Treuhänders bei einer Hypothek der im § 1187 BGB. bezeichneten Art bildet einen Bestandteil des auf der Einigung des Eigentümers und des Gläubigers beruhenden dinglichen Rechtsverhältnisses und bedarf daher der Eintragung in das Grundbuch (§§ 873 Abs. 1, 1189 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Dagegen erfolgt die Bestellung eines Gläubigervertreters nach dem SchuldverschrG., auch wenn für die Forderung aus den Schuldverschreibungen eine Sicherungshypothek besteht, ohne Mitwirkung des Schuldners, durch einseitigen Beschluß der Gläubigerversammlung. Die Eintragung in das Grundbuch ist dazu nicht erforderlich; auch ohne sie steht aber nach § 17 Abs. 2 Satz 2 SchuldverschrG. der von der Gläubigerversammlung bestellte Vertreter auf Grund seiner Wahl einem gemäß § 1189 BGB. bestellten Treuhänder insofern gleich, als es zu Eintragungen bei der Hypothek, die von ihm innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht bewilligt werden, der im § 44 Abs. 1 GBO. vorgeschriebenen Vorlegung der Schuldverschreibungen nicht bedarf. Ist aber zur Bestellung eines Gläubigervertreters die Eintragung in das Grundbuch nicht erforderlich, so ist die Eintragung auch nicht zulässig.

§ 1190. I. Verhältnis der Höchstbetragshypothek zur gewöhnlichen Sicherungshypothek. KGJ. **40** A 314, SeuffBl. **11** 281, RJA. **11** 54, ZBlFG. **12** 80 (KG.). Aus den Vorschriften des BGB. geht zweifellos hervor, daß für die Höchstbetragshypothek, wenn sie auch eine Unterart der Sicherungshypothek ist (§ 1190 Abs. 3), sowohl hinsichtlich der Begründung wie hinsichtlich der Wirkungen zum Teil andere Bestimmungen gelten als für die gewöhnliche Sicherungshypothek. Was die Begründung des dinglichen Rechtes anbetrifft, so gelten zwar für beide Arten von Hypotheken die §§ 877, 1184 Abs. 1 und der § 1185 Abs. 1 BGB. Für die Höchstbetragshypothek ist aber noch eine Reihe von Sondervorschriften gegeben. So der § 1190 Abs. 1 Satz 1, wonach die Feststellung der Forderung vorzubehalten ist, während bei der gewöhnlichen Sicherungshypothek die Forderung als eine festbestimmte einzutragen ist (§§ 1113, 1184 Abs. 1), der § 1190 Abs. 1 Satz 2, der die Eintragung des Höchstbetrags an Stelle der bei der gewöhnlichen Sicherungshypothek einzutragenden bestimmten Geldsumme (§ 1113 Abs. 1) vorschreibt, der § 1190 Abs. 2, wonach die Zinsen in den Höchstbetrag einzurechnen sind, während bei der gewöhnlichen Sicherungshypothek der Zinssatz zu dem Geldbetrage der Forderung hinzuzufügen ist (§ 1115 Abs. 1) und der § 1190 Abs. 3, der im Gegensatze zu § 1184 Abs. 2 die Bezeichnung der Höchst-

betragshypothek als Sicherungshypothek im Grundbuche für entbehrlich erklärt. Was die Wirkungen anbetrifft, so sind zwar auch in dieser Beziehung Bestimmungen vorhanden, die für die Höchstbetragshypothek ebenso gelten wie für die gewöhnliche Sicherungshypothek, so insbesondere der § 1184 Abs. 1, der § 1185 Abs. 2 und der § 1186 BGB. Gerade hier aber tritt die Verschiedenheit der beiden Hypothekenarten besonders hervor. So ist nach § 1190 Abs. 4 BGB. bei der Höchstbetragshypothek die Abtretung der Forderung nach schuldrechtlichen Grundsätzen, also ohne die Hypothek zulässig, während nach § 1153 Abs. 2 BGB. beim Vorliegen einer gewöhnlichen Sicherungshypothek die Forderung nicht ohne die Hypothek übertragen werden darf. Sodann kann die Höchstbetragshypothek von dem Eigentümer erst nach der durch Vertrag oder Urteil zu bewirkenden Feststellung der Forderung erworben werden (**RG. 51** 117, **55** 220, KGJ. **28** A 271, **35** A 319), während für die gewöhnliche Sicherungshypothek die Vorschriften des § 1163 Abs. 1 BGB. ohne Einschränkung gelten. Endlich tritt der Unterschied zwischen beiden Arten in der Zwangsversteigerung insofern hervor, als der Betrag der gewöhnlichen Sicherungshypothek, wenn kein Widerspruch erhoben wird, auszuzahlen, der Betrag der Höchstbetragshypothek dagegen, wenn nicht die vorgängige Feststellung der Forderung erfolgt, zu hinterlegen ist (s. Jäckel-Güthe, ZVG. § 114 Anm. 5, 6).

II. Verhältnis der Höchstbetragshypothek zu der Verkehrshypothek. NaumburgAK. **11** 44 (Naumburg). Im Einklange mit der Abschwächung, welche die akzessorische Natur der Hypothek im geltenden bürgerlichen Rechte erfahren hat, ist durch die Rechtsprechung des RG. (**RG. 60** 243 ff. — s. JDR. **4** zu § 1190 Ziff. 6 —, RGK. § 1190 Anm. 4 aE.) anerkannt, daß die Bestellung einer gewöhnlichen (Verkehrs-) Hypothek dergestalt, daß sie für das innere Verhältnis der Beteiligten lediglich die Funktion einer Höchsthypothek versehe, dem Wesen der gewöhnlichen Hypothek nicht zuwiderläuft und deshalb rechtlich möglich und zulässig ist. . . . Ist es hiernach statthaft, eine gewöhnliche Hypothek mit den Funktionen einer Höchsthypothek zu versehen, dergestalt, daß Kapital und Zinsen zusammengerechnet die Höchstbetragsgrenze bilden, so ist die notwendige Folge, daß es nicht darauf ankommt, daß das, was unter der Bezeichnung Zinsen der eingetragenen Hypothek gefordert wird, identisch ist mit den Zinsen der im Rahmen der Eintragung liquidierten einzelnen Ansprüche.

III. Die Forderung bei der Höchstbetragshypothek. 1. Die Feststellung der Forderung. a) *Huth, DNotV. **11** 359. Erreicht bei der sachenrechtlichen Feststellung der Forderung — diese im Gegensatze zu der bloß forderungsrechtlichen Feststellung einerseits, zu der bloßen Umwandlung der Höchsthypothek in eine Verkehrshypothek andererseits — die Forderung den eingetragenen Höchstbetrag, so wird durch die Rechtsänderung nach § 1186 BGB. die ursprüngliche Höchsthypothek in vollem Umfang als Gläubigerrecht in der neuen Hypothekenform verwertet und kann sogar über den eingetragenen Höchstbetrag hinaus auf Zinsen bis zu 5 v. H. erweitert werden. Bleibt dagegen die festgestellte Forderung hinter dem eingetragenen Höchstbetrage zurück, so entsteht die Frage, ob der Überschuß, d. h. der von der Rechtsänderung nach § 1186 nichtergriffene Teil der Hypothek, dem Gläubiger als Höchsthypothek erhalten bleiben kann. Diese Frage ist zu verneinen. Der Überschuß muß vielmehr entweder als Grundschuld auf den derzeitigen Eigentümer umgeschrieben oder gelöscht werden. In der Hand des ursprünglichen Gläubigers kann also die Höchsthypothek nicht in eine gewöhnliche Hypothek für den festgestellten Betrag und in eine Höchsthypothek für den Überschuß geteilt werden. Auch § 1151 BGB. bietet hierzu keine Handhabe, da die Teilung der Hypothek nicht Selbstzweck sein kann. Doch kann auch bei dieser Auffassung allen berechtigten Anforderungen des Verkehrs entsprochen werden. b) ElsLothNotZ. **10** 118 (LG. Metz). Die Fest-

stellung der Forderung ist ein obligatorischer Akt, der sich nach Maßgabe der §§ 781, 782 BGB. vollzieht.... Die Umwandlung einer Höchstbetragshypothek ist ein sachenrechtlicher Akt, der eine Änderung nach § 877 BGB. enthält und für den eine Einigung und Eintragung nach § 873 BGB. verlangt werden muß. Zu einer Berichtigung im Sinne des § 22 GBO. ist daher kein Raum.

2. Die Ersetzung der Forderung durch eine andere. Sächs. OLG. **32** 70 (Dresden). Etwas anderes als die Abtretung der Höchsthypothek auf der Grundlage der Abtretung künftiger Forderungen des Abtretenden, deren Sicherung die Höchsthypothek dienen soll, ist die Einsetzung anderer Forderungen in die Sicherungshypothek an Stelle jener ursprünglichen Forderungen im Sinne von § 1180 BGB. Auch eine derartige Ersetzung ist bei Höchsthypotheken möglich (vgl. **RG. 60** 262; Turnau-Förster I 975). Sie findet statt, wenn vereinbart wird, daß an Stelle des eingetragenen Gläubigers der für einen zu gewährenden Kredit bestellten Höchsthypothek ein anderer Gläubiger tritt, der an Stelle des ersten Gläubigers seinerseits den Kredit gewähren soll, und daß dann seine aus dieser Kreditgewährung entstehenden Forderungen durch die Höchsthypothek gesichert sein sollen.

3. Landauer, ZBlFG. **12** 349 (359). Zu welchen verkehrs- und gesetzwidrigen Prüfungsgrundsätzen die rechtspolizeiliche Nachforschung nach Möglichkeiten einer Veränderung der im Grundbuch urkundlich gemachten Rechtslage führen kann, zeigt eine anscheinend die württembergische Praxis beherrschende Rechtsmeinung über die Prüfungsaufgabe des Grundbuchrichters bei Eintragung von Änderungen an Höchstbetragshypotheken (WürttZ. **09** 65 ff., 200 ff., 289 ff., **10** 38 ff.). Für den Fall eines Forderungswechsels gemäß § 1180 BGB. verlangen Planck-Kettnacker, Führung des Grundbuchs 106, anstatt sich bei dem Fehlen gegensätzlicher Nachweise mit der Bewilligung des Gläubigers und des eingetragenen Eigentümers zu begnügen, allgemein den Nachweis, daß eine Forderung besteht, und für diesen Nachweis die Mitwirkung sämtlicher Eigentümer seit Bestellung der Hypothek, weil bei einer jeden dieser Personen die Möglichkeit vorliege, daß sie ein dingliches Recht (Grundschuld oder Ersatzhypothek) an dem belasteten Grundstück erworben habe, und weil deshalb jeder im Sinne von § 19 GBO. als durch die Eintragung des Forderungswechsels betroffen erscheine. Auch das KG. selbst hat sich in der Frage nach der Abtretung von Höchstbetragshypotheken anscheinend aus Rücksichten der rechtspolizeilichen Fürsorge von der Beachtung bestehender abstrakter Prüfungsgrundsätze abdrängen lassen. In einer Entscheidung vom 6. Juni 1904 (JDR. **3** zu § 1190 Ziff. 5c) hat es die teilweise Abtretung einer unter Bestimmung eines Höchstbetrags eingetragenen Hypothek ohne die durch sie gesicherte Forderung wegen der bloßen Möglichkeit der Entstehung einer Eigentümerhypothek für nicht eintragungsfähig erklärt und erst in einer abweichenden Entscheidung vom 20. Juni 1907 (JDR. **7** zu § 1190 Ziff. I 4) wird in ganz richtiger Hervorhebung des das Verfahren in Grundbuchsachen beherrschenden Abstraktionsprinzips die Bemerkung gemacht: „Im übrigen erscheint es aber auch zum mindesten fraglich, ob überhaupt der Grundbuchrichter, der nur zur Prüfung der Rechtsbeständigkeit der zur Eintragung einer Rechtsänderung erforderlichen Erklärungen, nicht auch des ihnen zugrunde liegenden materiellen Kausalgeschäfts berechtigt und verpflichtet ist, beim Vorliegen einer formgültigen Übertragungserklärung des eingetragenen Gläubigers einer Höchstbetragshypothek zur Anstellung von Ermittelungen in der Richtung befugt ist, in welcher Höhe Forderungen aus dem gesicherten Rechtsverhältnis entstanden sind und mit der Hypothek zusammen abgetreten werden sollen."

IV. Die Höchstbetragshypothek als Eigentümerhypo-

thek. 1. RG. 75 245, JW. 11 404, RJA. 11 117. Es mag zugegeben werden, daß der in mehreren Entscheidungen des RG. (RG. 51 117 — JDR. 2 zu § 1190 Ziff. 1 —, 61 41 — JDR. 4 zu § 1190 Ziff. 5 —, GruchotsBeitr. 48 608 — JDR. 3 zu § 1190 Ziff. 5 a —, 52 1070; andererseits RG. 49 165, 55 220 f. — JDR. 2 zu § 1163 Ziff. 5 a —) ausgesprochene Grundsatz, die Höchstbetragshypothek sei, auch wenn sie für künftige, d. h. zur Zeit der Einigung und Eintragung noch nicht entstandene Forderungen bestellt worden, von vornherein Gläubigerhypothek und sie werde erst Eigentümergrundschuld, wenn und soweit feststehe, daß Forderungen nicht entstanden seien und nicht mehr entstehen könnten, einer erneuten Prüfung nicht standhält, daß vielmehr hinsichtlich des Zeitpunkts der Entstehung der Eigentümergrundschuld (vgl. §§ 1163 Abs. 1, 1177 BGB.) zwischen einer solchen Höchstbetragshypothek und einer anderen Hypothek für eine künftige Forderung (§ 1113 Abs. 2 BGB., RG. 51 44 — JDR. 1 zu § 1163 Ziff. 5 —) ein Unterschied nicht gemacht werden darf. Allein aus dem Umstande, daß auch bei der Höchstbetragshypothek für eine künftige (zur Zeit der Einigung und Eintragung noch nicht vorhandene) Forderung sofort eine Eigentümergrundschuld entsteht, folgt keineswegs, daß diese, ihrer Natur nach nur vorläufige, Eigentümergrundschuld der Eintragung ins Grundbuch fähig wäre, und daß demgemäß auch etwaige über sie getroffene Verfügungen eingetragen werden könnten. Gegen die Zulässigkeit derartiger Eintragungen spricht, wie in RG. 61 374 eingehend dargelegt worden ist, das Wesen und der Zweck der Grundbuchgesetzgebung überhaupt und die Vorschrift des § 40 GBO. insbesondere. S. dazu JDR. 9 zu § 1190 Ziff. III 1, 2.

2. RG. 75 221. Der Annahme, daß eine sog. Baugelderhypothek, d. h. eine ratenweise je nach Fortschreiten des Baues zu valutierende Hypothek, einerlei, ob sie als Höchstbetragshypothek oder als Verkehrshypothek bestellt worden, in vollem Umfange von vornherein Gläubigerhypothek sei, und daß eine Eigentümergrundschuld erst dann und insoweit zur Entstehung gelange, wenn und soweit feststeht, daß die Valutierung nicht mehr erfolgen werde, kann nicht beigepflichtet werden (vgl. RG. 51 43).

3. SeuffA. 66 277 (Darmstadt). Die in der Praxis herrschende Meinung nimmt bei der Höchstbetragshypothek insofern eine Abweichung von der Regel des § 1163 Abs. 1 Satz 1 an, als sie lehrt, daß die Hypothek nicht bis zur Entstehung der gesicherten Forderung Eigentümergrundschuld sei, sondern von dem Gläubiger erworben werde und erst bei der endgültigen Feststellung der Forderung auf den Eigentümer zur Zeit der Bestellung übergehe, wenn und soweit die Forderungen, zu deren Sicherheit die Hypothek eingetragen ist, unter dem Höchstbetrage bleiben (Planck, BGB. § 1190 Anm. 4 a). Und zwar verhindern zwischenzeitliche Zahlungen die Entstehung der gesicherten Forderung und wirken sonach für den Eigentümer zur Zeit der Bestellung der Hypothek, während das Erlöschen der Forderung bei Zahlungen auf den festgestellten Betrag und auch Zahlungen zur Tilgung eines anerkannten Saldos für den freibleibenden Betrag eine Eigentümergrundschuld für den dermaligen Eigentümer zur Folge haben (Planck § 1109 Anm. 4 b).

4. Güthe, GBO. (2) I 513, Anm. 14. Die Höchstbetragshypothek ist von ihrer Eintragung ab in voller Höhe unbedingte Gläubigerhypothek mit der Einschränkung, daß, soweit die festgestellte Forderung hinter der Höchstbetragssumme zurückbleibt, von Anfang an eine endgültige Eigentümerhypothek bestanden hat (§ 1163 Abs. 1 Satz 1). Ob dies Zurückbleiben darauf beruht, daß der Höchstbetrag während der Dauer des Rechtsverhältnisses Zahlungen geleistet worden sind, ist dabei unerheblich. Auch im zweiten Falle ist der § 1163 Abs. 1 Satz 1 anwendbar, weil die festgestellte Forderung die dem Höchst-

betrage zugrunde liegende Forderung ist, die vor der Feststellung geleisteten Zahlungen also eine werdende, nicht eine bereits bestehende Forderung betreffen, während das Erlöschen der Forderung im Sinne des § 1163 Abs. 1 Satz 2 eine bestehende Forderung voraussetzt. Der § 1163 Abs. 1 Satz 2 kommt demnach nur dann in Frage, wenn auf die festgestellte Forderung, also nach Abschluß des Rechtsverhältnisses, eine Zahlung geleistet worden ist. Diese Ausführungen ergeben auch, daß es unzulässig ist, zwischen solchen Höchsthypotheken, die lediglich für Einzelforderungen haften, und solchen Höchsthypotheken, die für das Schlußguthaben haften, zu unterscheiden, wie es Planck (§ 1190 Anm. 4 b), Fuchs (§ 1190 Anm. 12, 13) und Horn (87) tun (Bruck, Eigentümerhypothek 180 ff., Beck, Maximaleigentümerhypothek 59 unten). Denn da nur die Feststellung der Forderung entscheidend ist, so haftet die Höchsthypothek in jedem Falle für das festgestellte Schlußguthaben. Soweit die Forderung bei ihrer Feststellung hinter dem Höchstbetrage zurückbleibt, steht die Hypothek dem Eigentümer zu, der zur Zeit der Eintragung der Höchsthypothek Eigentümer gewesen ist. Dies gilt nach dem oben Gesagten auch dann, wenn das Zurückbleiben der Forderung hinter dem Höchstbetrage durch Zwischenzahlungen herbeigeführt worden ist.

5. SeuffA. **66** 277, HessRspr. **12** 9 (Darmstadt). Die Pfändung der Eigentümergrundschuld oder des bedingten Anspruchs ist schon vor der endgültigen Feststellung des Forderungsbetrags für zulässig zu erachten. Die Rechte des Pfändungspfandgläubigers sind aber ebenso wie die des Eigentümers selbst dadurch bedingt, daß nicht noch weitere unter die Hypothek fallende Ansprüche des Gläubigers entstehen. Die Pfändung bleibt also nur insoweit wirksam, als die entstandenen und noch entstehenden Forderungen den Höchstbetrag nicht erreichen. S. dazu JDR. **9** zu § 1190 Ziff. III 3.

V. Die Höchstbetragshypothek im Konkurse. 1. Noack, LeipzZ. **11** 539. Vorrangseinräumung zugunsten einer Baugelderhypothek im Konkurse des Grundstückseigentümers.

2. Fuld, Eigentümerhypothek im Konkurse, 30. Weil das Eigentum am Grundstück in die Masse fällt und weil die Eigentümerhypothek Eigentum, wenn auch konkretisiertes Eigentum ist, nicht weil eine Hypothek von Anfang an dem Hypothekengläubiger und dem Eigentümer zusteht, muß die aus einer Höchstbetragshypothek entstandene Eigentümerhypothek in die Masse fallen.

3. Fuld, Eigentümerhypothek im Konkurse. Die Pfändung der Höchstbetragseigentümerhypothek erfolgt nach § 857 Ziff. 1, 2 ZPO., nicht nach §§ 830, 836 daselbst. Auch falls die Feststellung der Forderung erst nach Konkurseröffnung erfolgt, gehört die so entstandene Eigentümerhypothek zur Masse.

VI. Die Höchstbetragshypothek in der Zwangsversteigerung. **RG.** WarnE. **4** 393. Da ein Grundstück durch die Eintragung einer Höchstbetragshypothek sogleich zum vollen eingetragenen Höchstbetrag unbedingt belastet wird (**RG. 49** 165; Jaeckel-Güthe § 14 Nr. 3, 5), so liegt kein Grund vor, den § 53 ZVG. auf derartige Hypotheken nicht für anwendbar zu erklären (s. auch Jaeckel, ZBlFG. **4** 207, 283; Jaeckel-Güthe § 53 Anm. 5).

Zweiter Titel. Grundschuld. Rentenschuld.

I. Grundschuld.

§ 1191. 1. **RG.** ZBlFG. **12** 237, BayRpflZ. **11** 403. Grundschulden, die für Verbindlichkeiten aus verbotenem Börsenspiele (BörsG. vom 22. Juni 1896) bestellt sind, können zurückgefordert werden, wenn die Bestellung Sicherstellung, nicht aber, wenn sie Befriedigung bezweckte (§ 762 BGB., § 66 BörsG.).

2. RheinA. **108** I 165 (LG. Cleve). Eine Grundschuld kann auch zur Sicherung einer persönlichen Forderung bestellt werden.

3. Das Pfandrecht an einer Grundschuld. a) **RG.** BayRpflZ. **11** 200. Das Pfandrecht an einer Grundschuld setzt begrifflich eine Forderung voraus, und wenn diese auch eine künftige, d. h. eine solche sein kann, deren Entstehung nur für die Zukunft in Aussicht genommen ist, so liegt es doch in der Natur der Sache, daß die zusichernde Forderung irgendwie bestimmbar sein muß. . . . Allein dem Erfordernisse der Bestimmbarkeit wird dadurch Genüge getan, daß die Grundschuld für alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen des Pfandgläubigers gegen den Grundschuldgläubiger verpfändet wird. **b)** **RG.** GruchotsBeitr. **55** 1018. Verpfändung einer Grundschuld vor ihrer Eintragung. Bezeichnung der zu sichernden Forderungen. **c)** RheinA. **108** I 164 (LG. Cleve). Eine Blankoverpfändung einer Grundschuld ist unzulässig. **d)** Über eine nicht ausgefüllte, zur Zwangsversteigerung nicht angemeldete Grundschuld vgl. unten § 115 Ziff. 16 ZVG.

§ 1192. Strohal, IheringsJ. **23** 149 (192). Das, was § 1163 für den Fall des Nichtentstehens oder des Erlöschens der hypothekarisch gesicherten Forderung bestimmt, darf nicht ohne weiteres auf den Fall übertragen werden, daß die von den Parteien neben der Grundschuld in Aussicht genommene persönliche Forderung nicht entstanden oder erloschen ist. Die Unrichtigkeit dieser Auffassung ergibt sich schon aus der Erwägung, daß der rechtliche Bestand der Grundschuld weder durch die Vereinbarung, es solle durch die Valutierung der Grundschuld eine persönliche Haftung überhaupt nicht begründet werden, noch durch den nachträglichen vertragsmäßigen Verzicht auf die bereits entstandene persönliche Haftung beeinflußt wird. Eine hypothekenrechtliche Analogie greift zwar durch, aber nicht die aus § 1163, sondern die aus § 1169. Aus § 1169 ergibt sich, daß die nichtvalutierte Grundschuld in der Zwangsversteigerung dem Eigentümer und nicht dem nachstehenden Gläubiger zufällt. Gegen **RG. 60** 251 (IDR. **4** zu § 1163 Ziff. 7). S. auch IDR. **5** zu § 1192 Ziff. 1—6, **6** zu § 1192 Ziff. 1, **7** zu § 1192 Ziff. 2.

§ 1198. Josef, SeuffBl. **11** 506. Zur Umwandlung der Eigentümergrundschuld in eine Gläubigerhypothek. Bemerkungen zu dem Beschlusse des KG. vom 11. April 1910 (KGJ. **39** 240; IDR. **9** zu § 1198 Ziff. 1).

II. Rentenschuld.

§ 1199. KGJ. **40** A 342, RJA. **11** 51, ZBlFG. **12** 78 (KG.). Die nachträgliche Erhöhung der Ablösungssumme einer Rentenschuld ist unzulässig; die Erhöhung darf daher nicht in das Grundbuch eingetragen werden.

Neunter Abschnitt. Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten.

Erster Titel. Pfandrecht an beweglichen Sachen.

§§ 1204 ff. *Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung 123 ff. Auch ein „Pfandrecht am Vermögen" ist in beschränktem Umfang anzuerkennen. Es zeigt sich bei der Pfändung von Sondervermögen wie des Gesellschaftsanteils, des Erbteils, der Erbschaft (§ 1990!), und im Schiffsgläubigerrecht am Schiffsvermögen. Die Wirkungen dieses Rechtes sind, da es sich zunächst nur auf die Einheit des Vermögens als Wert erstreckt, im wesentlichen die, dem Gläubiger eine Art Verwaltungsrecht am Vermögen zu gewähren oder jedenfalls den Schuldner in seiner Verfügung über die Werte des Vermögens zu beschränken, also hinsichtlich aller unentgeltlichen Verfügungen. Diese begründen eine beschränkte persönliche (Geld-) Haftung des Erwerbers, während die entgeltlichen wirksam sind, da ein Surrogat in die Masse fließt. — Neben diesem Pfandrecht an der Werteinheit be-

stehen zunächst nur einzelne realisierbare Verpflichtungen auf Pfandbestellung an den anderen Gegenständen. Doch dürfte das Pfandrecht an der Werteinheit allein — bei hinreichender Publikation — Bedeutung gewinnen als Pfandrecht am Handelsgeschäft unter Bindung des Inhabers hinsichtlich aller unentgeltlichen und Gestattung der entgeltlichen Verfügungen.

§ 1204. **RG.** 20. 2. 11, JW. **11** 367, BayRpflZ. **11** 200. Allerdings setzt das Pfandrecht an einer beweglichen Sache oder einem Rechte begrifflich eine Forderung voraus, und wenn diese auch eine künftige, d. h. eine solche sein kann, deren Entstehung nur für die Zukunft in Aussicht genommen ist, so liegt es doch in der Natur der Sache, daß die zu sichernde Forderung irgendwie bestimmbar sein muß. Dem Erfordernisse der Bestimmbarkeit ist genügt, wenn die Verpfändung für alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen des Pfandnehmers erfolgt.

§ 1205. 1. **RG.** 24. 6. 11, **77** 202 ff. Die Erkennbarkeit des Besitzes ist kein besonderes Merkmal des Pfandbesitzes an beweglichen Sachen, aber sie erlangt bei der Verpfändung beweglicher Sachen für den Rechtsverkehr besondere Bedeutung (vgl. **RG. 53** 220, **66** 262, **71** 250, **74** 146). Wird der Besitz für den Pfandgläubiger einem Besitzdiener übertragen und von diesem ausgeübt, dann wird die Erkennbarkeit des Besitzes des Besitzherrn in der Hauptsache vermittelt durch die Erkennbarkeit des sozialen Abhängigkeitverhältnisses, in dem sich der Besitzdiener zu dem Besitzherrn befindet. Wenn im Falle der Verpfändung des Warenlagers eines Kaufmanns zum Besitzdiener des Pfandgläubigers eine dem Geschäftsbetriebe des Pfandschuldners fremde Persönlichkeit bestellt wird, dann wird dadurch bereits die Veränderung in den Besitzverhältnissen zur äußeren Erscheinung gebracht. Bei der Bestellung eines Angestellten des Pfandschuldners zum Besitzdiener des Gläubigers muß jedoch das neue Herrschaftsverhältnis durch Einrichtungen, die in den Geschäftsbetrieb des Pfandschuldners eingreifen, sichtbar kundgemacht werden.

2. SeuffA. **66** 140 (Dresden). Zu der nach § 1205 Abs. 1 erforderlichen Übergabe der Pfandsache an den Gläubiger und zur Erlangung des Pfandbesitzes ist notwendig, daß ein Wechsel im Besitze der Sache dergestalt stattfindet, daß der Verpfänder die tatsächliche Gewalt über die Sache nicht behält, sondern sie aufgibt und auf den Gläubiger überträgt (vgl. **RG. 57** 324, **67** 422, **74** 146, JDR. **9**). Der bloße Glaube des Pfandnehmers an das Vorliegen einer dem § 1205 Abs. 1 genügenden Besitzübergabe kann diese tatsächlich fehlende Besitzübergabe nicht ersetzen.

§ 1207. **RG. 74** 406, EisenbE. **28** 56. Die Eintragung der Verpfändung im Schiffsregister ist kein Ersatz für die Besitzübertragung. Auf ein in dieser Weise entstandenes Schiffspfandrecht ist daher § 1207 nicht anwendbar.

§ 1229. HansGZ. **11** Beibl. 10 (Hamburg). Im § 1229 BGB. wird jede lex commissoria für ungültig erklärt, die vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung vereinbart ist, und kein Unterschied gemacht, ob die Vereinbarung vor oder nach Entstehung des Pfandrechts getroffen wurde. Unter die Vorschrift des § 1229 fällt die Vereinbarung, daß der Verpächter Eigentümer des vom Pächter eingebrachten Theaterinventars werden solle, wenn der Pächter zwei Monate mit der Pachtzahlung im Rückstande bleibt und der Verpächter den Vertrag infolge davon aufkündigt.

§ 1247. *Smoira (s. unten zu § 804 ZPO.) legt im Anschluß an M. Wolff (s. JDR. **4** zu § 1247) die Anwendbarkeit von § 1247 Satz 2 auf den Versteigerungserlös aus Sachen dar, die dem Vollstreckungsschuldner nicht gehören.

§ 1258. Über *Kattausch vgl. oben zu § 1066.

§ 1259. 1. RheinA. **108** 187 ff. (Düsseldorf). a) Darüber, nach welchem Rechte die Entstehung eines Schiffspfandrechts zu beurteilen ist, entscheidet zunächst die Rechtsordnung des Prozeßgerichts aus der Zeit, in der sich der für die Entstehung maßgebende Tatbestand vollendet hat. b) Nach den Grundsätzen des internationalen

Privatrechts kann dem, der sich ein Pfandrecht an einem registrierten Schiffe hat bestellen lassen, der Einwand, das Schiff sei zu Unrecht registriert, keinesfalls dann entgegengesetzt werden, wenn zur Zeit der Eintragung des Pfandrechts eine anderweite Registrierung überhaupt noch nicht erfolgt oder die Eintragung anfänglich zutreffend war, und nur später bei Verlegung des Betriebsorts des Schiffes in einen anderen Staat nicht gelöscht worden ist. c) Nach holländischem Rechte ist für die Rechtsgültigkeit der Eintragung eines Schiffspfandrechts die Angabe des Hafens oder Betriebsorts in dem Eintragungsgesuch unwesentlich. d) Ein in Holland begründetes und dort eingetragenes Schiffspfandrecht erlischt bei einer Zwangsversteigerung des Schiffes in Deutschland; an seine Stelle tritt ein Anspruch auf Befriedigung aus dem Erlöse. e) Ein in Holland wirksam begründetes Belastungsverbot erlosch vor dem 1. Januar 1900, wenn das davon betroffene Schiff nachträglich dem früheren rheinischen Rechte unterworfen wurde. Tritt das holländische Schiff unter das Recht des BGB., dann wirkt das Belastungsverbot Dritten gegenüber nur, wenn es diesen zur Zeit des Erwerbes ihres Rechtes bekannt oder doch erkennbar gemacht war. f) Die Rangordnung bei der Verteilung des Erlöses eines zwangsweise versteigerten Schiffes bestimmt sich nach dem Rechte des Vollstreckungsgerichts. g) Im Falle mehrmaliger Eintragung eines Schiffes in ein deutsches Schiffsregister sind alle Register zusammen als „das Schiffsregister" anzusehen. h) Ältere, nicht eingetragene vertragsmäßige Pfandrechte an registrierten Schiffen treten auch nach dem Rechte des BGB. im Range hinter die gutgläubig erworbenen und eingetragenen jüngeren Pfandrechte zurück. i) Ist ein Schiff zunächst in ein holländisches, dann in ein deutsches Schiffsregister eingetragen worden, so gehen die im Inlande eingetragenen, gutgläubig erworbenen Pfandrechte den in Holland eingetragenen Rechten im Range vor.

2. KGJ. **40** A 94 ff., RJA. **11** 17 (KG.). Eingetragene Schiffspfandrechte werden durch eine vom Arrestgläubiger in den Formen des Fahrnisrechts durchgeführte Versteigerung des Schiffes nicht berührt.

§ 1260. KGJ. **40** A 89 (KG.). Als Gläubiger eines Schiffspfandrechts kann nicht eine Reederei als solche in das Schiffsregister eingetragen werden; die Eintragung kann vielmehr nur für die einzelnen Mitreeder unter Angabe der Größe der ihnen gehörenden Schiffsparten erfolgen. Die Schiffspart ist bei ihrer Verpfändung nicht nach ihrem Werte, sondern nach dem auf sie entfallenden Miteigentumsbruchteil an dem Schiffe zu bezeichnen.

§ 1262. RG. 77 1 ff., JW. **11** 811. Das durch Eintragung in das Schiffsregister neu erworbene Pfandrecht geht dem an dem Schiffe bestehenden, aber nicht mehr eingetragenen älteren Pfandrechte vor, wenn der Erwerber des Pfandrechts in gutem Glauben war.

Zweiter Titel. Pfandrecht an Rechten.

§ 1273. *Mueller, Pfandrecht an Rechten aus einem Lebensversicherungsvertrage, ZVersWiss. **11** 13 ff. Für Prämien, die der Pfandgläubiger ausgelegt hat, haftet die verpfändete Forderung aus einem Lebensversicherungsvertrag in Ermangelung besonderer Vereinbarungen nur nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der ungerechtfertigten Bereicherung.

§ 1274. PosMSchr. **11** 150 (Königsberg). Der gutgläubige Pfandgläubiger an einem im Grundbuch eingetragenen Rechte erwirbt auch dann ein Pfandrecht, wenn das eingetragene Recht nach der wirklichen, jedoch aus dem Grundbuche nicht erkennbaren Rechtslage mit dem Rechte eines Dritten belastet ist (arg. §§ 1255, 1155, 892). AM. Oberneck, Reichsgrundbuchrecht II 261.

§ 1276. *Mueller, Pfandrecht an Rechten aus einem Lebensversicherungsvertrage, ZVersWiss. **11** 13 ff. Die Folgen unterlassener Prämienzahlung bei Ver-

pfändung des Anspruchs auf eine Lebensversicherungssumme sind keine „Änderung" im Sinne des § 1276. Ob eine Partei des Pfandvertrags der anderen zur Prämienzahlung verpflichtet sein soll, bestimmt lediglich der Vertrag.

§ 1277. KGJ. **40** A 285 ff. (KG.). Der § 1228 Abs. 2 und die §§ 1243, 1244 BGB. sind auf das Pfandrecht an Rechten dann anwendbar, wenn die Notwendigkeit eines vollstreckbaren Titels durch Vereinbarung ausgeschlossen ist. Der § 1244 BGB. kommt jedoch für das Grundbuchverfahren nicht in Betracht.

§ 1280. SächsRpflA. **11** 446 (Dresden). Die Anzeige des verpfändenden Gläubigers wird nicht ersetzt durch eine anderweit erlangte Kenntnis des Schuldners; es verschlägt aber nichts, ob der verpfändende Gläubiger von sich aus die Anzeige erstattet oder ob er eine Anfrage des anderweit unterrichteten Schuldners bejaht; es kommt lediglich auf eine, sei es durch Worte, sei es durch schlüssiges Verhalten zum Ausdrucke gebrachte Willenskundgebung des verpfändenden Gläubigers an, aus welcher der Schuldner entnehmen kann, daß sein Gläubiger die Verpfändung gegen sich gelten lassen wolle.

§ 1283. Über Kündigung eines Lebensversicherungsvertrags nach § 165 VVG. bei bestehendem Pfandrechte vgl. § 165 VVG.

§ 1287. *Hartung, ZBlFG. **11** 637 ff. Besteht an der Forderung auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück ein Pfandrecht, so erwirbt, falls vertragsgemäß die Eigentumsübertragung Zug um Zug gegen Bestellung einer Kaufpreishypothek zu erfolgen hat, der Pfandgläubiger die Sicherungshypothek durch Surrogation nicht schon mit der Eintragung des Grundstückserwerbers als Eigentümers, sondern erst mit der Eintragung der Kaufpreishypothek und im Range nach dieser. Einer Darlehnshypothek, der der Veräußerer den Vorrang vor der Kaufpreishypothek einräumt, gebührt nicht auch der Vorrang vor der durch Surrogation entstehenden Sicherungshypothek. Die Vorrangseinräumung hat insoweit keine Wirkung, als infolge der Sicherungshypothek die Kaufpreishypothek eine über den eingeräumten Vorrang hinausgehende Beeinträchtigung erleiden würde.

§ 1291. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 1018. Zulässigkeit der Verpfändung einer Grundschuld für alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen einer bestimmten Person gegen den eingetragenen Grundstückseigentümer.

Viertes Buch. Familienrecht.

Erster Abschnitt. Bürgerliche Ehe.

Erster Titel. Verlöbnis.

§ 1297. Natur des Verlöbnisses (vgl. zunächst JDR. **4**, **5** u. **6**). **a)** *Reichel, Unklagbare Ansprüche 18. Durch das Verlöbnis wird ein Anspruch auf Eheschließung nicht begründet. **b)** ElsLothJZ. **11** 592 (Colmar). Das Verlöbnis gelangt durch einen formlosen Vertrag zur Entstehung und untersteht den allgemeinen Regeln über Rechtsgeschäfte. Die §§ 1298, 1300 geben dem verletzten Teile grundsätzlich keinen Anspruch auf das ganze Erfüllungsinteresse oder auf Ersatz der ihm entgehenden Vorteile der Ehe, sondern nur einen beschränkten Anspruch auf einen Teil des negativen Interesses und auf eine „billige Entschädigung".

§ 1298. Wichtiger Rücktrittsgrund. **a)** DJZ. **11** 288 (Karlsruhe). Damit, daß wegen früheren Verkehrs der Braut mit einem Dritten das Erfordernis der Unbescholtenheit im Sinne des § 1300 verneint ist, ist nicht auch ein Rücktrittsgrund nach § 1298 BGB. für den Beklagten festgestellt. Vielmehr kommt hier in Frage, ob nach der konkreten Sachlage und nach der von ihm selbst betätigten Gesinnung der Beklagte begründete Ursache zum Rücktritte hatte. Bei dieser Prüfung kommt einmal in Betracht die von dem Beklagten selbst betätigte Gewohnheit des

Geschlechtsverkehrs zwischen Brautleuten in den beteiligten Kreisen, der eine nachsichtige Beurteilung eines solchen Verhaltens in der Allgemeinheit entsprechen muß. Ferner ist zu berücksichtigen, daß der Verkehr der Klägerin mit dem Dritten ziemlich weit zurücklag und daß der Beklagte sich denken konnte, daß bei dem früheren, ihm bekannten Verhältnisse der Klägerin zu diesem ähnliches stattgefunden hat. **b**) SeuffA. **66** 411 (Jena). Die frühere geschlechtliche Erkrankung des anderen Verlobten erscheint grundsätzlich immer als ein wichtiger Grund. Für die Frage, ob der Rücktritt vom Verlöbnis aus diesem Grunde erklärt werden konnte, ist erheblich, wann die Verlobte zu einer klaren Einsicht der Folgen, die mitunter erst nach Jahren aus einer scheinbar schon ganz verheilten Geschlechtskrankheit erwachsen können, gelangt ist.

§ 1302. R. **11** Nr. 1314 (Hamburg). Die im § 1302 bestimmte Verjährung für Ansprüche aus dem Bruche des Verlöbnisses gilt auch dann, wenn das Verlöbnis schon vor dem 1. Januar 1900 aufgehoben ist.

Zweiter Titel. Eingehung der Ehe.

§ 1304. Abs. 2. R. **11** Nr. 1147 (BayObLG.). Die Tatsache, daß der Bräutigam bereits in Geschlechtsverkehr mit der Braut steht, ist kein zwingender Grund zur Erteilung der Heiratsgenehmigung.

§ 1315. *Eckstein, AÖffR. **27** 564. Die Bestimmung des § 1315 betrifft nur den Beamten im engeren Sinne (über diesen Begriff s. oben Ziff. 1 zu § 839). Landesgesetze können § 1315 nicht auf andere Beamte übertragen. Auch der Partialbeamte (Beamter für beschränkten Geschäftskreis im Gegensatze zum Totalbeamten) wird vom § 1315 nicht betroffen.

Dritter Titel. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe.

Literatur: Sternberg, Der Begriff Bestätigung im Eheschließungsrechte, AZivPr. **107** 334—353.

§ 1325. *Sternberg, Bestätigung im Eheschließungsrechte, ACivPr. **107** 334 ff. Bei Untersuchung des Begriffs der Bestätigung im Eheschließungsrechte sind zunächst die dafür bestimmten Sondervorschriften festzustellen; zur Ausfüllung etwa vorhandener Lücken sind die allgemeinen Vorschriften über die Bestätigung heranzuziehen. Die Bestätigung einer nach § 1325 Abs. 1 nichtigen Ehe weicht insofern von den allgemeinen Vorschriften über die Bestätigung ab, als sie rückwirkende Kraft hat und formlos durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung erfolgen kann. Im übrigen ist die Bestätigung einer nichtigen Ehe auf Grund des § 141 Abs. 1 aber als erneute Eheschließung zu beurteilen; nicht, wie die herrschende Meinung annimmt, nach den allgemeinen, für Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften. Daraus ergibt sich im einzelnen, daß auf die Bestätigung einer nichtigen Ehe die §§ 1303, 1305—1308, 1317 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, 1309—1315, 1349 Anwendung finden; ferner, daß für die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit einer solchen Bestätigung nicht die allgemeinen Vorschriften der §§ 116 ff., sondern die für die Eheschließung geltenden Sondervorschriften maßgebend sind. — Ebenso wie die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts im allgemeinen wesentlich verschieden ist von der Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts, ist auch die Bestätigung einer nichtigen Ehe grundsätzlich anders zu beurteilen als die Bestätigung einer anfechtbaren Ehe. Die Bestätigung einer anfechtbaren Ehe ist nämlich, soweit nicht ausdrücklich anderes im Gesetze bestimmt ist, nach § 144 den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte unterworfen. Insbesondere sei hervorgehoben, daß die Bestätigung einer anfechtbaren Ehe unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen darf, und daß die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit einer solchen Bestätigung sich nach den §§ 116 ff. richtet. Da die Bestätigung einer anfechtbaren

Ehe (anders als die Bestätigung einer nichtigen Ehe, welcher in der ihr durch § 141 Abs. 1 beigelegten Eigenschaft als Eheschließung das Verbot der §§ 1309, 1326 entgegenstehen würde) auch nach Eingehung einer neuen Ehe zulässig ist, so ist denkbar, daß ein Schwebezustand besteht, während dessen zweifelhaft ist, welche von den beiden Ehen gültig ist. Dieser Zweifel löst sich erst, wenn die erste anfechtbare Ehe bestätigt wird oder die Anfechtungsfrist verstrichen ist, oder wenn die Anfechtung erfolgt. In den beiden ersten Fällen steht nunmehr die Gültigkeit der ersten und die aus § 1326 sich ergebende Nichtigkeit der zweiten Ehe fest. Im dritten Falle ist die zweite Ehe gültig, da die erste Ehe infolge der Anfechtung als von Anfang an nichtig anzusehen ist. — Ebenso wie die Bestätigung einer anfechtbaren Ehe ist auch die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (§ 1304), ferner die elterliche Einwilligung (§§ 1305 ff.) und endlich auch die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters zur Eheschließung (§ 1337 Abs. 1) nach den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte zu beurteilen. Der von Knitschky, AcivPr. **90** 345, unternommene Versuch, allgemeine Grundsätze aufzustellen, welche für die vier vorgenannten Willenserklärungen und zugleich auch für die Bestätigung einer nichtigen Ehe Geltung haben sollen, scheitert an dem wesentlichen Unterschiede, der zwischen der Bestätigung einer nichtigen Ehe einerseits und den übrigen Willenserklärungen andererseits besteht.

§ 1333. 1. *Ebbecke, R. **11** 745. Nur der Irrtum über solche persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten ist zu berücksichtigen, welche für die Zwecke der Ehe wesentlich sind.

2. **RG.** JW. **11** 543. Für die Frage der Anwendbarkeit des § 1333 BGB. ist in erster Linie nicht das subjektive Empfinden des Anfechtenden maßgebend, sondern der objektive, der allgemeinen sittlichen Kultur entsprechende, aus verständiger Würdigung des Wesens der Ehe zu entnehmende Maßstab. Das besondere subjektive Empfinden eines Eheteils kann das Anfechtungsrecht unter Umständen einschränken (vgl. **RG.** JW. **04** 114), nicht aber über das bei objektiver Betrachtung aus der verständigen Würdigung des Wesens der Ehe sich ergebende Maß hinaus ausdehnen.

3. **RG.** JW. **11** 543. Eine einzelne Verfehlung als solche kann nicht einen Grund zur Anfechtung der Ehe bilden, sondern nur eine der Person dauernd anhaftende Eigenschaft; die einzelne Verfehlung kann eine Bedeutung nur in dem Sinne beanspruchen, als aus ihr die dauernde Eigenschaft gefolgert werden kann.

4. Vor der Ehe verübte strafbare Handlungen (JDR. **1** Ziff. 4 c, **8** Ziff. II 4, **9** Ziff. 4). WürttJ. **23** 306 (Stuttgart). Auch eine einmalige Straftat und die ihr folgende Bestrafung erscheint dann als eine persönliche Eigenschaft, wenn sie sich als ein der Person anhaftender Makel darstellt, aus dem sich eine Bescholtenheit ergibt; auch der sittliche Ruf einer Person, ihr guter Leumund oder der Mangel eines solchen sind wesentliche Eigenschaften der Persönlichkeit.

5. **RG.** 12. 4. 11, JW. **11** 543, SeuffA. **66** 326. Auch die sog. relative Impotenz muß als eine der Person anhaftende Eigenschaft angesehen werden, ebenso wie die absolute Impotenz, beide rechtfertigen die Anwendung des § 1333.

Fünfter Titel. Wirkungen der Ehe im allgemeinen.

Literatur: Josef, Haftung der Ehefrau für Leistungen zum Unterhalte der Familie, BayRpflZ. **11** 13—21. — Kohler, Das Namenrecht der Ehefrau, AZivPr. **107** 246—257.

§ 1353. 1. **RG.** 10. 11. 10, JW. **11** 98. Es ist nicht ausgeschlossen, daß sowohl die Klage als auch die Widerklage abgewiesen wird, wenn mit der einen die Herstellung der Gemeinschaft, mit der anderen die Scheidung begehrt wird. Die im § 1353 erwähnten beiden Gründe der Verweigerung der ehelichen Lebensgemeinschaft stehen einander selbständig gegenüber. Das Herstellungsverlangen des einen

Teiles ist nicht nur dann unberechtigt, wenn dem anderen Teile ein Scheidungsgrund zur Seite steht, sondern auch, wenn dies nicht der Fall ist. Das Gesetz rechnet danach mit der Möglichkeit eines Zustandes, bei dem einerseits die Ehescheidungsklage ausgeschlossen ist, und trotzdem andererseits die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft nicht gefordert werden kann. Die Sachlage ist in solchen Fällen eine ähnliche, wie sie die in anderen Rechten zugelassene Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett mit sich bringt.

2. **RG.** NaumburgAK. **11** 83. Die Herstellung des ehelichen Lebens kann nicht verweigert werden, weil nachteilige Folgen für die Gesundheit des weigernden Teiles zu befürchten sind.

§ 1354. **RG.** SächsRpflA. **11** 309 ff., SeuffA. **66** 468. Der zusätzliche Gebrauch des Familiennamens des Mannes durch die getrennt lebende Frau in Angelegenheiten des gemeinschaftlichen Kindes kann seitens des Mannes nicht verboten werden; § 1354 regelt nur das Verhalten der Eheleute zueinander in der ehelichen Lebensgemeinschaft. Die Art und Weise der Verwendung des Familiennamens im äußeren Verkehre hat damit nichts zu tun.

§ 1355. Kohler, ACivPr. **107** 246 ff. Die Frau hat neben dem Namen des Ehemanns auch noch ihren Familiennamen, was sich in verschiedenen Folgerungen erweist. Seine Führung ist regelmäßig nicht die normale Namensführung; es gibt aber Fälle, in denen die Führung des Familiennamens normal wird, wenn nämlich die Persönlichkeit als Einzelpersönlichkeit besonders scharf hervortritt, so daß die Verbindung der Frau mit dem Ehemanne weggedacht wird, und dann, wenn die Frau die Trägerin eines Familieninstituts ist, in welchem der Name und Glanz ihrer eigenen Familie fortgesetzt werden soll.

§ 1357. I. 1. Josef, SeuffBl. **11** 13 ff. Zum häuslichen Wirkungskreise der Frau gehört auch die Erhaltung ihres Wohlbefindens, also auch die Beschaffung dienlicher Nahrungsmittel und ärztlicher Behandlung für sich. Folglich wird nach § 1357 Abs. 1 Satz 2, wenn die Frau sich in ärztliche Behandlung begibt, der Mann allein Schuldner des Arztes. Hat die Frau sich als unverheiratet ausgegeben, so ergibt sich aus diesem Umstande, daß sie sich selbst hat verpflichten wollen. Bestand bei Angehung des Arztes durch die Frau die Schlüsselgewalt nicht (§ 1357 Abs. 2), so haftet die Frau dem Arzte aus § 179. Dagegen hat in diesen Fällen der Arzt keinen Anspruch gegen den Mann, weder aus Geschäftsführung, noch aus Bereicherung. — Die Frau verpflichtet durch die im Rahmen des § 1357 eingegangenen Geschäfte den Mann auch dann, wenn sie selbst wegen Vermögenslosigkeit des Mannes unterhaltspflichtig ist, und dieser letztere Umstand berechtigt auch nicht zu der Folgerung, daß die Frau bei Abschluß jener Verträge sich selbst habe verpflichten wollen. Wohl aber kann in diesem Falle die Haftung der Frau sich aus § 826 BGB. ergeben. Denn eine Frau, die auf Grund der Schlüsselgewalt abschließt, obwohl sie weiß, oder sich zweifellos sagen muß, daß der Mann zahlungsunfähig ist und voraussichtlich bleiben wird, schädigt vorsätzlich in einer den guten Sitten widersprechenden Weise den Gläubiger. Die gleiche Haftung der Frau aus § 826 findet ferner statt, wenn in bewußtem Einverständnisse der Eheleute der vermögenslose Mann den Vertrag über Leistungen zum Unterhalte der Familie zu dem Zwecke abgeschlossen hat, um zu verhindern, daß der Gläubiger seine Befriedigung aus dem Vermögen der Frau erlangen kann.

2. Kahn, Zur Haftung der Frau für Eheschulden, JW. **11** 484. Nur ausnahmsweise verpflichten Geschäfte, welche die Frau für den Haushalt abschließt, die Frau selber, wenn sich nämlich aus den Umständen ergibt, daß die Geschäfte nicht als im Namen des Mannes abgeschlossen gelten sollen. Die Frau bittet z. B. den Lieferanten, die Bestellung vor ihrem Manne geheim zu halten. Oder die ver-

mögende Frau eines zahlungsunfähigen Mannes nimmt die Hilfe eines Arztes in Anspruch, dem die Vermögensverhältnisse der Eheleute ganz genau bekannt sind. Hat der Arzt aus dem Verhalten der Frau geschlossen, daß sie persönlich zahlen wolle, und durfte die Frau sich nicht verhehlen, daß der Arzt zu dieser Auffassung berechtigt war, dann hat sie selbst für das Honorar aufzukommen (**RG.** JW. **09** 489). Denn die Umstände, die der § 1357 im Auge hat, sind nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu beurteilen. Es geht aber zu weit bei allen Besorgungen, welche die vermögende Frau eines zahlungsunfähigen Mannes für den Haushalt macht, ihre gesetzliche Vertretungsbefugnis auszuschließen. Denn eine Verkehrssitte, die es der Frau in solchen Fällen zur Pflicht macht, nur als Selbstkontrahentin aufzutreten, besteht in Wirklichkeit nicht. — Besorgt eine Frau alles für den Haushalt Erforderliche immer nur als Vertreterin ihres Mannes, obgleich sie sich bewußt ist, daß die Gläubiger von dem vermögenslosen Manne nie etwas erhalten werden, während sie selbst zur Zahlung in der Lage wäre, dann mißbraucht sie das ihr vom Gesetzgeber verliehene Recht zur Vertretung ihres Mannes systematisch in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise, die sie zum Ersatze des hieraus entstehenden Schadens verpflichtet.

II. Aus der Praxis. 1. OLG. **23** 406 (München). Bei dem Zuschnitte der Lebenshaltung gehört die Bestellung künstlerischer Photographien der Frau zu den ihr nach § 1357 zustehenden Befugnissen.

2. OLG. München, JDR. **9** Ziff. II 1 a auch SeuffBl. **11** 78.

§ 1360. Hedemann, R. **11** 292, empfiehlt für Vergleiche über den Unterhalt folgenden Modus: Die Frau läßt sich mit ihren Unterhaltsansprüchen auf die Einkünfte ihres eingebrachten Gutes verweisen, das ihr der Mann ausliefert. Dann liegt eine Art von Aufrechnung vor. Der Mann bietet sein ehemännliches Nutzungsrecht zum Tausche an, die Frau ihr Unterhaltsrecht. Wenn dann nur einigermaßen die Einkünfte des Eingebrachten dem entsprechen, was im konkreten Falle als „Unterhalt" in Frage kommt, wäre es wenig erquicklich, der Frau einen Bruch des Abkommens mittels § 1614 zu gestatten.

§ 1361. **RG.** 6. 3. 11, RheinA. **107** 382. Ein die Unterhaltspflicht des Mannes der Höhe nach regelnder Vertrag ist dann gültig, wenn die Frau nach § 1361 zum Getrenntleben berechtigt ist, dagegen nicht, wenn das Getrenntleben durch ihn erst ermöglicht werden soll. Die Änderung einer solchen Festsetzung kann der Mann nicht schon deshalb verlangen, weil sich seine Einkommensverhältnisse seitdem ungünstig verändert haben, sondern nur dann, wenn er beweist, daß er den versprochenen Betrag ohne Gefährdung seines eigenen Unterhalts nicht mehr zahlen kann.

§ 1362. 1. **RG.** 9. 2. 11, JW. **11** 368, BayRpflZ. **11** 162. Der Gläubiger, der auf Grund der Vermutung des § 1362 bewegliche Sachen pfänden läßt, die sich im Besitze eines der Ehegatten oder beider Ehegatten befinden, haftet nicht ohne weiteres deswegen auf Schadensersatz, weil die Vermutung des § 1362 widerlegt ist. Es muß der Nachweis dazu kommen, daß der Gläubiger das Eigentum des anderen Teiles gekannt hat.

2. **RG.** 30. 1. 11, JW. **11** 327, SeuffA. **66** 368. Leben Ehegatten in häuslicher Gemeinschaft, so mag sich zwar aus der Stellung des Ehemanns als Haushaltungsvorstand häufig ein gewisser tatsächlicher Anhalt für die Annahme ergeben, daß die innerhalb der häuslichen Gemeinschaft vorhandenen Gegenstände mit Ausnahme der ausschließlich zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmten Sachen im Besitze des Mannes sind. Eine Rechtsvermutung dieses Inhalts und noch dazu eine Rechtsvermutung, die in Verbindung mit den Vorschriften im § 1006 weiter zu einer Eigentumsvermutung für den Mann führen und die Frau zum Gegenbeweise nötigen könnte, besteht aber nicht.

Sechster Titel. Eheliches Güterrecht.

Vorbemerkung: Die Ausbeute ist noch geringer als im Vorjahre.

I. Gesetzliches Güterrecht.

1. Allgemeine Vorschriften.

§§ 1363 ff. 1. *Martin Fuchs 79. Vermögen und Vermögensverwaltung. Der Ehemann hat neben seinem Nutznießungsrecht und dem in diesem enthaltenen Verwaltungsrechte noch ein dem Eigentum entsprechendes, weitergehendes Verwaltungsrecht am eingebrachten Gute, so daß der Ehefrau hinsichtlich desselben nur das Interessenrecht abzüglich der Nutzungen verbleibt. Daher ist neben der Nutznießung des Ehemanns seine Verwaltung ausdrücklich betont. Über den Unterschied von Nutznießung und Nießbrauch s. ebenda 111 ff.: Die Nutznießung entsteht durch Universalakt an einem Vermögen als einer Werteinheit, in der sämtliche einzelnen Gegenstände des Vermögens eingeschlossen sind, so daß sie von demselben Rechtsschicksale zugleich betroffen werden. Der Nießbrauch am Vermögen entsteht zwar auch an einer Werteinheit; da diese jedoch hier nicht über, sondern nur neben den anderen Gegenständen des Vermögens steht, so bedarf es noch außerdem einer Bestellung des Nießbrauchs an den übrigen Einzelsubstanzen der Masse.

2. DJZ. **11** 341, DNotV. **11** 252, R. **11** Nr. 2578, BreslauAK. **10** 69 (KG.). Für die Ehefrau des Grundstückseigentümers kann eine ihr verzinsliche Hypothek erst nach Schließung eines Ehevertrags eingetragen werden, der das Nutznießungsrecht beseitigt. — Dagegen hält Hahn, DNotV. **11** 635 die Verzinslichkeit sofort für eintragbar, mit der Maßgabe, daß sie erst bei Veräußerung des Grundstücks oder Beendigung des Nutznießungsrechts eintreten soll, und will dadurch die Unbequemlichkeiten beseitigen. Vgl. auch DNotV. **11** 670.

3. **RG.** SeuffA. **66** 368. Der Ehemann kann gegen die Frau auf Zahlung seiner Hypothek auf dem Illatengrundstücke klagen, weil das Verwaltungsrecht ihm nicht die Zwangsvollstreckung ermöglicht.

§ 1367. 1. HansGZ. **11** Beibl. 101 (Hamburg). Wertzuwachs des eingebrachten Gutes gehört der Frau.

2. OLG. **23** 404 (KG.) gegen OLG. **18** 75 (KG.). Anspruch auf Schmerzensgeld ist eingebrachtes Gut.

§ 1369. SeuffA. **66** 144, SchlHolstAnz. **10** 305 (Kiel). Die bis zum Tode des Ehemanns angeordnete Verwaltung des Erbteils erlischt im Zweifel auch schon mit der Ehescheidung.

2. Verwaltung und Nutznießung.

§ 1373. RG. SeuffA. **66** 368. Eine Besitzvermutung bezüglich des eingebrachten Gutes zugunsten des Mannes existiert nicht.

§§ 1374, 1375. *Stumpf, Erwerb von Grundstücken seitens des Ehemanns für die Ehefrau, WürttZ. **11** 53 ff. Der Ehemann hat Verwaltungsrecht nur am eingebrachten Gute. Entgeltlichen Erwerb, auch von Grundstücken, für die Ehefrau kann er daher nur mit Mitteln des eingebrachten Gutes machen (§ 1381), nicht mit anderen. Erklärt er, ein Grundstück für die Ehefrau zu erwerben, so muß er dem Grundbuchamte nach § 29 GBO. nachweisen, daß es mit Mitteln des eingebrachten Gutes geschehe und daß die Frau zustimme (§ 1375). Unentgeltlich erwerben kann er ohne weiteres; er muß aber zu seiner Legitimation dem Grundbuchamte die Unentgeltlichkeit nach § 29 GBO. nachweisen.

§ 1380. 1. **RG. 77** 34, JW. **11** 654, R. **11** Nr. 2740, 2906. a) Klagerhebung mit Zustimmung der Frau bedeutet, daß die Frau ihre Zustimmung zu der im Laufe des Rechtsstreits erforderlich werdenden Verfügung erteilt, wenn dieselbe nach § 1375 notwendig ist. b) Änderung des Antrags auf Leistung an die Frau ist keine

Klagänderung. Ebenso **RG.** WarnE. **11** 97 gegen OLG. **23** 409 (KG.), das Klagänderung angenommen hatte, wenn in erster Instanz aus § 1380 geklagt, in zweiter Instanz Zahlung an die Frau verlangt wird.

2. BadRpr. **11** 103 (Karlsruhe). Die Beweislast dafür, daß der gesetzliche Güterstand nicht vorliegt, trifft den, der einen abweichenden behauptet.

§§ 1381, 1375. RG. 76 135. Versichert der Ehemann die Sachen der Ehefrau im eigenen Namen, so erwirbt die Ehefrau den Anspruch aus dem Versicherungsvertrage gegen den Versicherer.

§ 1383. Buka, KGBl. **11** 83 (gegen LG. III aaO. 72). Der Mann erwirbt die Mieten des Illatengrundstücks schon vor der Fälligkeit, soweit sie sich auf die Zeitdauer seines Nutznießungsrechts erstrecken. Sein Nutznießungsrecht geht also dem Rechte des pfändenden Gläubigers vor. Die Pfändung wird aber mit der Auflösung der Ehe bezüglich des nichterworbenen Teiles wirksam. Der Ehemann kann also Aufhebung der Pfändung nur für die Zeit seines Erwerbes, über diese Zeit hinaus nur Feststellung verlangen.

§ 1384. RG. BayRpflZ. **11** 263, ElsLothJZ. **36** 507. Reparaturkosten, die den Umfang eines Umbaues annehmen, gehören nicht zu den Erhaltungskosten.

§ 1385. RG. 76 133. Bei der Versicherung auf seinen Namen bleibt der Mann sowohl dem Versicherer wie der Frau gegenüber Schuldner der Versicherungsprämien.

§ 1388. RG. R. **11** Nr. 2907. Haftung des Ehemanns für den Gerichtskostenvorschuß besteht auch nach Rechtsmittelzurücknahme der Ehefrau fort.

§§ 1391, 1418. Ziff. 1. HansGZ. **11** Beibl. 101 (Hamburg). a) Schuldhaftes Verhalten ist nicht notwendig, Verwahrlosung des eingebrachten Grundstücks genügt. b) Es kann z. B. die Herbeiführung der Entziehung einer Wirtschaftskonzession des eingebrachten Grundstücks, wenn das Grundstück entwertet wird, sowie die Kündigung eines Darlehens des Mannes an die Frau genügen.

§ 1395. 1. KGJ. **40** A 148, ZBlFG. **11** 331 (KG.). Quittungen der Ehefrau über Zahlungen, insbesondere für eine auf ihren Namen ausgestellte Hypothek, bedürfen der Einwilligung des Mannes.

2. ZBlFG. **12** 26 (BayObLG.). Die Ehefrau kann ohne Zustimmung des Ehemanns einer Genossenschaft beitreten.

3. SeuffA. **66** 326 (Dresden). Zur Abtretung einer erstrittenen vollstreckbaren Forderung gegen den Mann bedarf die Frau seiner Zustimmung.

4. OLG. **22** 416, WürttZ. **11** 268, BayNotZ. **11** 409 (Stuttgart). Zur Zwangsversteigerung eines den Ehegatten gemeinschaftlichen Grundstücks zum Zwecke der Teilung bedarf die Ehefrau der Zustimmung des Ehemanns.

5. BayRpflZ. **11** 123 (LG. Nürnberg). Wenn ein Vertreter der Ehegatten auf dem ihnen zu Hälften gehörigen Grundstück eine Hypothek bestellt, so enthält dies eine genügende Zustimmungserklärung des Ehemanns zu der Verfügung der Frau.

6. **RG.** JW. **11** 362, R. **11** Nr. 1318. Die Zustimmung des Ehemanns zur Verfügung der Ehefrau über eingebrachtes Gut kann stillschweigend im voraus unter Gestattung des Getrenntlebens durch Duldung selbständiger Verwendung ihres Vermögens gewährt werden.

§ 1399. KGBl. **11** 22 (KG.). Hatte der Mann nach § 1361 Unterhaltskosten zu tragen, so haftet das eingebrachte Gut der Frau auch für Arztkosten derselben ohne Zustimmung des Mannes.

§ 1400. Pinzger, R. **11** 194 (gegen Gaupp-Stein). Die Kosten des Versäumnisurteils bei der Klage auf Leistung und Duldung sind je nach dem Werte beider Rechte zu verteilen, außerdem ist jedoch noch eine gesamtschuldnerische Verpflichtung des Ehemanns für die Kosten der Frau im Urteil auszusprechen.

3. Schuldenhaftung.

§ 1410. Haftung der Frau für Arztkosten (vgl. JDR. **9**). 1. Kahn, JW. **11** 484, verlangt eine Bestimmung im Sinne des § 202 des Schweizer Gesetzbuchs, wonach die Frau für den zahlungsunfähigen Mann bezüglich der Schulden für den gemeinsamen Haushalt, insbesondere an den Arzt, haften soll, weil a) die Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht begründet sei, b) die Verschweigung der Kreditunfähigkeit allein keinen Anspruch aus § 826 gebe, also die Frau nur hafte, wenn sie selbst Zahlung versprochen, oder das Recht, ihren Mann zu vertreten, geradezu mißbrauche.

2. Josef, SeuffBl. **11** 13 ff., läßt die Frau des vermögenslosen Mannes falls die Schlüsselgewalt an sich besteht, dem Arzte nur aus § 826 haften.

4. Beendigung der Verwaltung und Nutznießung.

§ 1418. 1. **RG.** R. **11** Nr. 1571. Umstände, die erst während des Rechtsstreits eingetreten sind, sind für die Gefährdung mitzuberücksichtigen.

2. **RG.** JW. **11** 405, R. **11** Nr. 1752. Die Unterhaltspflicht ist schon dann verletzt, wenn der Ehemann, auch ohne aufgefordert zu sein, der Ehefrau nicht dasjenige an Unterhalt gewährt, was ihr zukommt.

3. SächsRpflA. **11** 411 (Dresden). Die Aufhebung des ehemännlichen Rechtes kann auf einzelne Gegenstände beschränkt und mit der Klage auf Aufhebung die Klage aus § 1421 verbunden werden.

5. Gütertrennung.

§ 1430. **RG.** R. **11** Nr. 1149. Soll die Übertragung der Verwaltung an den Mann unwiderruflich sein, so bedarf es dazu eines Ehevertrags.

II. Vertragsmäßiges Güterrecht.

1. Allgemeine Vorschriften.

§ 1432. 1. Vollenbeck, Umfang und Grenzen der Vertragsfreiheit im ehelichen Güterrechte, DNotV. **11** 687, 751, 839 ff. I. 1. Ehevertrag ist nur solcher Vertrag über die Rechte und Pflichten der Ehegatten gegeneinander und gegen Dritte, die sich für sie als Ehegatten unmittelbar aus den Vorschriften über das eheliche Güterrecht oder mittelbar aus den Bestimmungen eines diesen Vorschriften entsprechenden Ehevertrags ergeben. 2. Verträge der Ehegatten über ein einzelnes vermögensrechtliches Verhältnis sind dann keine Eheverträge, wenn sie sich darstellen als Abmachungen über Vermögensrechte, die von den persönlichen Rechten der Ehegatten als solcher unabhängig sind. Beispiele: Vereinbarungen, welche den Umfang des eingebrachten Gutes, Vorbehaltsguts oder Gesamtguts regeln, die Umwandlung eines Gutes in ein anderes Gut feststellen; Vereinbarungen, welche die Verfügungsmacht des Mannes oder der Frau den gesetzlichen Vorschriften gegenüber erweitern und beschränken; Änderungen der Verpflichtungen des Mannes aus §§1385—1387, Modifizierung der Bestimmung des §1415, Änderung der Auslegungsregeln der §§ 1429, 1430. Keine Eheverträge sind Verträge über Bestellung von Nießbrauch für den Mann an Gegenständen des Vorbehaltsguts oder an verbrauchbaren Sachen der Frau; Vereinbarungen über die Auseinandersetzung in Ansehung des Gesamtguts vor oder nach Beendigung der Gütergemeinschaft. 3. Nicht zu den Eheverträgen gehören Verträge über Ansprüche, die infolge der Wirkungen des ehelichen Güterrechts entstanden, mit ihrem Entstehen aber selbständige, von dem Güterrecht unabhängige Ansprüche geworden sind. Beispiele: die Vereinbarung, daß die Frau alle künftig fälligen Zinsen einer Illatenforderung erhalten soll, ist Güterstandsänderung, die Vereinbarung, daß die Frau rückständige Zinsen erhalten soll, nicht. Die Vereinbarung, daß bei der Gütertrennung der Mann auf künftige Beitragsleistungen der Frau verzichtet, ist Güteränderung, der Verzicht auf rück-

ständige Beitragsleistungen nicht. Die Vereinbarung, durch welche die notwendige Zustimmung des einen Ehegatten zu einem Rechtsgeschäfte des anderen für nicht erforderlich erklärt wird (§§ 1375, 1395, 1444—1446), ist güterrechtlich und ehevertragsbedürftig. II. Die Ehevertragsfreiheit wird in folgender Weise begrenzt: Entgegen der früheren Abhandlung von Vollenbeck, R. **04** 34 ist auch ein einheitliches vertragsmäßiges Güterrecht durch das BGB. gewollt. Nur die in dem 6. Titel geordneten Güterstände können den Eheverträgen zugrunde gelegt werden. Der Güterstand kann nur ausgestaltet werden mit der Beschränkung, daß Bestimmungen, die nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB. oder nach den besonderen Vorschriften für Eheverträge unzulässig sind, nicht getroffen werden. III. Allgemeine Grenzen des BGB. Als Grenzen bestehen: 1. § 135 Abs. 1 in bezug auf das Veräußerungsverbot der §§ 6 und 7 KO. 2. § 137 Satz 1 (anders Vollenbeck, R. **04** 36, 37). Beispiele: Keine Wirkung gegen Dritte haben Abreden a) daß beim gesetzlichen Güterrechte der Mann über das Vermögen der Frau nur mit Zustimmung der Frau, die Frau über ihr Vorbehaltsgut nur mit Zustimmung des Mannes verfügen kann; b) bei einem Gemeinschaftsgüterstande, daß der Mann über das Gesamtgut auch außerhalb der Fälle der §§ 1444—1446 nur mit Einwilligung der Frau, c) bei der Gütertrennung, daß der Ehegatte über sein Vermögen nur mit Zustimmung des anderen soll verfügen können; d) die Ehevertragsabrede, daß die Frau auch zu denjenigen Rechtshandlungen der Zustimmung des Mannes bedarf, bei denen sie das Gesetz befreit. 3. § 138. Beispiele: Abreden im voraus über die vermögensrechtlichen Nachteile für den Fall der Schuldigerklärung bei der Ehescheidung; Abreden, in welchen das Wahlrecht des § 1478 für die Auseinandersetzung im voraus ausgeschlossen wird; Abreden, durch die das gesetzliche Güterrecht in sein Gegenteil verkehrt, Verwaltung und Nutznießung des gegenwärtigen Vermögens des Mannes der Frau übertragen wird, durch welche das Recht der Frau, auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung aus § 1418 zu klagen, beschränkt oder ausgeschlossen wird. 4. § 310. Gegen Staudinger, Dernburg, Wieruszowski. Die Ansicht, die Übertragung des ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens des Mannes oder der Frau oder eines von ihnen zum gemeinschaftlichen Vermögen beider Ehegatten sei eine Durchbrechung des § 310, wird aufgegeben, weil § 310 nur eine obligatorische Verpflichtung enthält. Die Anwendung des § 310 ist nicht ausgeschlossen, z. B. Gütertrennung mit der Abrede, daß die Frau als einmalige Abfindung für ihre Beitragspflicht (§ 1427) sich verpflichtet, ihr gesamtes künftiges Vermögen oder einen Bruchteil zu übertragen. 5. § 312 Abs. 1. Anwendung: Nichtig ist die Abrede, durch die sich bei gesetzlichem Güterrechte die Frau dem Manne verpflichtet, eine für sie in Aussicht stehende Erbschaft, Erbteil, Vermächtnis oder Pflichtteil für den Fall, daß der Erblasser dies zu Vorbehaltsgut bestimmt, in eingebrachtes Gut zu verwandeln. Ebenso die Verpflichtung zur Verwandlung in Gesamtgut bei einem Gemeinschaftsgüterstande. Gültig ist dagegen die Abrede, durch die sich bei einem der drei Gemeinschaftsgüterstände der eine Ehegatte dem anderen gegenüber verpflichtet, einen oder mehrere einzelne Gegenstände für den Fall des Erwerbes als Vorbehaltsgut oder eingebrachtes Gut in Gesamtgut zu verwandeln. IV. Besondere Vorschriften des BGB., die positive Schranken der Ehevertragsfreiheit enthalten, sind §§ 1437, 1508 Abs. 2, 1542, 1518, 1526 Abs. 2, 1555. V. Zwingende Normen des BGB. Der Grund für den zwingenden Charakter einer Ehegüterrechtsnorm ist gegeben entweder durch das Wesen des einzelnen Güterstandes, durch das Schutzbedürfnis des einen Ehegatten gegenüber dem anderen, durch die Notwendigkeit der Wahrung von Rechten und Interessen Dritter. Als wesentlich bei jedem Güterstande sind zu bezeichnen: die Rechtsform und Rechtsverhältnisse, welche bei ihm nicht fehlen dürfen, wenn er das sein soll, was er seinem Begriffe nach ist, und wodurch er sich grundsätzlich

von den anderen Güterständen des BGB. unterscheidet. A. Gesetzliches Güterrecht. 1. Wesentlich beim gesetzlichen Güterrecht ist: a) Jeder Ehegatte bleibt Eigentümer seines Vermögens. b) Das Vermögen der Frau, soweit es nicht Vorbehaltsgut ist, unterliegt der Verwaltung und Nutznießung des Mannes. c) Der Mann trägt den ehelichen Aufwand. Daraus ergibt sich: Dem Wesen des Güterstandes widerspricht, wenn an Stelle des Nutznießungsrechts das Nießbrauchsrecht tritt, wenn das Verwaltungsrecht des Mannes allein oder allein sein Nutznießungsrecht ausgeschlossen werden soll, wenn an Stelle der Vorschriften über die Nutznießung an verbrauchbaren Sachen die Grundsätze des Nießbrauchs vereinbart werden sollen (gegen Staudinger). Nicht wesentlich ist, daß die Frau tatsächlich Vermögen hat oder erwirbt, das der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterliegt, daß der Mann die Verwaltung und Nutznießung am ganzen Vermögen der Frau habe, daß der Mann den ganzen ehelichen Aufwand zu tragen habe. 2. Schutzbedürfnis des einen Ehegatten gegenüber dem anderen. a) Der Mann hat die möglichste Erhaltung der Substanz und die ordnungsmäßige Bewirtschaftung zu leisten. Daher ist unzulässig der völlige Verzicht der Frau über die Rechte aus §§ 1372, 1374. Die Rechte der Frau gegenüber den Verfügungsrechten des Mannes aus § 1376 können erweitert, sogar die Rechte des Mannes aus § 1376 vollständig ausgeschlossen werden. Auch die Befugnisse des Mannes gegenüber dem § 1375 können erweitert werden. — Das Nichterfordernis der Zustimmung der Ehegatten auf alle Rechtsgeschäfte überhaupt würde gegen § 138 verstoßen, wohl aber kann die Zustimmung für alle im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung liegenden Verpflichtungen und Veräußerungsgeschäfte ausgeschlossen werden. b) Zwingende Pflichten des Mannes sind weiter: die Verwendung des Reinertrags gemäß § 1389 Abs. 2, die Sicherheitsleistung aus § 1391, die Pflicht aus § 1392. c) Nicht verzichtbar sind die Rechte der Frau aus §§ 1401, 1402, 1406, 1407, die Rechte aus §§ 1391, 1394, 1399 Abs. 1, 1418. Verzichtbar ist dagegen das Recht aus § 1377. Unverzichtbar ist das Recht des Mannes aus §§ 1373, 1379, 1372, das Recht des Mannes aus § 1395 in folgender Beschränkung: Die Vereinbarung, daß es der Einwilligung des Mannes nicht bedürfen soll, ist nichtig. Dagegen kann bezüglich einzelner Gegenstände der Ehefrau das Recht zuerkannt werden, daß sie auch ohne Einwilligung des Mannes über sie verfügen kann. d) § 1405. Verzicht auf das Recht zum Widerruf der Genehmigung zum Betrieb eines selbständigen Erwerbsgeschäfts ist nichtig. Zulässig ist, zwar nicht Dritten gegenüber, aber unter den Ehegatten, die Bestimmung, daß die Frau Geschäftsverbindlichkeiten nur bis zu einer bestimmten Summe eingehen darf. 3. Zur Wahrung von Rechten und Interessen Dritter sind zwingend: a) die Haftung des eingebrachten Gutes für Schulden der Frau ohne Rücksicht auf die Verwaltung und Nutznießung des Mannes, b) die Haftung des Mannes für die Verbindlichkeiten der Frau gemäß § 1388, c) die Haftung des Mannes für Geschäftsschulden der Frau aus § 1405, d) die Vorschriften über Prozeßführung durch den Mann und die Rechtskrafterstreckung des von einem Ehegatten geführten Rechtsstreits gegenüber dem anderen je nach dem Güterstande der Ehegatten. B. Gütertrennung. Wesentlich ist die Ausschließung jeder Verwaltung und Nutznießung des Mannes am Vermögen der Frau und die Tragung des ehelichen Aufwandes durch den Mann. C. Gemeinschaftsgüterstände. 1. Wesentlich ist, daß Gesamtgut vorhanden ist oder doch vorhanden sein kann, dem Gesamtgute der eheliche Aufwand zur Last fällt. a) Nicht wesentlich ist bei der Errungenschaftsgemeinschaft, daß Vorbehaltsgut der Frau vorhanden sei, oder daß eingebrachtes Gut des Mannes oder der Frau oder beider Ehegatten vorhanden sei (gegen Staudinger und Endemann). Daher ist die Bestimmung, das gegenwärtige und zukünftige Einbringen der Frau wird Vorbehaltsgut, bei Errungenschaftsgemeinschaft zulässig, bei der Fahrnisgemeinschaft nicht. b) § 1438 Abs. 2 ist streng zu interpretieren und duldet keine Anwendung auf analoge

Fälle. Alle Bestimmungen, wonach bei Errungenschaftsgemeinschaft Vorbehaltsgut oder eingebrachtes Gut in Gesamtgut verwandelt werden soll, oder Gegenstände Gesamtgut sein sollen, die dem Manne oder der Frau beim Eintritte der Errungenschaftsgemeinschaft gehören, wirken daher nicht dinglich, sondern nur obligatorisch. 2. Zwingende Vorschriften zum Schutze der Frau gegen den Mann: a) die Norm bezüglich der Einwilligung der Frau zu Rechtsgeschäften (§§ 1444—1446). Die Praxis läßt freilich Vereinbarungen der Ehegatten, durch welche bestimmt wird, daß es der Einwilligung der Frau zu Geschäften über Gesamtgutsgrundstücke nicht bedürfen soll, zu, gestattet sie für den Fall, daß sie sich auf Geschäfte beschränken, die im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung liegen; b) die Vorschriften, welche der Frau ein Recht zu selbständigem Handeln in den Fällen der §§ 1449—1454 gewähren; ferner § 1456 Abs. 2; c) Umgekehrt zum Schutze des Mannes ist unverzichtbar die Bestimmung des § 1447. 3. Wahrung von Rechten und Interessen Dritter. Zwingend sind die Bestimmungen über Haftung des Gesamtguts für die Schulden des Mannes und des Mannes für die Verbindlichkeiten der Frau (§§ 1459 Abs. 1 und 2, 1530 Abs. 2, 1549), die Bestimmungen über die Haftung für die nicht vor der Teilung des Gesamtguts berichtigten Gesamtgutsschulden (§ 1480), die Haftung des Mannes für Schulden des konsentierten Geschäfts der Frau, die Vorschriften über Prozeßführung durch den Mann und Rechtskrafterstreckung des von dem einen Ehegatten gegenüber dem anderen geführten Rechtsstreits.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 1020, JW. **11** 154, R. **11** Nr. 517. Die Vereinbarung, die Ehefrau dürfe über bestimmte Wertpapiere verfügen, bedarf der Ehevertragsform.

3. Die Zusicherung der Eheabfindung an den Ehemann für den Fall der Aufhebung häuslicher Gemeinschaft bedarf der Ehevertragsform (**RG.** JW. **11** 183), ebenso die Abrede der Rückwirkung (BayObLG. R. **11** Nr. 1755).

2. Allgemeine Gütergemeinschaft.

§§ 1438, 1439. 1. Vogel, SeuffBl. **11** 149 ff. Außer den im BGB. bezeichneten Gütergemeinschaftsverhältnissen (allgemeine Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft, Fahrnisgemeinschaft und fortgesetzte Gütergemeinschaft) kommen noch weitere Gütergemeinschaften vor, die nicht mit einem besonderen Namen ausgestattet sind: a) Gemeinschaft zwischen den Ehegatten nach Beendigung der Gütergemeinschaft, b) die Gemeinschaft zwischen den Ehegatten und den Erben des verstorbenen Ehegatten, c) die Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und dem gemeinschaftlichen Abkömmlinge nach Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft, d) die Gütergemeinschaft zwischen den Erben des überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen nach dem Tode des überlebenden Ehegatten. Im Sinne des § 48 GBO. ist das Gemeinschaftsverhältnis genügend bezeichnet, wenn es mit der Anführung der betreffenden Paragraphen des BGB. eingetragen wird. Das Grundbuch ist jedoch so lange unrichtig, solange ein solches Gemeinschaftsverhältnis nicht eingetragen ist; die Berichtigung wird notwendig, wenn eine Eintragung erfolgen soll.

2. Aschaffenburg, DJZ. **11** 1436, hält gegen **RG. 73** 309 die Ehegatten nicht für Gesamtgläubiger desjenigen, der der Ehefrau einen Schaden zugefügt hat. Er macht denselben Unterschied wie für den Fall des gesetzlichen Güterrechts. Bei der Schadenszufügung wegen Verletzung der Ehefrau muß daher auch der Schaden ersetzt werden, den der Ehemann erleidet, bei der Schadenszufügung aus § 3 HaftpflG. und § 11 AutomobilG.; dagegen kann nur die Ehefrau denjenigen Schaden verlangen, der ihr gemäß ihrer Beteiligung am Gesamtgut entsteht.

3. Josef, Wirkung der Gütergemeinschaft auf den Versicherungsanspruch, LeipzZ. **11** 915. Verschuldet die gütergemeinschaftliche Ehefrau grobfahrlässig den

Brand, so ist bezüglich der Wirkungen dieser unerlaubten Handlung zu unterscheiden: a) Der Mann hat einen Schadensanspruch gegen die Frau aus § 823 Abs. 1. Bei vorsätzlicher Schadenszufügung geht diese Forderung auf den Versicherer über, kann aber erst nach Trennung der Gütergemeinschaft verfolgt werden. Gegen den Schadensanspruch des Mannes erwächst dem Versicherer daraus keine Einrede. b) Einen eigenen Anspruch aus § 823 Abs. 1 hat der Versicherer gegen die Ehefrau nicht, aber auch keinen Anspruch aus § 826.

§ 1438. Abs. 3. *Bourier, BayNotZ. **11** 401. Diese Bestimmung will gleich § 894 BGB. nur die Berichtigung erleichtern. Die Folgerung, daß die Mitwirkung des anderen Teiles rechtlich unerläßlich sei, ist irrig. Über die rechtliche Voraussetzung einer Eintragung bestimmt Abs. 3 nichts.

§§ 1438, 1443. 1. KGJ. **40** A 153, ZBlFG. **12** 164 (KG.). Die Zustimmung der Ehefrau selbst zur Eintragung als Miteigentümerin eines Gesamtgrundstücks ist erforderlich. Sie kann nicht vom Ehemanne kraft seines Verwaltungsrechts erklärt werden.

2. *Bourier, BayNotZ. **11** 401. Der allein eingetragene Ehemann kann ohne Zustimmung der Frau die Eintragung eines Grundstücks zum ehelichen Gesamtgut im Grundbuche verlangen. Gegen BayObLG. **7** 46.

3. *Stumpf, WürttZ. **11** 65. Der Ehemann erwirbt Grundstücke zum Gesamtgut, auch wenn er erklärt, sie für sich zu erwerben. Der Grundbuchrichter hat sie stets als Gesamtgut einzutragen.

§ 1439. **RG.** JW. **11** 654, R. **11** Nr. 3326. Den Anspruch auf Schmerzensgeld kann die Ehefrau im eigenen Namen erheben.

§ 1440. *Stumpf, WürttZ. **11** 53 ff. Der Mann kann für sich von Dritten Grundstücke zum Vorbehaltsgut erwerben, muß aber die Voraussetzung des § 1440 nachweisen. Übertragung von Gesamtgutsgrundstücken in das Vorbehaltsgut und umgekehrt ist außer auf Umwegen nicht möglich, da es dazu einer Einigung zwischen einem Veräußerer und einem Erwerber bedürfte, beide aber dieselbe Person sind. Auch ein Ehevertrag genügt nicht, da er nicht den notwendigen dinglichen Erwerbstitel ersetzt.

§ 1443. 1. Aubele, JW. **11** 634, erklärt die Ehefrau nur dann als passiv legitimiert, wenn sie persönlich haftbar ist, gegen die weitergehenden Meinungen, daß sie stets oder doch zur Verurteilung auf Haftung mit dem Gesamtgute legitimiert sei.

2. SchlHolstAnz. **11** 87 (Kiel), R. **11** Nr. 1572 (Hamburg). Auch die Ehefrau kann mit Zustimmung des Mannes Ansprüche der Gütergemeinschaft einklagen.

§ 1445. RJA. **11** 75, KGJ. **40** A 157, R. **11** Nr. 3483, ZBlFG. **12** 96 (KG.). Erkennt der Ehemann in einem Prozeß eine Wegegerechtigkeit über ein gütergemeinschaftliches Grundstück im Vergleichsweg an und bewilligt die Eintragung, so bedarf die Eintragung im Vollstreckungswege der Zustimmung der Ehefrau. Der Vergleich genügt nicht, abweichend vom Urteile, weil der Vergleich nicht eine reine Prozeßhandlung, sondern zugleich privatrechtlicher Dispositionsakt ist.

§§ 1447, 1487. BayObLG. **11** 709, R. **11** Nr. 346 (BayObLG.). Die Ersetzung ist nur zulässig, wenn die ordnungsmäßige Verwaltung der Gütergemeinschaft sie erfordert, und nur denkbar, wenn alle Einzelheiten des Rechtsgeschäfts dem Gerichte dargelegt werden.

§ 1471. 1. HessRspr. **12** 216, ZBlFG. **12** 426 (Darmstadt). Nach Auflösung der Gütergemeinschaft ist Auflassung der Hälfte eines Grundstücks an die beiden Eheleute notwendig, um das Eigentum zu Bruchteilen erwachsen zu lassen. Die Auflassung eines Ehegatten bezüglich seines Anteils vorher ist rechtlich unwirksam.

2. PosMSchr. **11** 37 (Königsberg). Die Verfügung über einen zum Gesamtgute gehörigen Gegenstand für den Fall, daß er dem Verfügenden überwiesen werden sollte, ist unzulässig.

§ 1477. HansGZ. **11** Beibl. 107 (Hamburg). Das Übernahmerecht ist vererblich.

§ 1480. 1. **RG. 75** 295, JW. **11** 368, R. **11** Nr. 1573. Der Ehegatte, der bei der Auseinandersetzung aus dem Gesamtgute nichts erhalten hat, haftet nicht aus § 1480.

2. ElsLothJZ. **36** 82 (Colmar). Die Haftung des anderen Ehegatten ist nur dann gegeben, wenn tatsächlich eine Auseinandersetzung stattgefunden hat.

§ 1483. 1. Sommer, BayRpflZ. **11** 127. Der Anteil der Kinder an der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist kein Kindesvermögen, über das nach § 1640 Verzeichnis eingereicht werden müßte. Das ist bedenklich, weil eine Nachprüfung der Verwaltung der überlebenden Ehefrau unmöglich ist und eine Durchführung der Ansprüche aus §§ 1456, 1487, Feststellung der Rechte aus § 1499 Schwierigkeiten bereitet.

2. *Schwartze, Der Inhalt des Erbscheins 141—173. a) Im Falle des § 1483 Abs. 1 tritt der Erbschein in Konkurrenz mit einem Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft. Die Erbfolge findet nur in das Sondergut und Vorbehaltsgut des Verstorbenen statt. Das Recht des überlebenden Erben und der gemeinschaftlichen Abkömmlinge am Gesamtgute beruht nicht auf der Erbfolge. Erbschein und Zeugnis haben keine Angaben darüber zu enthalten, aus welchen Gegenständen der Nachlaß und das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft besteht. Der Erbschein muß jedoch die Klausel enthalten, daß der Anteil des Verstorbenen am Gesamtgute nicht zum Nachlasse gehört. Der § 1483 Abs. 1 führt eine dem Gegenstande nach beschränkte Erbfolge ein, die der Regel des § 1922 widerspricht; ein Erbrecht besonderer Art. Die Klausel veranlaßt den Grundbuchrichter, von den Erbscheinerben den Beweis zu fordern, daß das Grundstück zum Nachlaß und nicht zum Gesamtgute gehört. Der Erbschein ist nicht mit dem Zeugnisse des § 1507 zu verbinden. Das Vorhandensein von Sondergut und Vorbehaltsgut ist keine Voraussetzung für die Erteilung des Erbscheins. b) Bei dem Tatbestande des § 1483 Abs. 2 gehört der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgute zum Nachlasse, soweit das Erbrecht der einseitigen Abkömmlinge in Betracht kommt. Über den Anteil des verstorbenen Gatten am Gesamtgute können der überlebende Ehegatte und die gemeinschaftlichen Abkömmlinge nicht ohne Zuziehung der einseitigen Abkömmlinge verfügen, erst recht nicht über die einzelnen dazu gehörigen Gegenstände. Die Rechtsstellung der gemeinschaftlichen Abkömmlinge und des überlebenden Ehegatten richtet sich nach § 1483 Abs. 1. Der verstorbene Ehegatte wird von Miterben beerbt mit dem Gegenstande nach beschränkter und unbeschränkter Erbfolge. Diese Rechtslage ist im Erbscheine klarzustellen. Der Erbteil des überlebenden Ehegatten und der gemeinschaftlichen Abkömmlinge erstreckt sich auf den Nachlaß, zu dem nicht der Anteil des Verstorbenen am Gesamtgute der allgemeinen Gütergemeinschaft gehört, der Erbteil der einseitigen Abkömmlinge auf den Nachlaß im Sinne des § 1922. Der einseitige Abkömmling hat keinen Bruchteil am Anteil am Gesamtgute, keinen Bruchteil am Sondergut und Vorbehaltsgute des verstorbenen Ehegatten, da diese drei Vermögensmassen bei ihm zu einer Masse, dem Nachlasse, verschmolzen sind. Die Rechte der einseitigen Abkömmlinge auf den Anteil des verstorbenen Ehegatten an dem Gesamtgute sind im Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft hervorzuheben.

3. *Hothorn, Rechtsstellung des befreiten Vorerben 79. Eine Verquickung von Vorerbrecht und fortgesetzter Gütergemeinschaft ist unmöglich; eine zugunsten des überlebenden Ehegatten erfolgte Vorerbeinsetzung muß als eine Verfügung aufgefaßt werden, die mit der Bestimmung erfolgt ist, daß der Erwerb zufolge Vorerbrecht Vorbehaltsgut des überlebenden Ehegatten sein soll.

4. **RG. 75** 414. Anteil an der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist Vermögen des Abkömmlinges im Sinne des § 23 ZPO.

§§ 1491, 1480. RG. JW. 11 449. Die abgeschichteten Kinder haften mit ihren Schichtteilen für die Verpflichtung aus einer Kreditbürgschaft, die vor der Schichtung eingegangen ist, wenn auch aus dieser Verpflichtung erst später eine Forderung erwächst.

§§ 1492, 2040. BayRpflZ. 11 91 (BayObLG.). Der Auseinandersetzungsvertrag kann auch in der Weise wirksam geschlossen werden, daß zwei Teilhaber sich einigen, ein dritter zu gerichtlichem Protokolle zustimmt und der letzte die Frist nach § 93 FGG. versäumt, wenn der Notar oder das Nachlaßgericht dann den Auseinandersetzungsvertrag bestätigt.

§ 1496. Lewis, ZBlFG. 11 690—695. Hat der Minderjährige gegen den gesetzlichen Vertreter einen Pflichtteilsanspruch, so kann der Vertreter diese Ansprüche nicht einmal erfüllen, weil hierin zugleich die Ausübung eines Gestaltungsrechts liegt, und er kann vollends nicht über die Geltendmachung des Anspruchs entscheiden oder ihn geltend machen. (Gegen das KG.).

§ 1509. *Schwartze. Im Falle des § 1509 kann nur ein Erbschein nach dem verstorbenen Ehegatten erteilt werden. Der Anteil am Gesamtgute gehört zum Nachlasse.

§ 1511. *Schwartze. Der ausgeschlossene gemeinschaftliche Abkömmling ist nicht als Anteilsberechtigter in dem Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft zu erwähnen. Er hat ein dem Gegenstande nach beschränktes Erbrecht hinsichtlich des Vorbehalt- und Sonderguts, hinsichtlich des Gesamtguts nur einen obligatorischen Pflichtteilsanspruch. Sind sämtliche Abkömmlinge von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgeschlossen, so kann ein Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht erteilt werden, sondern nur ein Erbschein.

§ 1513. *Schwartze aaO. 170 ff. Durch die Anordnung des § 1513 Abs. 1 wird der Inhalt des Erbscheins und des Zeugnisses über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht beeinflußt. Der Abs. 1 ist eine verfehlte Vorschrift. In dem Falle des § 1513 Abs. 2 bleibt der Abkömmling trotz der angeordneten Beschränkung Mitglied der Gütergemeinschaft. Erhält er den Gesamtgutsanteil nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft als Vorerbe, so ist dies im Zeugnisse hervorzuheben; § 1513 Abs. 2 spricht nur von dem Anteile des Abkömmlinges am Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft, nicht wie § 1513 Abs. 1 von dem dem Abkömmlinge nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft zufallenden Anteile. Hat der Erblasser die Verwaltung des Anteils am Gesamtgute für die Lebenszeit des Abkömmlinges einem Testamentsvollstrecker übertragen, so kann sich diese Beschränkung nach dem Wortlaute des § 1513 Abs. 2 schon auf die Zeit beziehen, wo die Gütergemeinschaft fortgesetzt wird. Der überlebende Ehegatte bedarf bei dieser Rechtslage in den Fällen der §§ 1444 bis 1446 der Einwilligung des Testamentsvollstreckers anstatt der des Abkömmlinges. Die Anordnung des Ehegatten darf im Zeugnisse nicht fortgelassen werden. Hat der Testamentsvollstrecker sein Amt erst bei der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft anzutreten, so hat der durch die Anordnung beschränkte Abkömmling während der Fortsetzung der Gütergemeinschaft die Rechte der übrigen anteilsberechtigten Abkömmlinge. In diesem Falle ist die Beschränkung der Abkömmlinge in das Zeugnis nicht aufzunehmen. Die Anordnung des § 1513 Abs. 2 ändert den Inhalt des Erbscheins nach dem verstorbenen Ehegatten nicht.

§ 1518. *Schwartze aaO. 173 ff. Das Erbrecht und die Erbteile der einseitigen Abkömmlinge bestimmen sich nach § 1483 Abs. 2 so, wie wenn fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht eingetreten wäre. Anordnungen, die mit dieser Vorschrift in Widerspruch stehen, können nach § 1518 von den Ehegatten weder durch letztwillige Verfügung noch durch Vertrag getroffen werden. Die Ehegatten können also nicht vorschreiben, daß sich das Erbrecht und die Erbteile der einseitigen Ab-

kömmlinge so bestimmen, wie wenn fortgesetzte Gütergemeinschaft eingetreten wäre. Sie können nicht anordnen, daß die einseitigen Abkömmlinge mit dem überlebenden Ehegatten die Gütergemeinschaft fortzusetzen haben, oder daß auch den einseitigen Abkömmlingen gegenüber der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgute nicht zum Nachlasse gehören soll. Sie dürfen auch nicht verfügen, daß sich das Erbrecht der einseitigen Abkömmlinge auf das Vorbehalts- und Sondergut beschränken soll. Der Umfang des Nachlasses, an dem die einseitigen Abkömmlinge als Miterben beteiligt sind, ist durch § 1483 Abs. 2 bindend für die Ehegatten festgelegt. Auch durch Teilungsanordnungen der Ehegatten kann an diesem Umfange des Nachlasses nichts geändert werden. Entziehen kann der verstorbene Ehegatte seinen einseitigen Abkömmlingen ihr Erbrecht, sie auf den Pflichtteil als Vermächtnisnehmer beschränken. Wenn er ihnen aber ihr Erbrecht läßt, so kann er dieses Erbrecht wohl der Quote, aber nicht dem Gegenstande nach abweichend vom Gesetze regeln.

3. Errungenschaftsgemeinschaft.

§ 1521. *Stumpf, WürttZ. **11** 53 ff. Erklärt bei unentgeltlichem Erwerbe von Grundstücken der Ehemann, er erwerbe für sich, so kann er sie auf seinen Namen eintragen lassen oder auf das Gesamtgut. Erklärt er, er erwerbe für die Frau, so kann er nur auf deren Namen eintragen lassen, nicht auf das Gesamtgut, weil das außerhalb seines Verwaltungsrechts am eingebrachten Gute der Frau läge. Erklärt er, er erwerbe für beide Ehegatten, so wird der Erwerb nicht Gesamtgut, sondern gemeinschaftliches Gut je zur Hälfte. Bei entgeltlichem Erwerbe tritt, wenn der Mann erklärt, er erwerbe für sich oder für das Gesamtgut, stets Erwerb für das Gesamtgut ein. Erklärt er, er erwerbe für die Frau, so wird das Grundstück eingebrachtes Gut, wenn er die Voraussetzung der §§ 1523, 1524 nach § 29 GBO. nachweist, sonst Gesamtgut. In beiden Fällen muß der Ehemann, um ein Verwaltungsrecht darzutun, nachweisen, daß der Erwerb mit Mitteln des eingebrachten Gutes der Frau gemacht ist.

4. Fahrnisgemeinschaft.

§ 1549. **RG.** R. **11** Nr. 3327. Die Ehefrau kann den Schaden wegen der ihrem Ehemann entgehenden Dienste im eigenen Namen mit der Zustimmung ihres Ehemanns erheben. Vgl. JW. **11** 654.

§§ 1550, 1551. 1. **RG. 75** 298, JW. **11** 368. Der Anteil eines Ehegatten an einem Nachlasse fällt, insoweit dieser Nachlaß aus unbeweglichen Gütern besteht, ganz dem eingebrachten Gute zu ohne Rücksicht darauf, ob der Ehegatte bei der Auseinandersetzung bewegliches oder unbewegliches Gut erhält. — Gegen Meikel, der § 1551 nur bei Alleinerbschaft anwenden will und Staudinger, der nur die Qualität des Zugeteilten entscheiden läßt, JDR. **2** (vgl. auch JDR. **8**). Vgl. auch **RG.** R. **11** Nr. 3097, BayNotZ. **11** 365, JW. **11** 654.

2. ElsLothNotZ. **31** 285, ZBlFG. **12** 279 (Colmar). Die Ehefrau in der Fahrnisgemeinschaft kann ohne Zustimmung ihres Ehemanns in Surrogation ihres eingebrachten Gutes Grundstücke zum alleinigen Eigentum erwerben.

III. Güterrechtsregister.

§ 1558. ElsLothNotZ. **30** 362 (Colmar). Wohnen die Eheleute im Auslande, so ist kein inländisches Gericht für die Eintragung des Güterrechtsregisters zuständig.

Siebenter Titel. Scheidung der Ehe.

§ 1565. 1. **RG.** 29. 5. 11, GruchotsBeitr. **55** 1072 ff., BayRpflZ. **11** 404. Der Ehegatte, der auf Scheidung wegen Ehebruchs und wegen Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses geklagt hat, kann nicht verlangen, daß der Ehebruch festgestellt wird, wenn der andere Klagegrund schon spruchreif ist. So schon **RG. 55** 244 ff.

2. HansGZ. **11** Beibl. 135 (Hamburg). Ein Ehebruch im Sinne des § 1565 liegt nicht vor, wenn ein Ehegatte mit einer anderen Person geschlechtlich verkehrt, in der irrtümlichen Annahme, seine Ehe sei durch Scheidung aufgelöst.

§ 1567. 1. **RG.** JW. **11** 405. Es mag Fälle geben, in denen auch Äußerungen des verlassenen Ehegatten, die er dritten Personen gegenüber fallen läßt, dem Tatrichter für die Feststellung genügen können, daß der Wille der Wiedervereinigung nicht fortbestanden, der verlassene Ehegatte vielmehr dem anderen Teile das Getrenntleben gestattet habe. Allein der verlassene Ehegatte begibt sich noch in keiner Weise irgendwelcher Rechte, wenn er in Rücksicht darauf, daß er sich von der Rückkehr des anderen Teiles nichts gutes verspricht, zumal im Unmute dem Wunsche Ausdruck gibt, daß es lieber zur Scheidung käme. Ein solcher Wunsch ist mit dem ernsten Vornehmen, im Falle der Rückkehr des abtrünnigen Teiles seinen Pflichten im vollen Umfange gerecht zu werden, sehr wohl vereinbar.

2. **RG.** JW. **11** 281. Handelt ein Ehegatte beim Fernbleiben von der häuslichen Gemeinschaft im guten Glauben, ein ihm zustehendes Recht auszuüben, so mangelt seiner Nichtbefolgung des auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft erkennenden Urteils das im § 1567 Nr. 1 aufgestellte Erfordernis der böslichen Absicht.

§ 1568. 1. **RG.** JW. **11** 369. Die Tatsache der Erhebung der Herstellungsklage wird unter Umständen geeignet sein, den Schluß zu rechtfertigen, daß der Kläger die ihm damals schon bekannten Scheidungstatsachen nicht als ehezerrüttend empfand. In einem solchen Falle wird es dann auf die näheren Umstände ankommen, unter denen die Herstellungsklage erhoben worden ist. Es kann aber nicht anerkannt werden, daß rechtsgrundsätzlich die zuvorige Erhebung der Herstellungsklage insoweit ein Hindernis für die Durchführung der Scheidungsklage aus § 1568 abgäbe, als sie von vornherein den Mangel eines Tatbestandsmerkmals offenbare und deshalb mit dem späteren Scheidungsbegehren unvereinbar sei.

2. **a) RG.** JW. **11** 48. Das Verschulden im Sinne des § 1568 muß im Willen und im Bewußtsein des Handelnden gesucht werden, nicht in der ungewollten Wirkung seiner Handlungen. **b) RG.** JW. **11** 99. Der Ehescheidungskläger hat den vollen Tatbestand des § 1568 BGB. und zwar einschließlich derjenigen Umstände, aus denen sich das Verschulden des anderen Ehegatten ergibt, darzutun (vgl. **RG.** R. **05** 343). Dieser Beweispflicht wird der Kläger in der Regel dann genügen, wenn er einen Sachverhalt darlegt, der bei einem Menschen von normaler Geistesbeschaffenheit ein Verschulden ergeben würde. Bestreitet der beklagte Ehegatte letztere, indem er behauptet, daß er unter dem Einfluß einer krankhaften Geistesstörung gehandelt habe, so kann der Kläger nicht schon deswegen abgewiesen werden, weil es nicht gelungen ist, geradezu die Unrichtigkeit der Behauptung des Beklagten zu erweisen. Es ist vielmehr im einzelnen Falle zu entscheiden und wesentlich Frage der tatsächlichen Würdigung, ob sich nach den Umständen des Falles ein Bedenken gegen die Verantwortlichkeit des Beklagten rechtfertigen läßt.

3. B e i d e r s e i t i g e s V e r s c h u l d e n (JDR. **1** Ziff. 7 a, **3** u. **5** Ziff. 2 b, **6** u. **7** Ziff. II 2, **9** Ziff. 3). **a) RG.** 24. 5. 11, HansGZ. **11** Beibl. 298. Eigenes Verschulden des auf Scheidung Klagenden ist nicht nur dann von Bedeutung, wenn es unmittelbare Veranlassung zu den Verfehlungen des anderen Teiles war. Auch wenn lediglich ein mittelbarer Zusammenhang besteht, können eigene Verfehlungen des einen Teiles unter Umständen sehr wohl geeignet sein, Pflichtverletzungen des anderen Teiles den Charakter von s c h w e r e n Pflichtverletzungen zu nehmen. **b) RG.** JW. **11** 365. Der Umstand, daß die Ehe bereits zerrüttet war, als die Pflichtverletzung begangen wurde, schließt deren Verwertung als Scheidungsgrund nicht aus. Es genügt vielmehr, wenn die Pflichtverletzung dazu beigetragen hat, die bestehende Zerrüttung zu vertiefen und zu befestigen und so die der Aussöhnung entgegenstehenden Hindernisse zu vermehren. **c) RG.** R. **11** Nr. 751. Eine Ehezer-

rüttung kann auf seiten des ehebrecherischen Ehemanns nicht schon deshalb angenommen werden, weil sich die Ehefrau durch dessen erhebliche Eheverfehlungen zu groben Beschimpfungen während des Scheidungsprozesses hinreißen läßt.

4. Trunksucht (JDR. **1** Ziff. 7 d aE., **2** Ziff. 2, **4** Ziff. II e, **5** Ziff. 3 e, 8, **9** Ziff. 4). **RG.** JW. **11** 369. Trinkt eine Frau gewohnheitsmäßig mehr, als sich für sie guter Sitte entsprechend geziemt, so handelt sie damit noch nicht ehrlos oder im Sinne des Gesetzes unsittlich. Das eine oder andere trifft nur zu, wenn ihre Unmäßigkeit so weit geht, daß sie ihr nach den herrschenden Ehrbegriffen einen gänzlichen Verlust der äußeren Achtung einzubringen vermag, oder wenn sie dem allgemeinen sittlichen Empfinden in schroffer Weise zuwiderläuft. — Hat bei solchem vorhandenen Hange zum Trunke der Mann es unterlassen, nach Möglichkeit darauf hinzuwirken, daß die Widerstandsfähigkeit gegen den Anreiz und die sittliche Kraft zu seiner Überwindung bei der Frau gestärkt wurde, hat er vielmehr durch sein Verhalten selbst dem Überhandnehmen dieses Anreizes in wesentlichem Maße Vorschub geleistet, so wird die erforderliche objektive Abwägung durch den Richter des Eheprozesses nicht dahin führen dürfen, ihm die Fortsetzung der Ehe nicht zuzumuten.

5. Verweigerung des Geschlechtsverkehrs (JDR. **1** Ziff. 7 d, **2** Ziff. 3 f, **5** Ziff. 3 b, **6** Ziff. II 5, **9** Ziff. 5). HansGZ. **11** Beibl. 239 (Hamburg). Hartnäckige Beischlafsverweigerung bildet einen Ehescheidungsgrund. — Die Frage, ob eine Ehefrau verpflichtet ist, sich einer ärztlichen Operation zu unterziehen, um dem Ehemanne die Möglichkeit des Beischlafs zu gewähren, der ohne eine solche unausführbar ist, wird nicht entschieden, aber ausgesprochen, daß sie sich gewisse Eingriffe zweifellos gefallen lassen muß.

6. Beleidigungen (JDR. **9** Ziff. 6). a) **RG.** R. **11** Nr. 1152. Die Unwahrheit ehrenkränkender Äußerungen hat der Ehegatte zu beweisen, der darauf seine Scheidungsklage stützt. **b)** **RG.** R. **11** Nr. 1153. Äußerungen zu dritten Personen über die Intimitäten des ehelichen Lebens können auch dann, wenn sie der Wahrheit entsprechen, Eheverfehlungen bilden und zwar sowohl als Beleidigung des anderen Eheteils, wie aus dem Gesichtspunkt eines unsittlichen Verhaltens.

7. Eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten wurde in folgenden einzelnen Fällen a) angenommen: α. **RG.** JW. **11** 488, GruchotsBeitr. **55** 1025. Es kann nicht zugegeben werden, daß es einem Ehegatten ein für allemal versagt sein müsse, gegen den anderen Gatten strafgerichtliches Einschreiten wegen einer strafbaren Handlung zu veranlassen; aber unter gewissen Umständen kann die Erstattung einer Strafanzeige als unverträglich mit der rechten ehelichen Gesinnung erscheinen. Die von einem Ehegatten gegen den anderen in gutem Glauben und zur Wahrnehmung berechtigter Interessen erstattete Strafanzeige wird in der Regel als keine schwere Eheverfehlung anzusehen sein. Vgl. auch JW. **11** 154. β. **RG.** JW. **11** 983. Das von einem Ehegatten bei bestehender Ehe einem Dritten gegenüber abgegebene Eheversprechen hat unter gewöhnlichen Verhältnissen als eine die Anwendung des § 1568 rechtfertigende schwere Eheverfehlung zu gelten. Es können aber in den das Eheversprechen begleitenden Nebenumständen erhebliche Milderungsgründe vorliegen, die eine andere Auffassung zulassen. γ. **RG.** 13. 2. 11, R. **11** Nr. 1756. Kümmert sich der Mann nicht um seine Frau, nachdem sie mit ihrer Scheidungsklage abgewiesen ist und selbst einer Annäherung widerstrebt, so liegt darin nur unter besonderen Umständen eine Eheverfehlung. δ. **RG.** R. **11** Nr. 1320. Es ist wesentlich Sache der tatsächlichen Würdigung, ob ein Vorkommnis, das an sich als schwere Eheverfehlung erachtet werden könnte, durch die näheren Umstände soweit entschuldigt wird, daß ihm die Eigenschaft einer solchen Verfehlung nicht mehr zukommt. Vgl. auch JW. **11** 369. **b)** nicht angenommen: **RG.** R. **11** Nr. 1757. Die Wiederaufnahme des — nicht geschlechtlichen — Verkehrs einer verheirateten Frau mit einem 76 jährigen Manne,

mit dem sie vor der Ehe Geschlechtsverkehr gepflogen hatte, enthält dann keine schwere Eheverfehlung, wenn sie nur erfolgte, weil der Ehemann sie nach ihrer Entlassung aus dem Irrenhaus im Stiche gelassen hatte und sie deshalb diese Unterkunft suchen mußte; anders, wenn sie ohne dringende Veranlassung die Beziehungen wieder aufnahm.

§ 1569. SeuffBl. **11** 606 (Nürnberg). § 1569 setzt die Ausschließung der geistigen Gemeinschaft voraus. Damit ist eine höhere Gemeinschaft als das bloße Zusammenleben der Ehegatten gemeint, nämlich eine solche, bei der diese zu gemeinsamem Denken und Fühlen befähigt sind. § 1569 setzt beim geisteskranken Ehegatten nicht, wie in den Fällen des sogenannten geistigen Todes, der völligen Verblödung, die Unmöglichkeit voraus, mit irgendwelchen Personen irgendwelche geistige Gemeinschaft zu pflegen; es genügt vielmehr, daß solche Gemeinschaft „zwischen den Ehegatten" besteht. Die eheliche Gemeinschaft ist ein auf sittlichen Rechten und Pflichten beruhendes Lebensverhältnis. Wenn von einem Fortbestehen, einer Fortbetätigung dieser Gemeinschaft gesprochen werden soll, sind entsprechende reale Anhaltspunkte dafür zu erfordern. Das Fortbestehen dieser ehelichen Gemeinschaft wird nicht schon damit dargetan, daß der geisteskranke Ehegatte noch weiß, er stehe mit dem anderen Ehegatten in der Ehe und aus dem Ehebande kämen ihm gewisse Rechte zu.

§ 1570. *Ebbecke, R. **11** 754. Die Verzeihung, die ein Ehegatte dem anderen gewährt, erfolgt in der selbstverständlichen Voraussetzung, daß der andere Ehegatte sich keiner weiteren Verfehlung schuldig macht. Eine fernere der Verzeihung innewohnende Voraussetzung ist es, daß der andere Ehegatte auch seinerseits den ihm damals zustehenden Scheidungsanspruch, mag er den Anspruch damals bereits gekannt haben oder erst später erfahren haben, nicht geltend macht. Geschieht dies dennoch, so kann der die Verzeihung gewährende Ehegatte auf die verziehenen Verfehlungen zum Zwecke der Begründung des Antrags auf Mitschuldigerklärung zurückgreifen.

§ 1571. **RG.** IDR. **9** Ziff. 2 auch PosMSchr. **11** 100.

§ 1572. Heinsheimer, JW. **11** 790 ff. Von der Klagerhebung an laufen auch für eine etwaige Widerklage die Fristen des § 1571 nicht mehr (aM. **RG. 57** 192, JW. **04** 204, **08** 433, **09** 689).

§ 1574. HansGZ. **11** Beibl. 299 (Hamburg). Der Antrag auf Schuldigerklärung des anderen Ehegatten ist nicht in dem Sinne zu verstehen, daß er die alleinige Schuld an der Ehezerrüttung trage.

§ 1575. 1. **RG.** 18. 5. 11, JW. **11** 655, GruchotsBeitr. **55** 1084 ff. Der Kläger oder Widerkläger, auf dessen Antrag die Scheidung ausgesprochen ist, kann gegen das Scheidungsurteil Berufung oder Revision auch lediglich zu dem Zwecke einlegen, um nachträglich den Scheidungsantrag in den Antrag auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft umzuwandeln. Jedenfalls ist dann, wenn der Antrag auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erst in der Revisionsinstanz gestellt und zugelassen worden ist, auch der Gegner befugt, den Antrag aus § 1575 Abs. 1 Satz 2 noch in der Revi ionsinstanz zu stellen.

2. Über die rechtliche Natur der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (s. zunächst IDR. **8** Ziff. 1) nach deutschem Rechte vgl. die Ausführungen und Literaturangaben FischersZ. **39** 198.

§ 1576. SächsIM. 16. 5. 11, FischersZ. **39** 197 ff. Die im § 1576 vorgesehene Umwandlung der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft in die Scheidung hat das von einem deutschen Gericht erlassene Urteil auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gemäß §§ 1575 ff. zur Voraussetzung (vgl. Erler, Ehescheidungsrecht [2] 82, 83 Anm. 6). Es kann mithin auf Grund eines Urteils, das auf Scheidung von Tisch und Bett im Sinne der beständigen Trennung von Tisch und Bett des österreichischen Eherechts gerichtet ist, die Scheidung nach § 1576 BGB. nicht ausgesprochen werden.

§ 1578. 1. SächsRpflA. **11** 491 (Dresden). Die Tatsache der Schuldigerklärung allein genügt nicht, um dem Gegner des für schuldig Befundenen diesem gegenüber ohne weiteres einen Ersatzanspruch wegen der für ihn aus der Ehescheidung entstehenden, wirtschaftlichen Nachteile zu geben. Vielmehr müssen noch besondere Umstände hinzutreten, welche dem schuldigen Teile eine solche Haftung für sein, den ehelichen Pflichten zuwiderlaufendes Gebahren, sei es nun auf Grund Vertrags oder auch aus dem Gesichtspunkt einer unerlaubten Handlung im Sinne von §§ 823 ff., aufzubürden geeignet erscheinen. Vgl. **RG. 72** 128.

2. **RG.** JW. **11** 454. Allerdings richtet sich die Höhe des Anspruchs der geschiedenen Frau an sich nach denjenigen Verhältnissen, unter welchen bei bestehender Ehe die Parteien gelebt haben; jedoch muß die Klägerin, wenn die Leistungsfähigkeit des Beklagten sich nach der Scheidung vermindert hat, die hierdurch herbeigeführte Minderung des Unterhalts sich ebenso gefallen lassen, wie dies der Fall wäre, wenn die Ehe noch bestünde. Vgl. JDR. **8** Ziff. 2.

3. Beweislast (JDR. **7** Ziff. 3). **RG.** JW. **11** 454. Die Beweislast für die Angemessenheit des geforderten Unterhaltsbetrags trifft die Klägerin; den Beweis für die mangelnde Leistungsfähigkeit nach § 1579 hat der Beklagte zu führen.

4. **RG.** 24. 11. 10, JW. **11** 155. Das Vorhandensein eines körperlichen Leidens der geschiedenen Ehefrau kann für die Ermittelung des ihr von dem für schuldig erklärten Ehemanne zu gewährenden Unterhaltsbeitrags nach zwiefacher Richtung von Belang sein. Einerseits hinsichtlich der Höhe des zum standesmäßigen Unterhalt erforderlichen Betrags, indem die Behandlung eines chronischen Leidens ständige Aufwendungen für Kurkosten notwendig machen, möglicherweise auch die ganze Lebensführung der Klägerin infolge der erforderlichen Rücksichtnahme auf ihren körperlichen Zustand kostspieliger gestalten kann. Andererseits kann die Fähigkeit der Klägerin zu eigenem Erwerbe durch die Krankheit beeinträchtigt werden.

5. R. **11** Nr. 1154 (Stuttgart). Eine auf § 1578 zu stützende Unterhaltsklage kann vor rechtskräftiger Scheidung der Ehe nicht erhoben werden.

§ 1579. 1. **RG.** 13. 3. 11, **75** 433ff., JW. **11** 454. Dem geschiedenen Ehegatten ist nicht ein Vorzug vor dem neuen Ehegatten oder den minderjährigen unverheirateten Kindern gegeben, denn deren Interessen sind bei Bemessung des Unterhalts der geschiedenen Ehegatten bereits berücksichtigt. Umgekehrt kann auch nicht der Satz aufgestellt werden, daß der geschiedene Ehegatte diesen Personen nachstände. Es ist vielmehr im einzelnen Falle nach Billigkeit zu entscheiden, ob der Unterhaltsanspruch des einen oder anderen Beteiligten vorzugsweise Berücksichtigung verdient. Die Billigkeit kann unter Umständen dahin führen, daß der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten gänzlich in Wegfall kommt (**RG. 48** 112). Die Regel wird aber sein, daß alle Beteiligten unter Berücksichtigung ihrer Vermögens- und Erwerbsverhältnisse und namentlich ihrer Bedürfnisse eine entsprechende Herabsetzung des ihnen zukommenden Unterhalts sich gefallen lassen müssen.

2. **RG.** 12. 1. 11, **75** 124 ff., JW. **11** 281, NaumburgAK. **11** 18. Die zur Zeit der Scheidung feststehende Tatsache, daß das Gehalt des Ehemanns in Zukunft bestimmt und erheblich steigen wird, ist bei der Ermittelung der Lebensstellung der Parteien zu jener Zeit und des sich danach richtenden Unterhaltsbedarfs der Ehefrau nicht außer acht zu lassen. Soweit etwa die unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte ermittelte standesgemäße Unterhaltsrente so hoch ist, daß der Ehemann sie im Hinblick auf das zur Zeit der Scheidung bezogene Gehalt gemäß § 1579 BGB. nicht zu leisten braucht, ist sie zunächst niedriger zu bemessen. Denn die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten richtet sich nicht endgültig nach den Vermögensverhältnissen zur Zeit der Scheidung, sondern nach den jeweiligen Vermögensverhältnissen. Das kann im Ergebnisse dazu führen, daß die der Ehefrau zugesprochene Rente von vornherein nach Maßgabe der in Aussicht stehenden Gehaltssteigerung abgestuft wird.

Zweiter Abschnitt. Verwandtschaft.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 1589. RG. (Straff.) DJZ. **11** 1092. Im Sinne des § 52 Abs. 2 StGB. ist das außereheliche Kind zu den Angehörigen auch des Erzeugers zu zählen.

Zweiter Titel. Eheliche Abstammung.

§ 1591. 1. Josef, Das vorläufige Ende des Kwilecki-Prozesses, KGBl. **11** 117—120. Die §§ 1591 ff. regeln nur die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Kind, dessen Mutter feststeht, als eheliches zu gelten hat. Hiervon zu unterscheiden ist der Fall, daß ein Kind im Personenstandsregister als ehelich geboren eingetragen ist, auch vom Manne der im Register als die Mutter bezeichneten Frau als eheliches anerkannt wird, während es in Wahrheit gar nicht von der dort bezeichneten Mutter geboren, sondern nur untergeschoben ist. In diesem Falle kann, wenn das Kind ein uneheliches ist, dessen Mutter den Anspruch auf Herausgabe des Kindes (§ 1707 Satz 2) gegen den angeblichen Vater verfolgen. Eine Vorschrift, wonach sie gleichzeitig durch Klage gegen das Kind selbst dessen Familienstand (uneheliche Geburt) feststellen lassen müsse, besteht nicht. Schwierigkeiten können sich hieraus nicht ergeben; denn es wird durch ein solches Urteil die Unehelichkeit zwar nur gegenüber dem Vater festgestellt; auf Grund dieses Urteils wird aber das Personenstandsregister dahin berichtigt, daß der dort bezeugte Geburtsfall tatsächlich nicht erfolgt ist. — Klagt die uneheliche Mutter im gedachten Falle gegen das Kind auf Feststellung des zwischen beiden bestehenden Verwandtschaftsverhältnisses, so hat der Rechtsstreit die Feststellung des Bestehens eines Eltern- und Kindesverhältnisses zwischen den Parteien zum Gegenstande (§§ 640 ff. ZPO.).

2. **RG.** SeuffBl. **11** 103. Auch aus dem Reifegrade des Kindes kann die offenbare Unmöglichkeit der Erzeugung des Kindes durch den Ehemann gefolgert werden (**RG.** JW. **04** 236).

§ 1593. FischersZ. **38** 356 (München) siehe bereits JDR. **8** § 1591 Ziff. 2.

§ 1594. SchlHolstAnz. **11** 17 (Kiel. Begriff der höheren Gewalt. Verschulden des Anwalts in der Bestellung eines Pflegers ist keine höhere Gewalt Vgl. **RG.** BayRpflZ. **11** 22.

§ 1598. FischersZ. **38** 356 (Hamburg) siehe JDR. **9** § 1598.

Dritter Titel. Unterhaltspflicht.

Literatur: Crasemann, Der notdürftige Unterhalt, R. **11** 406. — Lüttich, R. **11** 617. — Lüttich, Findet § 1613 BGB. auf den Ersatzanspruch der Armenverbände aus § 62 UWG. Anwendung? PrVerwBl. **32** 237.

§ 1601. R. **11** Nr. 3193 (BayObLG.). Die in den §§ 1601 ff. geregelte Unterhaltspflicht liegt nur den Verwandten ob, zu denen die Kläger im Verhältnisse zur Stiefgroßmutter an sich nicht gehören. Allein soweit durch die Annahme an Kindesstatt oder, wie hier, durch die Einkindschaftung ein Verhältnis begründet wird, welches den Eltern die Pflichten und Rechte ehelicher Eltern, den Kindern die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes einräumt, finden insoweit die Vorschriften über die Unterhaltspflicht der Verwandten in Ermangelung besonderer Vorschriften auch auf diejenigen Personen Anwendung, auf die die Wirkung jenes Verhältnisses sich erstreckt.

§ 1602. 1. R. **11** Nr. 1575 (Hamburg). Die Worte „wer außerstande ist, sich selbst zu unterhalten", sind nicht wörtlich zu nehmen; das „Außerstandesein" ist vielmehr nach Maßgabe der Lebensstellung der betreffenden Person zu beurteilen. Es kommt darauf an, ob und welche Erwerbstätigkeit aufzunehmen der Person nach ihrer Lebensstellung und nach den Anschauungen ihres Standes im Verhältnisse zu dem Verpflichteten zugemutet werden kann. Gegebenenfalls kann,

selbst wenn der Vater ein reicher Kaufmann mit 40 000 M. Jahreseinkommen ist, von der Tochter wohl verlangt werden, daß sie sich als Korrespondentin oder Maschinenschreiberin oder dergleichen ihren Unterhalt selbst verdient, zumal sie dazu infolge ihrer Schulbildung und sonstigen Erziehung ohne weiteres befähigt erscheint.

2. **RG.** R. **11** Nr. 96. Die Unterhaltspflichtigen können sich nicht darauf berufen, daß der Unterhalt Fordernde noch einen von ihnen aber nicht befriedigten Anspruch gegen sie habe und deshalb nicht unterhaltsbedürftig sei.

§ 1603. 1. **RG.** R. **11** Nr. 3330. Der Vater ist nicht verpflichtet, ein von ihm betriebenes Geschäft, in das er viel hineingesteckt hat, aufzugeben und sich andere Einnahmen zu suchen, um seine Kinder zu unterhalten.

2. SächsOLG. **32** 470 (Dresden) über das Recht der Fürsorgezöglinge einen eigenen Unterhaltsanspruch gegen die zu seinem Unterhalte Verpflichteten geltend zu machen.

§ 1604. **RG.** R. **11** Nr. 97. Die Frau muß aus den Erträgnissen ihrer Mitgift ihrem Vater Unterhalt gewähren.

§ 1606. HansGZ. **11** Beibl. 180 (Hamburg). Die Unterhaltspflicht des ehelichen Vaters gegenüber seinen Kindern geht derjenigen der Mutter vor. Die Kinder können also auch dann von ihm standesgemäße Alimente fordern, wenn sie vorläufig von ihrer Mutter unterhalten werden.

§ 1607. R. **11** Nr. 348 (Colmar). Eine erhebliche Erschwerung der Rechtsverfolgung liegt schon dann vor, wenn anzunehmen ist, daß eine Zwangsvollstreckung nicht zum Ziele führen werde, weil der Unterhaltspflichtige ein der Zwangsvollstreckung unterworfenes Vermögen nicht besitzt oder weil anzunehmen ist, daß er es mit Erfolg dem Zugriffe der Unterhaltsberechtigten entziehen werde.

§ 1609. **RG.** JW. **11** 454. Der § 1609 trifft für den Fall, daß mehrere Bedürftige vorhanden sind und der Unterhaltspflichtige außerstande ist, allen Unterhalt zu gewähren, die allgemeine Bestimmung, daß der geschiedene Ehegatte den volljährigen oder verheirateten Kindern vorgehen soll, während die in demselben Paragraphen für den Ehegatten bei bestehender Ehe gegebene Bestimmung, daß er den minderjährigen unverheirateten Kindern gleichstehe, auf den geschiedenen Ehegatten nicht für anwendbar erklärt ist. Hieraus könnte gefolgert werden, daß der geschiedene Ehegatte den minderjährigen unverheirateten Kindern nachstehe. Diese Folgerung muß indes mit dem größeren Teile der Rechtslehre abgelehnt werden.

§ 1610. 1. Crasemann, R. **11** 406. Der Begriff des notdürftigen Unterhalts deckt sich, soweit er im BGB. erwähnt ist, mit dem der ZPO. Er hat mit dem standesgemäßen gemein, daß er den ganzen Lebensbedarf, bei einer der Erziehung bedürftigen Person noch die Kosten der Erziehung und die Kosten der Vorbildung zu einem Beruf umfaßt. Er unterscheidet sich vom standesgemäßen Unterhalt dadurch, daß bei diesem auf die Lebensstellung des Berechtigten Bezug genommen wird, was beim notdürftigen Unterhalte nicht der Fall ist. Er unterscheidet sich weiter durch das Maß, welches beim notdürftigen Unterhalte nicht über die Grenzen dessen hinausgehen soll, was ein Mensch gebraucht, um ein menschenwürdiges Dasein zu führen.

2. **RG.** R. **11** Nr. 1009. Die Berufsvorbildung ist beendet, sobald die Befähigung für die Bekleidung der entsprechenden höheren Berufsstellung erlangt und der dafür erforderliche formale Nachweis durch erfolgreiche Ablegung der Prüfungen erbracht ist. Wer darüber hinaus sich außerstande sieht, die erlangte Befähigung nutzbringend anzuwenden und sich einer erwerblosen Untätigkeit hingibt oder sich darauf einläßt, in einer Dienststellung ohne Besoldung auf Anstellung zu warten, liegt, wenn er während dieser Zeit seiner Mutter zur Last fällt, nicht mehr der Vorbildung für den Beruf ob.

§ 1611. R. **11** Nr. 1576 (Stuttgart). Die Kosten der Fürsorgeerziehung für ein in einer Familie oder in einer Anstalt untergebrachtes Kind gehören zum notdürftigen Lebensunterhalte, sofern diese Kosten nicht das Maß der für eine derartige Unterbringung und Erziehung notwendigen Aufwendungen übersteigen.

§ 1612. 1. **RG.** WarnE. **11** 49, FrankfRundsch. **45** 103. Wählt der unterhaltspflichtige Elternteil auf Grund des ihm zustehenden Bestimmungsrechts eine für das unterhaltsberechtigte Kind unausführbare Art der Unterhaltsgewährung, so ist das Kind nicht gezwungen, die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts anzurufen, die Sache liegt vielmehr in solchem Falle nicht anders, als wenn eine Bestimmung überhaupt nicht getroffen wäre (**RG.** JW. **01** 870, **RG. 57** 69).

2. R. **11** Nr. 3194 (BayObLG.). Für die Frage des Geldunterhalts kann der Umstand maßgebend sein, daß zwischen den Unterhaltsparteien keinerlei Blutsverwandtschaft besteht.

§ 1613. 1. Lüttich lehnt die Anwendung des § 1613 auf § 62 UWG. ab. Fände § 1613 Anwendung, so würde es dadurch dem Armenverbande, sei es auch nur für einen ganz geringfügigen Zeitraum, unmöglich gemacht, Ersatz seiner Aufwendungen zu erlangen; denn er könnte Ersatz erst erhalten von dem Zeitpunkte, wo er den Ersatzpflichtigen in Verzug gebracht oder seinen Anspruch rechtshängig gemacht hat; das aber kann er erst, nachdem der Anspruch durch Unterstützung des Armen auf ihn übergegangen ist. Notwendigerweise muß also inzwischen für das Herbeiführen von Verzug oder Rechtshängigkeit eine Zeit verstreichen, für die er keinen Ersatz erhält. Ein solches Ergebnis kann das Gesetz nicht gewollt haben, da es dem Armenverbande den Ersatzanspruch unbeschränkt gewährt; es bedarf daher zum Fortbestehen des Ersatzanspruchs weder des Verzugs noch der Rechtshängigkeit.

2. Lüttich, R. **11** 617 f. Der auf Grund des kraft Gesetzes übergegangenen Anspruchs belangte Verwandte kann nicht einwenden, daß er die geleisteten Unterhaltsbeträge nur insoweit zu erstatten brauche, als sie auf die Zeit entfallen, da Verzug oder Rechtshängigkeit gegen ihn vorlagen (§ 1613).

3. a) BreslauAK. **11** 8 (Breslau). Der Armenverband kann gemäß § 62 UWG. nur unter den Voraussetzungen des § 613 Ersatz verlangen (**RG. 72** 344). **b)** Breslau AK. **11** 82 (Breslau). § 1613 findet Anwendung auf den Anspruch des Armenverbandes auf Ersatz der gewährten Unterstützung für die Vergangenheit. Abw. OLG. Kiel (SchlHolstAnz. **11** 349). c) SeuffA. **66** 473 (Dresden). Jeder Verzicht auf Unterhalt für einen künftigen Zeitraum ist nichtig. **d)** BadRpr. **11** 46 (Karlsruhe). Auf die Ersatzansprüche öffentlich-rechtlicher Armenverbände gegen unterhaltspflichtige Verwandte des Unterstützten findet § 1613 keine Anwendung. **e)** SeuffA. **66** 471 (Kiel). Erstattungsansprüche der Armenverbände unterliegen nicht der Beschränkung aus § 1613. **f)** BreslauAK. **11** 54 (LG. Ratibor). In den Fällen des § 62 UWG. findet § 1613 keine Anwendung.

Vierter Titel. Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder.

I. Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem Kinde im allgemeinen.

§ 1617. 1. **RG.** ElsLothJZ. **11** 312. § 1617 bezieht sich nur auf das familienrechtliche Verhältnis der Kinder zu den Eltern, nicht auch auf ihr Verhältnis zu dritten Personen, z. B. einem Oheime. Der Abschluß eines Dienstvertrags ist auch unter Personen zulässig, auf die die Bestimmung des § 1617 Anwendung findet. Der Anspruch auf Entlohnung für die geleisteten Dienste wird nicht durch die Verheiratung des Dienstleistenden verloren. Die gegen das Versprechen der Entlohnung von Dienstleistungen eingegangene Bedingung, sich nicht zu verheiraten, verstößt gegen die guten Sitten und ist nichtig.

2. R. **11** Ziff. 2910 (Colmar). Die Anwendbarkeit des § 1617 fällt weg, wenn dem Hauskinde für seine Dienstleistungen im Hauswesen und Geschäft der Eltern eine Vergütung versprochen worden ist.

§ 1621. Abs. 2. **RG. 77** 162, JW. **11** 455, R. **11** Nr. 1761, 1768. Aus dem Gebrauche der Vergangenheitsform im § 1621 Abs. 2 („schuldig gemacht hat"), der sich daraus erklärt, daß streng genommen die Verfehlung dem Momente der Entziehung vorangegangen sein muß, läßt sich nicht herleiten, daß es zur Verweigerung der Aussteuer genüge, wenn früher einmal die Tochter zu irgendeiner Zeit — vielleicht ohne besonderes Verschulden, nur infolge vernachlässigter Erziehung — einen schimpflichen Lebenswandel geführt hat, vielmehr gehört dazu auch die Tatsache, daß dieser Lebenswandel bis zur Zeit der Eheschließung angedauert hat und zur Zeit der Entziehung noch fortbesteht. Die gegenteilige Auffassung von Strauß, R. **09** 308 — JDR. **8** zu § 1621 — wird nicht gebilligt. Kommt es hiernach für die Frage, ob der zur Verweigerung der Aussteuer berechtigende Grund aus § 2335 Ziff. 5 BGB. gegeben sei, auf die Führung des Lebenswandels zur Zeit der Eheschließung an, so trifft den Vater die Beweislast dafür, daß bis zu dieser Zeit der schlechte Lebenswandel der Tochter fortgedauert habe. Die abweichende Verteilung der Beweislast im Falle des § 2336 Abs. 4 steht mit den besonderen erbrechtlichen Verhältnissen im Zusammenhang und kann auf das Recht der Aussteuer nicht übertragen werden, da bei der Aussteuer allein der Zeitpunkt der Eheschließung, in welchem der Aussteueranspruch endgültig zur Entstehung gelangt, in Betracht kommt.

§ 1624. 1. Begriff der Ausstattung. HansGZ. **11** Beibl. 112, R. **11** Nr. 753 (Hamburg). Alles dem Kinde zur Begründung oder Erhaltung seiner wirtschaftlichen Stellung Gegebene ist Ausstattung, mag die Zuwendung durch Hingabe eines Geldbetrags oder in anderer Weise, z. B. durch Schuldversprechen oder durch Verzicht auf eine Forderung gewährt sein.

2. Ausstattungsversprechen oder Schenkung? **RG.** PosMSchr. **11** 38, BayRpflZ. **11** 263 hält an der Ansicht fest, daß in den Fällen, in denen jemand die Ausstattung seiner Tochter ihrem zukünftigen Ehemanne gegenüber zusagt, das für jede Schenkung wesentliche Erfordernis der Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung fehle, wenn die Parteien auch nur subjektiv die Ausstattung als Gegenleistung für die Heirat ansehen, die der zukünftige Schwiegersohn in Aussicht stellt. Bei der gegebenen Sachlage bedarf es keiner Prüfung der Frage, ob die Ansicht Beifall verdient, daß in dem Versprechen einer Mitgift, das die Eltern dem zukünftigen Ehemann ihrer Tochter erteilen, regelmäßig nicht Schenkung, sondern ein an sich formfreier entgeltlicher Vertrag liege.

3. Potestativ bedingtes Ausstattungsversprechen. **RG.** JW. **11** 278, PosMSchr. **11** 39. Der Gültigkeit des Vertrags tut es keinen Abbruch, daß, abgesehen von der Bedingung des Zustandekommens der Ehe, die versprochene Leistung des Beklagten von einer zweiten in das freie Belieben des Klägers gestellten Bedingung, nämlich von der Vorausleistung der Schuldentilgung abhängig gemacht war, daß also auf diese Weise der Kläger es in der Hand hatte, die Verpflichtung des Beklagten wirksam werden zu lassen, während nicht auch umgekehrt der Beklagte durch Gewährung der Mitgift seinerseits den Kläger zur Schuldentilgung anhalten konnte. Die Gültigkeit der auf den nackten Willen des eines Teiles gestellten Bedingung bei zweiseitig verbindlichen Geschäften ist in Rechtslehre und Rechtsprechung (vgl. **RG. 72** 385 — JDR. **9** Ziff. I 1 g zu § 313 BGB. —) anerkannt.

4. Verstoß gegen die guten Sitten? **RG.** PosMSchr. **11** 38, BayRpflZ. **11** 263. Liegen die Vermögensverhältnisse des Vaters so, daß er mit dem Mitgiftversprechen sich selbst entblößt und für seine übrigen Kinder

so gut wie nichts mehr übrig bleibt, so verstößt doch nicht die Ausbedingung eines solchen Versprechens und dessen gerichtliche Geltendmachung gegen §§ 138, 826 BGB., insbes. läßt sich nicht sagen, daß der Kläger damit gegen die Ehrbarkeit und Gewissenhaftigkeit des anständigen Durchschnittsmenschen oder gar gegen das Anstandsgefühl aller gerecht Denkenden verstoßen hätte oder verstößt (vgl. **RG. 48** 124, **55** 373, **58** 217, **73** 113).

5. Ausstattungsversprechen zwischen Dritten. a) **RG.** WarnE. **4** 185. Hat ein Vater einem Verwandten seines künftigen Schwiegersohns für den Fall, daß dieser die Schulden des Schwiegersohns sofort begleiche, die schriftliche Erklärung abgegeben, daß er seiner Tochter eine Mitgift von bestimmter Höhe zusichere, so kann er, wenn der Versprechensempfänger der übernommenen Verpflichtung nachgekommen ist, auf Erfüllung seines Versprechens in Anspruch genommen werden, da es sich nicht um ein der Formvorschrift des § 518 Abs. 1 BGB. unterliegendes Schenkungsversprechen handelt. Selbst wenn der Vater das Ausstattungsversprechen gleichzeitig formlos der Tochter oder dem künftigen Schwiegersohne gegenüber abgegeben hätte und die diesen Personen gegenüber übernommene Verpflichtung nur in der durch § 1624 Abs. 1 BGB. gezogenen Beschränkung Geltung hätte, würde dies der uneingeschränkten Gültigkeit des dem Verwandten des Schwiegersohns gegebenen, auf die nämliche Leistung gerichteten Versprechens keinen Abbruch tun, vielmehr hatte er diesem gegenüber es völlig in der Hand, auf wie hoch er die seiner Tochter zu gewährende Ausstattung bemessen wollte, da insoweit § 1624 BGB. überhaupt nicht in Betracht kommt. b) **RG.** R. **11** Nr. 1276, 1277, 1285, 1295. Ein Vertrag, durch den der eine Teil die Heirat seiner Nichte dem anderen Teile, dieser aber einen jährlichen Zuschuß zusichert, ist trotz der Unklagbarkeit der Heiratszusicherung, und obwohl die Bestimmungen des BGB. über gegenseitige Verträge auf ihn nicht schlechthin anwendbar sind, an sich gültig und verstößt auch nicht um seines Inhalts willen gegen die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB.), vielmehr bilden solche Verträge unter den wirtschaftlichen Verhältnissen der Gegenwart oft eine unerläßliche Voraussetzung für das Zustandekommen der Ehe. Das in dieser Weise angenommene Zuschußversprechen kann auch vor der Hochzeit nicht mehr einseitig widerrufen werden und bedarf nicht der im § 518 Abs. 1 BGB. vorgesehenen Form, wenn aus den Umständen erhellt, daß die Heirat und damit die Entlastung von der Unterhaltsgewährung als Entgelt gedacht war. Um ein der Form des § 761 BGB. bedürfendes Leibrentenversprechen handelt es sich nicht, wenn die einzelnen Zuschußleistungen in ihrer Höhe von dem jeweiligen Gehaltsbetrage des Versprechenden abhängen sollen und nicht in entscheidender Weise grundsätzlich auf die Lebensdauer eines der Beteiligten abgestellt sind (**RG. 67** 207).

II. Elterliche Gewalt.

Vorbemerkung. Zu diesem Abschnitt ist in dem vorliegenden Berichtsjahr über eine außergewöhnlich große Fülle gerichtlicher Entscheidungen, namentlich auch solcher des Reichsgerichts zu berichten, während dagegen die Äußerungen der Schriftsteller, abgesehen von dem Gebiete der Fürsorgeerziehung, völlig in den Hintergrund treten. Hervorzuheben sind namentlich folgende Entscheidungen des RG.: zu § 1627 Ziff. 2 b über die interessante Frage, inwiefern und unter welchen Voraussetzungen ein Ehemann einen Unterlassungsanspruch gegen seine Frau geltend machen kann, wenn diese, um in einer mit seinem väterlichen Fürsorgerecht unvereinbaren Weise ihren Willen durchzusetzen, seinen Familiennamen ohne Zusatz ihres Vornamens anwendet; zu § 1627 Ziff. 3 über die Frage, inwiefern die Verletzung familienrechtlicher Fürsorgepflichten zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllen kann; zu § 1630 Ziff. 1 a

und Ziff. 2 über die Anwendbarkeit und Nichtanwendbarkeit des § 181 BGB., wobei anscheinend (Ziff. 1 b) der 14. Zivils. des KG. hinsichtlich der Frage, ob der Vater seinem Kinde etwas schenken und zugleich im Namen des Kindes die Schenkung annehmen kann, einen von dem des RG. abweichenden Standpunkt vertritt; zu § 1632 (Ziff. 1 a) das Urteil in dem vielgenannten Kwilecki-Prozesse, worin mit überzeugenden, durch Josef (s. Ziff. 1 b) nicht widerlegten Gründen ausgesprochen ist, daß der nach Inhalt der Geburtsurkunde zur Ausübung der elterlichen Gewalt Berechtigte erst nach Feststellung eines der Geburtsurkunde widersprechenden Familienstandes zur Herausgabe des Kindes an den alsdann Berechtigten verurteilt werden könne; zu § 1643 Ziff. 2 über Fälle der Übernahme einer fremden Verbindlichkeit im Sinne des § 1822 Ziff. 10; zu § 1656 über die Einwirkung des Konkurses auf das dem Gemeinschuldner an dem Vermögen seiner Kinder zustehende Recht der Nutznießung; endlich zu § 1666 (Ziff. B II 1, 3 u. 4 h) über die Verpflichtung zur Kostentragung unter Zugrundelegung der Bestimmungen des preußischen Fürsorgeerziehungsgesetzes. Im übrigen haben, wie schon früher, der § 1666 BGB. und die Fürsorge-(Zwangs-)Erziehungsgesetze der einzelnen Bundesstaaten den Oberlandesgerichten wiederum reichlichen Stoff zur Anwendung des Gesetzes geliefert, ohne daß dabei wesentliche neue Gesichtspunkte zutage getreten sind; auch zu Fragen der religiösen Erziehung hat die Rechtsprechung der einzelnen Bundesstaaten (bei § 1631 unter III) mancherlei Beiträge geliefert und den Wunsch nach einer einheitlichen zeitgemäßen Regelung der in Betracht kommenden Verhältnisse aufs neue wachgerufen. Mit zwei sich widersprechenden Entscheidungen hat das OLG. Colmar (Ziff. 1 b zu § 1630) zu der Frage Stellung genommen, ob, wenn ein Vater seinem Kinde ein Grundstück schenkt und dabei sich den Nießbrauch ausbedingt, zur Entgegennahme der Auflassung und Eintragung des Nießbrauchs dem Kinde ein Pfleger zu bestellen sei oder ob auch insoweit, was die jüngere Entscheidung bejaht, der Vater das Kind vertreten könne. Eine Reihe von Entscheidungen (Ziff. 4 zu § 1632) hat die Frage zum Gegenstand, ob und wieweit auf den Herausgabeanspruch des § 1632 die sachenrechtlichen Vorschriften entsprechend zur Anwendung kommen können, und in einer Entsch. des KG. (Ziff. 3 zu § 1632) wird aus dem dem § 1632 zugrunde liegenden allgemeinen Rechtsgedanken ein Unterlassungsanspruch des Erziehungsberechtigten gegenüber Dritten, welche widerrechtlich in das Erziehungsrecht eingreifen, hergeleitet. Zahlreich sind auch die zur Auslegung der §§ 1635, 1636 ergangenen Entscheidungen. Das KG. (Ziff. 3 zu § 1635) lehnt es ab, im Gegensatze zur entsprechenden Anwendbarkeit des § 1636 (vgl. JDR. 7 Ziff. 1, 9 Ziff. I a zu § 1636) den § 1635 auf den Fall, daß Eltern getrennt leben oder im Ehescheidungsprozesse stehen, entsprechend anzuwenden, und in bewußtem Gegensatze zu **RG. 64** 49 (JDR. 6 Ziff. 1 a zu § 1636) sieht das KG. in dem durch § 1636 geregelten Verkehrsrecht nicht einen Bestandteil der elterlichen Gewalt, sondern einen Ausfluß des zwischen dem Kinde und den Eltern bestehenden Verwandtschaftsverhältnisses, eine Auffassung, der durchaus beizupflichten sein wird. Die Meinungsverschiedenheit, ob der Vater für Kosten insbs. eines in Vertretung des Kindes geführten Prozesses aufzukommen habe, wenn ihm grundsätzlich die Nutznießung am Kindesvermögen zusteht, oder ob seine Haftung sich auf den Fall tatsächlichen Vorhandenseins von Kindesvermögen beschränkt, ist noch immer nicht endgültig ausgetragen. In dem laufenden Berichtsjahre (vgl. Ziff. 4 zu § 1654) haben sich die OLG. Colmar und Celle im Sinne der zweiten Alternative entschieden, und diese auch dem praktischen Bedürfnisse Rechnung tragende Auffassung wird voraussichtlich um so mehr an Boden gewinnen, als sie bekanntlich in dem Kommentare der RGRäte Anm. 4 zu § 1654 BGB. vertreten wird, indem es dort heißt: „Die Verpflichtung zur Tragung der Lasten des der Nutznießung unterliegenden Vermögens ist nicht durch den Betrag der Nutzungen begrenzt. Ist aber ein der Nutznießung unterworfenes Vermögen überhaupt nicht vorhanden, so entfällt damit die Verpflichtung zur Lastentragung". Aus der Rechts-

lehre sind (zu § 1630 Ziff. 5) die mehreren Aufsätze Josefs hervorzuheben, welche grundsätzlich die Volljährigkeit als Formalerfordernis der Abgabe und Beurkundung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hinstellen und die Vertretungsbedürftigkeit des Minderjährigen bei der Abgabe und Beurkundung solcher Erklärungen betonen, wenn auch die tatsächlich abgegebenen Erklärungen nicht schlechthin wirkungslos sind, sondern durch die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters oder des volljährig Gewordenen Wirkung erlangen können.

§ 1626. RJA. **11** 83 (KG.). Das Recht der elterlichen Gewalt reicht weiter als das der Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes, wie sich aus § 1627 BGB. ergibt, wonach der Vater kraft der elterlichen Gewalt das Recht und die Pflicht hat, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen, dieses Recht also nur als ein Ausfluß der elterlichen Gewalt angesehen wird. Deshalb ist der Vater, auch wenn ihm das Recht der Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes entzogen war und daher seine Einwilligung zur Volljährigkeitserklärung des Kindes nicht erforderlich ist, gemäß § 20 FGG. zur Einlegung der Beschwerde gegen den die Volljährigkeitserklärung aussprechenden Beschluß befugt.

1. Elterliche Gewalt des Vaters.

§ 1627. 1. Klagebefugnis des Vaters in Ansehung des Kindesvermögens. Zirkel, JW. **11** 633. Der Vater kann, sowohl aus eigenem Rechte als auch als Vertreter des Kindes Ansprüche aus dem Kindesvermögen geltend machen. Diese Befugnisse bestehen beim freien Kindesvermögen uneingeschränkt, und zwar bei dem gemäß §§ 112, 113 erworbenen Kindesvermögen neben der Klagebefugnis des Kindes.

2. Verletzung der Rechte des Vaters in Ansehung der Person des Kindes. a) Durch Vornahme einer von ihm nicht genehmigten Operation. **RG.** JW. **11** 748, WarnE. **4** 444. Das mit der elterlichen Gewalt (und dem Amte des Vormundes) verbundene Recht der Sorge für die Person des Kindes (Mündels) fordert, daß die Operation eines Kindes ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters der objektiven Rechtmäßigkeit entbehrt, mag auch der Minderjährige selbst zugestimmt haben, es müßte sich denn — was dahingestellt gelassen wird — um eine schleunige Vornahme der Operation zur Vermeidung unwiderbringlicher Gesundheitsschädigung handeln und die Verweigerung der Einwilligung sich als Mißbrauch der Rechte des Gewalthabers (Vormundes) darstellen. **b)** Durch Mißbrauch seines Familiennamens. **RG.** JW. **11** 572, SeuffA. **66** 468, SächsRpflA. **11** 309, R. **11** Nr. 3101. Wenn auch an sich eine Ehefrau berechtigt ist, den Familiennamen des Mannes, der auch ihr zusteht, ohne Zusatz ihres Vornamens zu führen, so kann doch unter Umständen die Gleichheit des Familiennamens von der Ehefrau als ein Mittel benutzt werden, um in einer mit dem väterlichen Fürsorgerecht unvereinbaren Weise ihren Willen durchzusetzen, indem sie z. B. an die Kadettenanstalt, in der der Sohn untergebracht ist, Briefe, die nur mit dem Familiennamen des Mannes unterschrieben sind, richtet und dadurch den Anschein erweckt, als ob sie vom Vater herrühren. Allein aus diesem Grunde kann der Ehemann nur eine Beseitigung schon begangener Eingriffe in seine Rechte oder damit entstandener Nachteile im Klagewege verlangen. Ein Anspruch auf Unterlassung fernerer Rechtsverletzungen ist dagegen nur dann gegeben, wenn die Besorgnis fernerer Beeinträchtigungen gerechtfertigt erscheint (vgl. **RG. 60** 7, **61** 366). Dies ist nicht der Fall, wenn angenommen werden kann, daß eine einfache Verwahrung bei dem Befehlshaber des Kadettenhauses oder an anderer geeigneter Stelle hingereicht hätte, einer nochmaligen Ver-

wechselung der Unterschriften und damit der Möglichkeit gleicher Rechtsbeeinträchtigungen zuvorzukommen. Zur Anwendung solcher Maßregeln ist der Ehemann, wenn er solche zum Wohle des Sohnes für erforderlich hält, gemäß § 1627 sogar verpflichtet.

3. Verletzung der Fürsorgepflicht und § 823 BGB. a) **RG. 75** 251, JW. **11** 219, R. **11** Nr. 754. Die Verletzung familienrechtlicher Fürsorgepflichten (§§ 1627, 1631, 1634) kann zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung (§ 823) erfüllen, wenn sie gleichzeitig eine Verletzung der allgemeinen Vertragspflichten enthält, z. B. wenn ein Vater fahrlässig eine gefährliche Maschine unverwahrt an einem Orte, wo seine unerwachsenen Kinder verkehren, aufgestellt hat und die Kinder der Maschine nahe kommen und sich verletzen. **b) RG.** JW. **12** 190, WarneyerE. **5** 76 läßt es dahingestellt, ob die Vorschriften in §§ 1627, 1631 als Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB. angesehen werden könnten, da ein Verstoß gegen § 823 Abs. 1 BGB. darin gesehen wird, daß der Vater durch Vernachlässigung seiner Aufsichtspflicht, also fahrlässig, den Körper seines Kindes widerrechtlich verletzt hat (vgl. **RG. 75** 251, o. Ziff. 3 a). Die Vorschrift des § 1664, die nur für die Sorgfaltspflicht bei Ausübung der elterlichen Gewalt dem Kinde gegenüber einen besonderen Maßstab festsetzt, kommt für den Fall der deliktischen Haftung des Vaters nicht in Betracht.

§ 1628. OLG. **24** 32, 34 (KG.). § 1628 bezweckt, die Befugnisse des Pflegers und des Vaters fest zu begrenzen, um Ungewißheit darüber zu verhüten, wer im Einzelfalle die Interessen des Kindes wahrzunehmen hat. Vgl. auch unten zu § 1665.

§ 1629. 1. WürttZ. **11** 293 (Stuttgart). § 1629 greift bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen dem Vater und dem Pfleger Platz, wenn bei der Bestimmung des für den Unterhalt zu machenden Aufwandes von der Höhe der verfügbaren Mittel die Art der Erziehung und des Unterhalts abhängt (RJA. **8** 7, JDR. **6** Ziff. a zu § 1629), nicht aber, wenn Streit über die Verwendung der Einkünfte für den gewöhnlichen Unterhalt oder darüber besteht, inwieweit die Unterhaltspflicht dem Vater obliegt, z. B. inwieweit er auf Grund des statutarischen Nutznießungsrechts den Unterhalt zu tragen hat, und ferner hinsichtlich seiner Forderungen auf Grund der Tatsache, daß er den Unterhalt in Wirklichkeit gewährt. Zur Schlichtung dieser Streitfragen ist das Prozeßgericht zuständig.

2. Vgl. auch Ziff. 2 zu § 1638.

§ 1630. 1. Mangelnde Vertretungsbefugnis des Vaters (§ 181). **a)** Bei Schenkungen an das Kind. α. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **9** Ziff. 1 a zu § 1630, wonach der Vater nicht in der Lage ist, ein von ihm abgegebenes Schenkungsversprechen namens seiner Kinder anzunehmen — auch ZBlFG. **11** 537, wo ferner ausgesprochen ist: Der Vater ist jedoch durch § 181 BGB. nicht behindert, bei Abtretung einer ihm zustehenden Hypothek auszubedingen, daß die Zessionsvaluta an seine Kinder mit der Wirkung, daß diese unmittelbar ein Recht darauf erwerben, herausgegeben werde, ohne daß die Kinder zu irgendwelchen Leistungen verpflichtet werden. Und zwar besteht diese rechtliche Möglichkeit sowohl in der Weise, daß der Vater die gedachte Vereinbarung als gesetzlicher Vertreter seiner Kinder in deren Namen, als auch in der Weise, daß er sie in eigenem Namen trifft (§§ 164, 328 BGB.). β. Abweichend OLG. **22** 158 (KG. 14. ZS.). Aus der Stellung, die das Gesetz dem Gewalthaber gegenüber dem Kinde gibt, ist zu folgern, daß es ihm die Vornahme rechtsgültiger Schenkungen an das Kind ohne weiteres gestattet, ohne daß es noch der Mitwirkung anderer Personen, besonders des Kindes, bedarf (§ 181 BGB.). Allerdings müssen beim Selbstkontrahieren Tatsachen hinzutreten, die den auch für Dritte erkennbaren Vertragswillen, den Vertragsschluß ergeben (Mot. I 224). Daran gebricht es

nicht, wenn der Vater Geld auf den Namen seines Kindes bei der Sparkasse einzahlt und damit eine Forderung seines Kindes gegenüber der Sparkasse begründet. Diese Willensbetätigungen und Geschehnisse enthalten den Schenkungsvertrag (§ 516), der, weil nicht bloß eine Leistung schenkweise versprochen, sondern sofort durch die Einzahlung bewirkt worden war, der Form des § 518 nicht bedarf. Von diesem fertigen Vertrage kann der Vater nicht einseitig zurücktreten. Hat er gleichwohl das Sparkassenguthaben abgehoben, so steht dem Kinde der Anspruch aus § 1681 oder §§ 816, 818 Abs. 2 BGB. zu. b) *Bei Schenkungen mit Ausbedingung des Nießbrauchs.* α. ElsLothNotZ. **11** 59, ElsLothJZ. **11** 267, OLG. **22** 160 (Colmar). Hat der Vater seinem minderjährigen Kinde durch notarielle Urkunde ein Grundstück geschenkt und sich dabei den Nießbrauch daran ausbedungen, so bedarf es zur Entgegennahme der Auflassung und Eintragung des Nießbrauchs der Zustimmung eines dem Kinde zu bestellenden Pflegers, der an Stelle des Vaters die nach den §§ 106, 107 BGB. erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erklärt. β. Abweichend ElsLothNotZ. **11** 321, ElsLothJZ. **11** 613, OLG. **24** 29 (Colmar). Ob der Minderjährige zur Vertragserklärung der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nach § 107 BGB. bedarf, hängt davon ab, ob der Minderjährige durch den Vertrag *als Ganzes* lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Im vorliegenden Falle verpflichtet der Vertrag den Minderjährigen nur zu einer unmittelbar *aus* dem Gegenstande der Schenkung zu gewährenden Leistung. Seine auf Bewirkung dieser Leistung gerichtete Verfügung wird, weil er als Nichtberechtigter über den Schenkungsgegenstand verfügt, gemäß § 185 BGB. erst wirksam, wenn er auf Grund der Schenkung und Auflassung das Eigentum an dem geschenkten Grundstücke durch Eintragung erwirbt. Und gerade darauf ist der Vertragswille gerichtet, daß *ohne* den Eintritt des unentgeltlichen Eigentumserwerbes des Minderjährigen die von ihm getroffene Verfügung *nicht* wirksam werde und daß mit dem Eintritte dieses Erwerbes kraft der von ihm getroffenen Verfügung zugleich auch die ihm durch den Vertrag auferlegte Leistung zur Erfüllung und damit zum Erlöschen gelange. Beim Gesamteintritte der durch den Vertrag gewollten Rechtswirkungen wird aber der Minderjährige zu seinem bisherigen Vermögen das Eigentum an dem mit dem Nießbrauche seiner Eltern belasteten Grundstücke hinzu erworben haben, ohne von den Rechten, die ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses zustanden, etwas aufgegeben zu haben und ohne mit einer neuen Verpflichtung belastet zu sein. Im Erfolge hat also der Vertrag für den Minderjährigen rechtlich dasselbe Ergebnis, als wenn das Eigentum an dem Grundstücke von vornherein nur mit dem Nießbrauche des Schenkers belastet auf ihn unentgeltlich übergegangen wäre, und er hat daher durch den Vertrag lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Vgl. (auf ähnlichen Erwägungen beruhend) **RG. 69** 177 — JDR. **7** Ziff. 1 zu § 1445 BGB. —, OLG. **18** 212.

2. *Nichtanwendbarkeit des § 181 BGB.* **RG. 76** 89, DJZ. **11** 930, JW. **11** 544. Haben minderjährige Kinder eine ihnen nach dem Tode ihrer Mutter zustehende Hypothek schon bei deren Lebzeiten an einen Dritten abgetreten, so ist die Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt durch § 181 BGB. nicht gehindert, die Erklärung ihrer Kinder durch Erklärung gegenüber dem *Dritten* zu genehmigen, denn dadurch hat die Mutter ein Rechtsgeschäft nicht mit sich selbst, sondern nur mit dem Dritten vorgenommen. Unerheblich ist, daß ein anderer gesetzlicher Vertreter die Genehmigung auch ihr *selbst* gegenüber habe aussprechen können, sie selbst dagegen durch § 181 BGB. gehindert sei, auf diese Art die Genehmigung zu erklären. Dagegen bedurfte im vorliegenden Falle die Abtretung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach § 1822 Ziff. 10, da die Abtretung zur Sicherung einer von der Witwe eingegangenen *Bürgschaftsverbindlichkeit* geschehen war, also nötigenfalls dazu dienen sollte, den Dritten

wegen eines Anspruchs zu befriedigen, der ihm gegen die Kinder nicht zustand. Vgl. Ziff. 2 d zu § 1643.

3. Nachträgliche Zustimmung des Pflegers. R. **11** Nr. 680 (Hamburg). Ein von dem Vater in Vertretung seines minderjährigen Sohnes mit sich selbst abgeschlossener Vertrag auf Übereignung von Mobilien gegen Entgelt erlangt durch Genehmigung des besonders für den Sohn bestellten Pflegers rückwirkende Geltung. Aber diese Rückwirkung geht nicht soweit, daß die Sachen, falls der Vater vor der Genehmigung in Konkurs verfallen ist, der Aussonderung unterliegen; der § 184 Abs. 2 BGB. ist zur entsprechenden Anwendung zu bringen.

4. Vertretung mehrerer Kinder durch denselben Pfleger. KGJ. **40** 1 (KG.). Haben die Kinder den Nachlaß des Vaters der überlebenden Witwe übertragen und hat diese es übernommen, die Erbanteile der Kinder in Geld auszuzahlen, so ist der Inhalt des Auseinandersetzungsvertrags rechtlich dahin aufzufassen, daß jedes Kind der Mutter durch einen besonderen Vertrag seinen Erbteil gegen einen bestimmten Kaufpreis übertragen hat. Der Vertrag stellt sich also als eine Zusammenfassung mehrerer von der Mutter mit den einzelnen Kindern getroffenen Abkommen dar, dagegen ist es zu vertraglichen Abmachungen zwischen den Kindern nicht gekommen. Somit konnten aber auch die minderjährigen Kinder durch denselben Pfleger vertreten werden, da dieser jedesmal nur als Vertreter eines Kindes mit der Mutter, nicht aber mit den anderen von ihm vertretenen Personen einen Vertrag abschloß.

5. Vertretung des Kindes durch den Vater. a) Bei der öffentlichen Beurkundung von Erklärungen und der Beglaubigung ihrer Unterschriften. Josef, KGBl. **11** 41. Öffentliche Beurkundung von Erklärungen Geschäftsbeschränkter und Beglaubigung ihrer Unterschriften. Vgl. den Selbstbericht JDR. **9** Ziff. V zu §§ 167 ff. FGG. b) Bei der Anerkennung der Vaterschaft. α. Pfeiffer, ZBlFG. **12** 229. Erkennt ein minderjähriger Vater eines unehelichen Kindes vor dem Vormundschaftsgerichte die Vaterschaft und seine Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen an, so ist gegen dessen gesetzlichen Vertreter, der die dazu erforderliche Zustimmung verweigert, eine Klage auf Erteilung der Zustimmung nicht zulässig. Ist dagegen der gesetzliche Vertreter zur Erteilung seiner Zustimmung bereit, so ist zunächst seine Zustimmung und dann erst die Anerkennungserklärung des Minderjährigen zu beurkunden, wogegen für die Verpflichtungserklärung auch die nachträgliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters genügt. β. Dagegen Josef, ZBlFG. **12** 340. Beantragt der Minderjährige beim Gerichte, seine Vaterschafts- und Unterhaltserklärung zu beurkunden, so hat dieses seinen Antrag abzulehnen, weil nach §§ 1630, 1793 der Vater an Stelle des Kindes aufzutreten hat: das Kind ist vertretungsbedürftig. Wird gleichwohl eine entsprechende Erklärung des Minderjährigen beurkundet, so ist diese nur ein unselbständiges Anhängsel der allein erforderlichen Erklärung des gesetzlichen Vertreters. Verweigert der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung, so ist er nicht auf deren Erteilung, sondern das uneheliche Kind hat den minderjährigen Erzeuger auf Leistung des Unterhalts zu verklagen. Die von den Beteiligten in einer Verhandlung abgegebene Erklärung gilt, gleichviel wer sie zuerst abgegeben hat, als gleichzeitig abgegeben, und zwar kommt bei dieser Beurkundung das Vormundschaftsgericht nicht als solches, sondern als Urkundsamt in Betracht. γ. Josef, R. **11** 512. Der gesetzliche Vertreter kann für seinen Sohn die Erklärung der Vaterschaftsanerkennung eines unehelichen Kindes selbst dann abgeben, wenn der Sohn bestreitet, der Erzeuger des Kindes zu sein. Das Gericht ist nicht verpflichtet, die Erklärung des Minderjährigen zu beurkunden, die §§ 1630, 1793 setzen vielmehr die Ver-

tretungsbedürftigkeit des Minderjährigen schlechthin fest und das beurkundende Gericht kann so der Pflichtwidrigkeit des Vaters entgegentreten, die darin liegt, daß er das Kind persönlich auftreten läßt, statt an dessen Stelle aufzutreten. Verboten ist aber eine solche Beurkundung nicht, denn die §§ 1630, 1793 sind Ordnungsvorschriften, d. h. soweit der Minderjährige rechtsgültige Erklärungen überhaupt abgeben kann, kann er sie auch vor Gericht abgeben. Daher kann das Ersuchen um Vernehmung minderjähriger Erzeuger nicht abgelehnt werden (§ 2 FGG.). c) Bei der Auflassung. Josef, DJZ. **11** 1267. Da die Volljährigkeit ein Formalerfordernis der Beurkundung (§§ 1630, 1793) ist, so hat auch das Grundbuchamt die Beurkundung einer Auflassung, bei der ein Minderjähriger als Erwerber beteiligt ist, abzulehnen, andernfalls aber seinen Zweifel an der formellen Prozeßfähigkeit des Minderjährigen festzustellen, denn nach dem formellen Prozeßrechte der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist (abgesehen von dem Falle des § 1437 BGB.) der Minderjährige nicht fähig, selbst vor Gericht aufzutreten. Ist aber die Auflassung ordnungswidrig beurkundet, so hat dennoch das Grundbuchamt die Eintragung zu bewirken, dies selbst dann, wenn das zugleich mit der Auflassung beurkundete Kausalgeschäft ersichtlich unter § 108 BGB. fällt, denn eine Prüfung hierüber steht dem Grundbuchamte nicht zu; vgl. ZBlFG. **9** 580 (BayObLG.) — JDR. **8** Ziff. 3 zu § 107 BGB. — und Weber, GruchotsBeitr. **53** 382.

6. Kein Klagerecht des Kindes gegen den Vater auf Erteilung der Einwilligung nach § 1308 BGB. OLG. **22** 126 (Kiel). Mit dem Begriffe der gesetzlichen Vertretung des Vaters, kraft dessen der Wille des Vaters und dessen Erklärung an die Stelle des Willens des Sohnes tritt, ist es nicht vereinbar, wenn der Sohn den Vater im Prozeßwege sollte anhalten können, gewisse dem Sohne erwünscht erscheinende Willenserklärungen für diesen abzugeben. Das BGB. geht von dem Grundsatze der Ausschließlichkeit und Selbständigkeit der Vertretungsmacht des Vaters (und in beschränkterem Maße auch des Vormundes) aus; es gibt die Fälle einzeln an (§§ 113 Abs. 3, 1304 Abs. 2, 1337 Abs. 2), in denen der Mündel das Recht hat, sich wegen verweigerter Einwilligung an das Gericht zu wenden, schließt aber in diesen Fällen, die es auf den Vormund beschränkt, den Prozeßweg aus und setzt die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts fest. Da das gleiche im Falle des § 1308 gegenüber den Eltern bestimmt ist, so läßt dies erkennen, daß dem Minderjährigen ein klagbarer Anspruch auf Einwilligung nicht hat eingeräumt werden sollen.

7. Entziehung der Vertretung. OLG. **24** 39 (Hamburg). Dem Vater kann die Vertretung des Kindes insoweit entzogen werden, als es sich um die Stellung des Strafantrags gegen die Mutter handelt, wenn ohne Gesetzesverletzung festgestellt ist, daß das Interesse des Kindes an der Stellung des Strafantrags in erheblichem Gegensatze zu dem Interesse der Ehefrau des Vaters steht (§§ 1630, 1796, 1795 Ziff. 1). Vgl. auch unten S. 462 Ziff. B XI zu § 1666.

§ 1631. I. Erziehungspflicht. 1. HansGZ. **11** Beibl. 251 (Hamburg). Aus der Erziehungspflicht der Eltern ergibt sich auch ihre Verpflichtung, im Zwangserziehungsverfahren, oder wenn auch nur die vorläufige Unterbringung der Kinder angeordnet ist, den Aufenthalt ihrer Kinder den zuständigen Behörden und deren Beamten anzugeben.

2. Vgl. ferner unten Ziff. A VI zu § 1666 (Verpflichtung zu deutscher Erziehung).

II. Anwendung von Zuchtmitteln a) durch Anrufen polizeilicher Vermittelung. MBliV. **11** 199, FürsZBl. **3** 142 (PrMJ. vom 30. Juni 1911). § 1631 ist keineswegs dahin auszulegen, daß dem Vater zur Durchsetzung seiner Erziehungsrechte kein anderes Mittel als der Antrag beim Vormundschaftsgerichte gegeben sei. Der Vater ist nach § 1631 nur berechtigt, nicht verpflichtet, die Vermittelung des Vormundschaftsgerichts zu verlangen, diese Vermittelung kann

im einzelnen Falle versagen oder zu spät kommen. Deshalb können auch jetzt noch, wenn ein dringendes polizeiliches Interesse vorliegt, wenn z. B. vagabundierende oder der Prostitution ergebene Minderjährige in Frage kommen oder sonstige Maßnahmen zur Verhütung strafbarer Handlungen erforderlich erscheinen und Gefahr im Verzug ist, Eltern usw. polizeiliche Hilfe in Anspruch nehmen. Insoweit ist der Erl. vom 26. Dezember 1852 (MBliV. **53** 13) grundsätzlich aufrechtzuerhalten. **b)** Durch Vorenthaltung von Sachen. α. Lutz (AG. Waldhut), BadRpr. **11** 37. Weigert sich ein Sohn, in das elterliche Haus zurückzukehren, so kann der Vater ein dem Sohne gehöriges Fahrrad zurückbehalten, denn er macht damit von dem ihm nach § 1631 Abs. 2 Satz 1 BGB. zustehenden Rechte Gebrauch, „Zuchtmittel" anzuwenden, d. h. Übel zuzufügen oder anzudrohen, um seinem Gebote Folge zu verschaffen. Die Bestellung eines Pflegers zur Geltendmachung der Rechte des Kindes gegenüber dem Vater ist in einem solchen Falle abzulehnen. β. Dagegen Josef, BadRpr. **11** 283. Dem Vormundschaftsgerichte steht kein Recht zu, die Begründetheit des vom Pfleglinge beabsichtigten Rechtsstreits zu untersuchen, insbesondere bei Liquidität des Anspruchs über die Einwendungen zu entscheiden, die der zu verklagende Vater dem Anspruch etwa demnächst entgegensetzen könnte. Dem steht OLG. **18** 305 (KG.) — JDR. **8** Ziff. II 2 zu § 1630 — nicht entgegen, denn dort ist dem Vormundschaftsgericht eine gewisse Prüfung über das Bestehen des Anspruchs nur in der Richtung zugestanden, ob der Anspruch besteht oder wenigstens soweit glaubhaft gemacht ist, daß im Falle seiner Nichtanerkennung durch den gesetzlichen Vertreter ein erheblicher Gegensatz der Interessen anzunehmen, also ihm die Vertretung zu entziehen sei.

III. Religiöse Erziehung. A. In Preußen. 1. Die Entsch. KGJ. **39** A 15 — JDR. **9** Ziff. D I 2 c — auch R. **11** 73.

2. KGJ. **40** A 10, R. **11** 624, PrVolksschulA. **11** 324 (KG.). Ist der Vater nicht imstande, eine gültige Willenserklärung abzugeben, so fehlt ihm die Fähigkeit der Religionsbestimmung. Solange daher der Zustand der Geschäftsunfähigkeit oder beschränkten Geschäftsfähigkeit (Entmündigung wegen Trunksucht, §§ 114, 107 BGB.) dauert, ruht sein (höchstpersönliches) Bestimmungsrecht. Sein Vormund kann bei der Religionsbestimmung nicht mitwirken.

3. KGJ. **40** A 14, PrVolksschulA. **11** 328 (KG.). Zum Wesen des religiösen Unterrichts in einer bestimmten Konfession gehört es nicht, daß das Kind auch in den sonstigen Lehrfächern eine seiner Konfession entsprechende Schule besucht (KGJ. **5** 56, 65, **20** A 144, **25** A 24, OLG. **9** 464). An diesem Grundsatz ist für die Frage der religiösen Erziehungspflicht der Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt — was KGJ. **37** A 78, JDR. **8** Ziff. A IV 1 zu § 1666 dahingestellt gelassen wurde — festzuhalten, obgleich nach § 33 VolksschulunterhaltungsG. vom 28. Juli 1906 die öffentlichen Volksschulen in der Regel so einzurichten sind, daß der Unterricht evangelischen Kindern durch evangelische Lehrkräfte, katholischen Kindern durch katholische Lehrkräfte erteilt wird.

4. FrankfRundsch. **11** 193 (LG. Frankfurt). Die Wirksamkeit einer zwischen den Eltern getroffenen Einigung über die religiöse Erziehung der Kinder auch über den Tod des Vaters hinaus hindert nicht, daß die Mutter durch eigene Entschließung nach dem Tode des Vaters die Kinder in derjenigen Religion erziehen läßt, die maßgebend wäre, wenn die gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung gebracht werden.

5. R. **11** 732 (KG.). Hat in einer Mischehe der Vater sein religionsunmündiges Kind ein ganzes Jahr hindurch in der Religion der Mutter unterrichten lassen und ordnet er kurz vor seinem Tode zu notariellem Protokoll an, daß das Kind fortan in der väterlichen Religion unterrichtet werden solle, so ist dennoch der Unterricht in der Religion der Mutter fortzusetzen, wenn die

Willenserklärung des Vaters nicht noch bei dessen Lebzeiten der zuständigen Schulbehörde übermittelt worden ist.

6. R. **11** 72 (KG. Straff.). Eine Regierungsverfügung, wonach die Eltern, die ihren Kindern einen von der Vorschrift des § 76 II. 2 ALR. abweichenden Religionsunterricht erteilen lassen wollen, dies vor einer Behörde (z. B. Landrat, Amtsvorsteher, Notar) zu verlautbaren haben, ist rechtsgültig. Weigern sich die Eltern, diese Beurkundung vornehmen zu lassen, so folgt daraus noch nicht, daß das Kind, welches der katholische Vater tatsächlich in die evangelische Schule schickt, von dem evangelischen Religionsunterricht durch den Rektor ausgeschlossen werden darf.

7. KGJ. **40** C 43, PrVolksschulA. **11** 331 (KG. Straff.). Bei Ehen zwischen Personen verschiedenen Glaubensbekenntnisses liegt eine Nachlässigkeit der Eltern eines schulpflichtigen Kindes im Sinne des § 48 II. 12 PrALR. nicht vor, wenn sie für den Unterricht in der Religion des Vaters keine Sorge tragen, weil sie gemäß § 78 II. 2 ALR. darüber einig sind, daß das Kind in einer anderen Religion erzogen werden soll. Die Eltern erfüllen in diesem Falle ihre Pflicht, wenn sie das Kind zu demjenigen Religionsunterricht in die Schule schicken, in dem es nach ihrem übereinstimmenden Willen unterrichtet werden soll. Weist die Schulbehörde das Kind von diesem Unterrichte zurück, weil die Übereinstimmung nicht dem Verlangen der Behörde entsprechend vor einer Amtsperson erklärt worden sei, so können die Eltern wegen Schulversäumnis nicht bestraft werden.

B. In einzelnen preußischen Landesteilen. 1. FrankfRundsch. **11** 193 (LG. Frankfurt). Für die religiöse Erziehung der Kinder in Nassau ist das Edikt vom 22./26. März 1808 betr. die Erziehung von Kindern aus gemischten Ehen maßgebend (Art. 134 EGBGB.). Es hat sich aber ein Gewohnheitsrecht entsprechend dem Inhalt eines der Gesetzeskraft entbehrenden Erl. vom 7. Dezember 1848 dahin gebildet, daß die Kinder aus gemischten Ehen in derjenigen Religion zu erziehen sind, welche der vereinte Wille der Eltern ihnen bestimmt, und erst, wenn ein solcher nicht nachweisbar ist, in der Religion des Vaters nach Maßgabe des Edikts von 1808. Ein Gewohnheitsrecht des Inhalts, daß nach dem Tode des einen Ehegatten der Wille des überlebenden für die religiöse Erziehung der Kinder maßgebend sei, hat sich nicht gebildet.

2. R. **11** 234 (KG.). In den preußischen Gebietsteilen, in denen früher das französische Recht galt, bestehen keine landesgesetzlichen Vorschriften über die religiöse Erziehung unehelicher Kinder. Die uneheliche Mutter hat daher kraft ihres Personenfürsorgerechts dort die Befugnis, die Religion zu bestimmen, in der das Kind erzogen werden soll.

C. In Bayern. 1. R. **11** 143 (BayVGH.). Eine im Widerspruche mit den verfassungsmäßigen Bestimmungen vorgenommene Konfirmation eines Kindes aus gemischter Ehe entbehrt der rechtlichen Wirkung für dessen religiöse Erziehung (Beil. II zur Verfassungsurkunde vom 26. Mai 1818 § 18).

2. R. **11** 271 (BayVGH.). Die Bestimmungen in §§ 14 ff. der II. Verfassungsbeilage regeln lediglich die Verhältnisse der Kinder aus gemischten Ehen. Deren analoge Anwendung auf die religiöse Erziehung von Kindern aus ungemischten Ehen ist unzulässig, insbesondere auch für den Fall, daß der überlebende Elternteil zu einem anderen Glaubensbekenntnis übergetreten ist. — Das Recht der religiösen Erziehung von Kindern aus ungemischter Ehe bildet einen Bestandteil des elterlichen Erziehungsrechts und ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Nach dem BGB. hat der Vater als Inhaber der elterlichen Gewalt — vorbehaltlich einer Beschränkung gemäß § 1666 BGB. — das Recht der Erziehung und Vertretung seines Kindes und damit auch das Recht, über dessen Glaubensangehörigkeit zu bestimmen.

3. R. **11** 495 (BayVGH.). Wenn kein rechtsgültiger Vertrag zwischen

den Eltern über die religiöse Erziehung der aus ihrer gemischten Ehe hervorgegangenen Kinder vorliegt, haben die Bestimmungen der §§ 14 ff. der II. Verfassungsbeilage unbedingt Recht zu geben, auch wenn unter den Eltern über die religiöse Erziehung solcher Kinder kein Streit besteht.

4. R. **11** 631 (BayVGH.). Unter Art. 8 Ziff. 4 VerwGerG. vom 8. August 1878 fallen auch Streitigkeiten über die religiöse Erziehung, wenn die Kinder aus einer ungemischten Ehe stammen. Auch in solchen Streitigkeiten sind die geistlichen Oberen, insbesondere auch die örtlich zuständigen Rabbiner berechtigt, zur Wahrung der rechtlichen Interessen ihrer Religionsgesellschaft Anträge zu stellen und Beschwerde zu führen. — Seitdem sich die religiöse Erziehung von Kindern aus ungemischter Ehe nach dem bürgerlichen Rechte bemißt, nach dem BGB. aber hinsichtlich der Religionswahl für die Kinder Zwangsvorschriften nicht bestehen, haben die in ungemischter Ehe lebenden Eltern hinsichtlich der religiösen Erziehung ihrer Kinder das freie Bestimmungsrecht. — Die Bestimmung im § 1631 BGB. umfaßt die Sorge für die geistige, körperliche und insbesondere auch sittliche Ausbildung des Kindes, somit auch die Sorge für die religiöse Erziehung. Diese Sorge hat bis zur Beendigung der Schulpflicht fortzudauern und sich nach der Konfession, der das Kind angehört, zu richten.

D. In Württemberg.

Literatur: Fauser, Die Konfession der Kinder in Württemberg (Sonderabdruck aus Bd. 21 der Ztschr. f Kirchenrecht), Tübingen 1911. — Graf, Die religiöse Kindererziehung im internationalen Rechte, WürttZ. **11** 321.

1. WürttZ. **11** 73 (Stuttgart). Die Bestimmungen der Ziff. VI des Religionsedikts vom 15. Oktober 1806 (RegBl. 1807, 609) treffen zwar auch zu, wenn eine ursprünglich ungemischte Ehe durch den Religionswechsel eines Ehegatten zu einer gemischten wird, sie beziehen sich aber nur auf Ehen, in denen die Ehegatten verschiedenen christlichen Konfessionen angehören, worunter das äußere, rechtliche Zugetansein, das Zugehören zu einer anderen Konfession zu verstehen ist. Nach den Bestimmungen des Edikts sind die Kinder aus einer gemischten Ehe in der Religion des Vaters zu erziehen, wenn nicht durch die Bestimmung des Vaters oder durch einen vor der Obrigkeit abgeschlossenen Vertrag ein anderes festgesetzt ist. Die Mutter hat, auch wenn ihr nach dem Tode des Vaters oder zu dessen Lebzeiten die elterliche Gewalt zusteht, nicht das Recht zur Änderung der Konfession. Ebensowenig ist es mit dem Religionsedikt vereinbar, daß eine Mutter zunächst die Kinder zu einer anderen christlichen Konfession überführt und dann erst selber übertritt.

2. WürttZ. **11** 78, WürttRpflZ. **11** 242 (Stuttgart). Der Vater darf auf Grund der Bestimmungen des Religionsedikts vom 15. Oktober 1806 die Religion des Kindes nicht ändern, wenn ihm das Recht und die Pflicht der religiösen Erziehung des Kindes fehlt, insbesondere die Sorge für die Person des Kindes entzogen ist. — Nach dem Rechte des Edikts haben Adoptiveltern nicht das Recht, die Religion eines aus einer gemischten Ehe stammenden Kindes zu ändern.

§ 1632. Literatur: Friedmann-Braun verlangt nach Darlegung der Mißstände des geltenden Rechtes für den Streit der Eltern um Herausgabe des Kindes ein Gericht und ein Verfahren, und zwar ausschließliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts, DJZ. **11** 1126 ff.

1. Verhältnis des Herausgabeanspruchs zu dem Elternrecht im allgemeinen. a) **RG. 76** 283, JW. **11** 715, PosMSchr. **11** 73, R. **11** Nr. 2741. Die Klage der angeblichen Mutter eines, wie sie behauptet, von ihr unehelich geborenen Kindes gegen den im Verhältnisse zum Kinde berechtigten und berechtigt bleibenden Inhaber der elterlichen Gewalt auf Herausgabe des Kindes kann, zumal wenn sie von einem Ausländer angestellt ist, keinen Erfolg haben. Ein

solcher Herausgabeanspruch läßt sich vielmehr, ohne mit materiellrechtlichen Grundsätzen in Widerspruch zu geraten, nur dann begründen, wenn zuvor oder gleichzeitig die allgemein, insbesondere dem Kinde gegenüber gültige Feststellung (§§ 640 ff. ZPO.) erwirkt wird, wem das Elternrecht über das Kind zusteht, von wem es abstammt. Denn die Befugnis, über den Verbleib des Kindes Bestimmung zu treffen, läßt sich nicht als ein selbständiges besonderes Recht von der elterlichen Gewalt abspalten. Noch weniger kann das Kind dem Erziehungsrecht einer unehelichen Mutter und gleichzeitig der elterlichen Gewalt eines Vaters unterworfen sein. Ansprüche hinsichtlich des Kindes, welche sich aus einem mit den Eintragungen im Personenstandsregister nicht übereinstimmenden Familienstande des Kindes ergeben sollen, sind daher erst zulässig, wenn vorher oder zugleich eine wirksame Feststellung des Familienstandes bewirkt wird. b) Dagegen Josef, KGBl. **11** 117 (Das vorläufige Ende des Kwilecki-Prozesses). Die §§ 1591 ff. regeln nur die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Kind, dessen Mutter feststeht, als eheliches zu gelten hat. Hiervon zu unterscheiden ist der Fall, daß ein Kind im Personenstandsregister als ehelich geboren eingetragen ist, auch vom Manne der im Register als die Mutter bezeichneten Frau als eheliches anerkannt wird, während es in Wahrheit gar nicht von der dort bezeichneten Mutter geboren, sondern untergeschoben ist. In diesem Falle kann, wenn das Kind ein uneheliches ist, dessen Mutter den Anspruch auf Herausgabe des Kindes (§ 1707 Satz 2) gegen den Vater verfolgen. Eine Vorschrift, wonach sie gleichzeitig durch Klage gegen das Kind selbst dessen Familienstand (eheliche Geburt) feststellen lassen müsse, besteht nicht. Schwierigkeiten können sich hieraus nicht ergeben, denn zwar wird durch ein solches Urteil die Unehelichkeit nur gegenüber dem Vater festgestellt; auf Grund dieses Urteils wird aber das Personenstandsregister dahin berichtigt, daß der dort bezeugte Geburtsfall tatsächlich nicht erfolgt ist.

2. Begriff des Vorenthaltens. OLG. **23** 412, R. **11** Nr. 2579 (Stuttgart). Ein rein passives Verhalten des Dritten, selbst wenn dem Kinde durch Unterhaltsgewährung das Fernbleiben ermöglicht wird, erfüllt den Tatbestand des „Vorenthaltens“ nicht, vielmehr ist erforderlich, daß der mit der Klage aus § 1632 in Anspruch zu Nehmende dem Willen des Gewalthabers widerstrebt und eine tatsächliche Lage schafft, vermöge deren die Wegnahme des Kindes nicht unerheblich erschwert wird.

3. Unterlassungsanspruch. OLG. **24** 23 (KG. III. ZS). § 1632 betrifft lediglich die ausdrückliche Anerkennung einer aus dem Erziehungsrechte sich ergebenden einzelnen Folge. Das Erziehungsrecht begreift notwendig das Recht der Beaufsichtigung und Regelung des schriftlichen und persönlichen Verkehrs des Kindes mit Dritten in sich, so daß jeder Verkehr, der von dritter Seite mit dem Kinde gegen den (zumal begründeten) Willen des Erziehungsberechtigten gepflogen wird, einen widerrechtlichen Eingriff in das Erziehungsrecht darstellt. Ein solcher widerrechtlicher Eingriff begründet einen klagbaren Anspruch auf Unterlassung, wenn für die Zukunft weitere Eingriffe zu besorgen sind, denn das auf der elterlichen Gewalt beruhende Erziehungsrecht ist seinem ganzen Wesen nach ein zu den sonstigen Rechten des § 823 Abs. 1 BGB. gehöriges absolutes Recht (vgl. **RG. 71** 85). Wie der Inhaber des Erziehungsrechts aus dessen schuldhafter Vernachlässigung jedermann haftbar werden kann, so muß andererseits auch jeder Dritte gehalten sein, dieses Recht zu beachten.

4. Entsprechende Anwendbarkeit sachenrechtlicher Vorschriften? a) SächsOLG. **32** 277. Mag auch der Herausgabeanspruch des § 1632 in einem familienrechtlichen Verhältnisse wurzeln, auf das die sachenrechtlichen Begriffe an sich unanwendbar sind, so ist doch unbedenklich der Herausgabeanspruch entsprechend den Vorschriften zu beurteilen, nach denen der

Eigentümer einer Sache deren Herausgabe von ihrem Besitzer beanspruchen darf. Hiernach kann auch der mittelbare Besitzer zur Herausgabe angehalten werden, und er kann sich daher nicht darauf berufen, daß er das Kind nur in mittelbarer Obhut habe, zumal, wenn er zu dem Kinde tatsächlich (z. B. durch dessen Unterbringung bei seinen Eltern) noch in unmittelbarer Beziehung steht. Durch diese Art der Unterbringung hat der Dritte (hier dessen Eltern) ein mittels Rechtszwanges durchführbares Recht auf Ausübung der Sorge für die Person des Kindes nicht erworben, ebensowenig darf der Dritte einwenden, daß die Herausgabe des Kindes dessen Interessen widerstreite. **b)** OLG. **23** 221 (Darmstadt). Auf die Erwirkung der Herausgabe von Kindern auf Grund eines Prozeßvergleichs findet § 883 ZPO. rechtsähnliche Anwendung. Das Kind ist demnach der es vorenthaltenden Partei vom Gerichtsvollzieher wegzunehmen und der berechtigten Partei zu übergeben. **c)** Dagegen BadRpr. **12** 1 (Karlsruhe). Die Bestimmungen über den Besitzschutz von Sachen sind auf das Fürsorgerecht der Eltern gegenüber dem Kinde nicht anwendbar. Am lebenden Menschen gibt es keinen Besitz. Gegen die Auffassung, daß der Vater sich verbotener Eigenmacht gegenüber der Mutter im Sinne des § 858 BGB. schuldig gemacht habe, spricht der Umstand, daß die Vorschriften über den Besitzschutz an Sachen oder Eigentum hieran auf das familienrechtliche, natürliche und sittliche Verhältnis der elterlichen Gewalt nicht angewendet werden können. Jedenfalls kann von dem Bestehen eines rechtswidrigen Zustandes nicht gesprochen werden, wenn der Vater nach tatsächlicher dauernder Erlangung der ihm zustehenden Schutzgewalt die Fürsorge für die Person auch ausübt. Solange das Vormundschaftsgericht keine abweichende Anordnung gemäß § 1635 getroffen hatte, blieb das Recht des Vaters in Kraft. — Vgl. JDR. **9** Ziff. 2 zu § 1632 (Hamburg).

5. Herausgabeanspruch des geschiedenen Ehegatten OLG. **23** 413 (KG. 20. ZS.). Die Berufung der Mutter auf § 1354 Satz 2 BGB., um die Weigerung der Herausgabe des Kindes zu begründen (**RG. 55** 421), kommt nicht mehr in Betracht, wenn die Ehe geschieden ist, vielmehr kann dann das Herausgabeverlangen sich nur noch als Mißbrauch dem Kinde gegenüber darstellen, hierüber hat aber nach § 1666 BGB. nur das Vormundschaftsgericht zu entscheiden (GruchotsBeitr. **51** 823). Ein Verzicht des Vaters auf den Herausgabeanspruch läßt sich daraus allein, daß er bisher das Kind der Mutter belassen und zu seinem Unterhalte nichts beigetragen hat, nicht herleiten. Ein solcher Verzicht wäre auch nicht bindend, denn mit der Pflicht der Erziehung und Beaufsichtigung des Kindes bleibt ihm auch das untrennbar damit verbundene Recht (**RG. 60** 268). Allerdings kann die Ausübung des Erziehungsrechts auf einen anderen übertragen werden, doch kann die Befugnis, das Kind jederzeit zurückzufordern, nicht bindend ausgeschlossen werden (GruchotsBeitr. **50** 1001).

§ 1633. *Kaufmann, Eigentum am Gesellschaftsvermögen (Fischers Abhandlungen) 57 Anm. 10. Unter den Vermögensbegriff dieses Paragraphen fallen auch höchstpersönliche Rechte, wie Firmenrechte, Alimentenansprüche, Ansprüche aus § 1300.

§ 1634. 1. OLG. **24** 24 (KG. III. ZS.). § 1634 Satz 2 findet nach der Natur der Sache nur Anwendung auf Angelegenheiten, die den beiden Eltern gemeinschaftlich sind, über die sie also gemeinsam zu entscheiden haben, z. B. wenn es sich um den Aufenthalt oder die Erziehung der Kinder handelt. Wenn aber der Ehemann seine Frau aus dem Haushalte hinausgewiesen hat und ihr jedes Zusammenkommen mit den Kindern verweigert, so tritt das Interesse der Kinder in den Hintergrund und es handelt sich nicht nur nicht um gemeinschaftliche, vielmehr um einander entgegengesetzte Rechte der Eheleute. Hiernach muß der verklagte Ehemann zunächst nachweisen, daß er berechtigt war, die Klägerin aus seinem

Haushalte zu entfernen, ihr jetziges Verlangen sich also als Mißbrauch ihrerseits darstellt.

2. RJA. **11** 4 (KG.). Wenn auch die Mutter von den auf Grund des § 1666 getroffenen Maßregeln in dem Falle besonders betroffen wird, daß ihr die elterliche Gewalt zusteht, weil nur in diesem Falle es möglich ist, im Interesse des Kindes ihr alle dem Gewalthaber zustehenden Befugnisse zu nehmen, so folgt doch daraus nicht, daß, wenn sie bei bestehender Ehe gegenüber dem aus der väterlichen Gewalt ihres Ehemanns fließenden Rechten auf das ihr nach § 1634 zustehende Recht der tatsächlichen Personenfürsorge beschränkt ist, sie nicht insoweit von Maßnahmen aus § 1666 betroffen werden kann, als ihre beschränkten Befugnisse reichen.

3. Vgl. auch Ziff. 5 zu § 1632.

§ 1635. I. Abweichende Anordnungen (Abs. 1 Satz 2). 1. Deren Voraussetzungen. a) BayObLG. **12** 318, 322, 448, R. **11** Nr. 2441, 3195, OLG. **24** 25 Anm. 1, ZBlFG. **12** 301, SeuffBl. **11** 735 (BayObLG.). Die abweichende Anordnung enthält eine Beschränkung des nichtschuldigen Ehegatten in der ihm allein zustehenden Sorge für die Person des Kindes. Dieser Eingriff in sein Recht ist nur dann statthaft, wenn ohne ihn das Interesse des Kindes einer ernstlichen Gefährdung ausgesetzt sein würde, die nur durch eine solche Anordnung abgewendet werden kann. Vgl. auch zu § 1673. b) SächsOLG. **32** 323, 420. Die Anordnung aus § 1635 Abs. 1 Satz 2 ist nur zulässig, wenn sie im Interesse des Kindes „geboten" ist, setzt also voraus, daß die Anwendung der Regel des Abs. 1 Satz 1 das Interesse des Kindes gefährden würde (vgl. OLG. **10** 288, **12** 243 [KG.]). c) BayObLG. **11** 768, R. **11** Nr. 755, DJZ. **11** 1563 (BayObLG.). Um die Anordnung aus § 1635 Abs. 1 Satz 2 zu treffen, genügt es nicht, daß die Verhältnisse des nichtschuldigen Ehegatten es als notwendig erscheinen lassen, ihm das Recht der Sorge zu entziehen; es ist auch erforderlich, daß die Verhältnisse des schuldigen Ehegatten es rechtfertigen, diesem die Sorge zu übertragen. Ist diese Voraussetzung nicht gegeben, so muß nach § 1666 BGB. für eine anderweitige Unterbringung des Kindes gesorgt werden.

2. Einzelne Fälle. a) **RG.** WarnE. **4** 481. Eine von der Regel des § 1635 Satz 1 abweichende Anordnung kann dadurch geboten sein, daß der jetzige Ehemann der Mutter, wenn dieser die Sorge für die Person ihrer Kinder verbleibt, mindestens mittelbar durch die Mutter einen unheilvollen Einfluß auf die Kinder und ihr Verhältnis zum Vater ausüben wird. b) Vgl. unten Ziff. 2 zu § 1673 (Nichtanwendbarkeit des § 1673 im Falle des § 1635).

3. Beschränkt auf geschiedene Ehen. a) RJA. **11** 7 (KG.). Wenn **RG. 69** 94 — JDR. **7** Ziff. 1 zu § 1636 — die Vorschrift des § 1636 Satz 2 über die Verkehrsregelung durch das Vormundschaftsgericht auch für den Fall, daß die Eltern nur tatsächlich getrennt leben, für anwendbar erachtet, so ist doch die Übertragung dieses Satzes auf die dem Vormundschaftsgerichte nach § 1635 Abs. 1 Satz 2 zustehende Befugnis nicht angängig. Zu einem Einschreiten gegen den Vater könnte nur bei dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 1666 BGB. Veranlassung vorliegen. Die Anwendung des § 1666 führt aber lediglich dazu, daß die Sorge für die Person des Kindes dem Vater entzogen und auf einen nach § 1909 zu bestellenden Pfleger übertragen wird; das Personensorgerecht geht also weder ohne weiteres auf die Mutter über, noch ist das Vormundschaftsgericht gehalten, gerade sie als Pfleger zu bestellen. b) OLG. **24** 25 (KG.). Wenn auch in KGJ. **39** A 3 — JDR. **9** Ziff. I a zu § 1636 BGB. — § 1636 auf die Verkehrsregelung während des Schwebens der Ehescheidung für anwendbar erklärt worden ist, so wird doch in Übereinstimmung mit KGJ. **37** A 13 — JDR. **8** Ziff. I 1 zu § 1635 — daran festgehalten, daß § 1635 nur gegenüber geschiedenen Eheleuten angewendet

werden dürfe. Stehen die Eheleute im Scheidungsprozesse, so muß das Vormundschaftsgericht den Verkehr der Eltern gemäß § 1636 von dem Standpunkt aus regeln, daß dem Vater die elterliche Gewalt zusteht und bei Meinungsverschiedenheiten über die Ausübung der Personensorge seine Meinung vorgeht (§ 1634 Satz 2), oder es muß gegen den Vater aus § 1666 vorgehen und ihm die Sorge für die Person des Kindes nehmen oder beschränken. Weder den Maßnahmen des Vormundschaftsgerichts aus § 1636 noch solchen aus § 1666 steht die einstweilige Verfügung des Scheidungsrichters entgegen (vgl. **RG. 69** 97).

II. Prozessuales. 1. SeuffBl. **11** 773, R. **11** Nr. 3925 (München). Ein über das Fürsorgerecht unter den Ehegatten nach § 1635 Abs. 1 Satz 1 schwebender Feststellungsprozeß ist nicht auszusetzen, bis ein nach Satz 2 aaO. eingeleitetes vormundschaftsgerichtliches Verfahren erledigt ist.

2. OLG. **23** 199 (Hamburg). Bei der Ausübung der Befugnis, nach § 627 ZPO. für die Dauer des Rechtsstreits wegen der Sorge für die Person der Kinder Anordnungen zu treffen, hat sich der Richter lediglich von dem Interesse der Kinder leiten zu lassen. Insbesondere hat er dabei nicht entscheidend zu berücksichtigen, wem bei bestehender Ehe gesetzlich die Sorge für die Person der Kinder zusteht oder wem nach § 1635 diese Sorge nach der Ehescheidung zustehen würde.

3. a) OLG. **24** 40 (KG. III. ZS.). Der Prozeßrichter ist an die Anordnung des Vormundschaftsgerichts auch dann gebunden, wenn die Anordnung nur eine vorläufige ist, denn das Gesetz unterscheidet nicht zwischen vorläufiger und endgültiger Anordnung, kann es auch nicht, denn streng genommen sind alle derartigen Anordnungen in gewissem Sinne nur vorläufige, weil das Vormundschaftsgericht immer in der Lage ist, seine Anordnungen abzuändern. b) OLG. **24** 41 (BayObLG.). Die vorläufige Anordnung soll regelmäßig nur eintreten, wenn aus besonderen Umständen die Beendigung der Sachuntersuchung nicht abgewartet werden kann (OLG. **16** 6).

§ 1636. 1. Das Verkehrsrecht als Ausfluß des Verwandtschaftsverhältnisses. OLG. **24** 26 (KG.). Der Mutter, die nach § 1635 das Recht der Sorge für ihre Kinder nicht hat, kann das Recht zum persönlichen Verkehre mit ihren Kindern auch dann nicht vollständig genommen werden, wenn die Voraussetzungen des § 1666 vorliegen. Für diese Auffassung spricht sowohl der Wortlaut des § 1636, der nur eine nähere Regelung, nicht eine Beseitigung des Verkehrs im Auge hat, als auch die Entstehungsgeschichte des § 1636 (Prot. IV 449). Das Verkehrsrecht ist richtiger Ansicht nach überhaupt nicht ein Teil des vom § 1666 betroffenen Personensorgerechts, sondern besteht als selbständige Befugnis neben ihm, und zwar auch gegenüber dem Ehegatten, der sonst kraft seines Personensorgerechts befugt ist, über den Verkehr des Kindes mit anderen Personen gemäß § 1631 die geeignete Bestimmung zu treffen, dessen Recht also insoweit durch das Recht des anderen Ehegatten zum Verkehre mit dem Kinde beschränkt ist (RJA. 4 138). Hiernach stellt sich das Verkehrsrecht weder als Ausfluß der Sorge für die Person des Kindes noch überhaupt als Bestandteil der elterlichen Gewalt dar, sondern entspricht dem zwischen Eltern und Kindern bestehenden Verwandtschaftsverhältnisse, kraft dessen kein Elternteil von dem Verkehre mit seinen Kindern ganz ausgeschlossen werden kann. Ebenso KGJ. **30** A 38 (KG.), OLG. **11** 297 (Darmstadt) — JDR. **4**, Ziff. 1 zu § 1634, Ziff. I 2 zu § 1636 BGB. —. Der abweichenden Ansicht **RG. 64** 49 — JDR. **6** Ziff. 1 a zu § 1636 — kann nicht gefolgt werden. RJA. **4** 139, ZBlFG. **5** 85 (KG.) — JDR. **3** Ziff. IV zu § 1666 — betraf nur die Frage, ob bei Unanwendbarkeit der §§ 1635, 1636 die Möglichkeit bestehe, dem sorgeberechtigten Elternteil auf Grund des § 1666 das Verkehrsrecht zu entziehen.

2. Voraussetzung der Verkehrsregelung. OLG. **24** 40, Elf.-

LothJZ. **11** 595 (Colmar). Leben die Eheleute nur getrennt, so ist Voraussetzung einer Regelung in entsprechender Anwendung des § 1636, daß der Fall überhaupt zu einem Eingreifen des Vormundschaftsgerichts Anlaß geben könne. Dies ist nicht der Fall, wenn der Ehemann bereit ist, seine ohne Grund von ihm getrennt lebende Ehefrau bei sich aufzunehmen und ihr den Verkehr mit dem gemeinschaftlichen Kinde in der Ehewohnung und auch anderswo in seiner Gegenwart zu gestatten. Dann finden die gewöhnlichen Vorschriften des Elternrechts Anwendung, und es entspricht dem Wesen der ehelichen Lebensgemeinschaft und dem Gesetze, daß das gemeinschaftliche Kind in der Wohnung des Vaters sich befindet und daß dort oder an einem anderen von ihm bestimmten Orte die Mutter mit dem Kinde verkehrt (§§ 1631, 1353, 1354). Daß das Vormundschaftsgericht etwa im Interesse des Kindes einzuschreiten hätte, wird im vorliegenden Falle nicht geltend gemacht.

3. Entsprechende Anwendbarkeit auf tatsächlich getrennt lebende Eheleute. Landsberg, Recht u. Wirtschaft **1** 20 (Der förmliche und der wirkliche Machtbereich des Vormundschaftsrichters), findet die Rechtfertigung der in **RG. 69** 94 — JDR. **7** Ziff. 1 zu § 1636 — ausgesprochenen Zulassung der Verkehrsregelung für den Fall der nur tatsächlichen Trennung einer rechtlich noch bestehenden Ehe in der Erwägung, daß auf den von dem öffentlichen Interesse beherrschten Lebensgebieten die Staatsgewalt zu einem „zweckmäßigen Handeln" befugt ist, kraft dessen sie über Widerstände Privater einen Zustand herzustellen berechtigt ist, der zugleich dem materiellen Rechte und dem ihr anvertrauten Schutzinteresse entspricht.

4. Ausschließliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts. a) HansGZ. **11** 215 (Hamburg). Die durch § 1636 begründete ausschließliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts, den Verkehr des Vaters mit seinem Kinde persönlich zu regeln, auch wenn die Ehegatten nur getrennt leben (**RG. 63** 236, **69** 94), kann dadurch nicht beeinträchtigt werden, daß die Ehegatten im Ehescheidungsprozesse liegen. Daß durch § 627 ZPO. die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts nicht eingeschränkt werden sollte, geht schon aus dessen Abs. 3 hervor. b) HansGZ. **12** Beibl. 3 (Hamburg). Die Anordnung, daß ein Kind für die Dauer des Ehescheidungsprozesses bei der Mutter verbleibe, gehört nicht zu den nach § 627 ZPO. zulässigen einstweiligen Verfügungen, betrifft vielmehr den persönlichen Verkehr des Kindes mit seiner Mutter, zu dessen Regelung nach § 1636 lediglich das Vormundschaftsgericht zuständig ist. c) Vgl. auch Ziff. 4 zu § 1673 (Anwendbarkeit des § 1673 auf das Verfahren des Vormundschaftsgerichts).

5. Zwangsmittel nach Landesrecht. BayRpflZ. **11** 119, R. **11** Nr. 756, SeuffBl. **11** 210 (BayObLG.). Nach Art. 130 BayAGBGB. ist die Anwendung unmittelbaren Zwanges auch in den Fällen des § 1636 zulässig, wenn es sich um den Vollzug einer Verfügung handelt, durch die die Herausgabe eines Kindes angeordnet wird, und die Anwendung unmittelbaren Zwanges erforderlich ist, um die Herausgabe zu bewirken. In der Regel wird der Anordnung von Zwangsmaßregeln deren Androhung vorauszugehen haben. Unzulässig ist es, von vornherein die Anwendung unmittelbaren Zwanges für den Fall, daß sie etwa notwendig sein könnte, anzuordnen und die Art und Weise des Vorgehens dem freien Belieben eines Dritten zu überlassen.

§ 1638. 1. RheinARV. **29** 18 (KG.). Ist einem Kinde eine Hypothek in der Weise zugewiesen worden, daß an ihr das Nutznießungs- und Verwaltungsrecht des Vaters ausgeschlossen sein soll, so kann zwar der Vater die Zuwendung im Namen des Kindes annehmen, zur Eintragung aber der Bestimmung, daß die Nutznießung und Verwaltung der Mutter zustehen soll, bedarf es der Bestellung eines Pflegers, der an Stelle des an der Abgabe der Erklärung rechtlich (§ 1651) verhinderten Vaters die erforderliche Erklärung abgibt.

2. OLG. **24** 28 (KG.). § 1629 bezieht sich auf den Fall, daß eine Angelegenheit des Kindes die Vermögensverwaltung allein betrifft, überhaupt nicht. Ist daher dem Vater gemäß § 1638 die Verwaltung des dem Kinde zugefallenen Vermögens entzogen und wird sie deshalb nach § 1909 Satz 2 durch einen Pfleger geführt, so hat der Vater bei der Verwaltung des Pflegers in keiner Weise mitzuwirken. Sein Recht im Sinne des § 20 FGG. wird daher weder durch die Bestellung noch durch die Auswahl der Person des Pflegers verletzt.

§ 1640. 1. *Levis, ZBlFG. **11** 688. Der Pflichtteilsanspruch des Kindes gegen den Vater ist in das väterliche Vermögensverzeichnis aufzunehmen; anzugeben ist aber lediglich die Höhe des Anspruchs, nicht die Zusammensetzung der Nachlaßmasse, solange kein Verlangen gemäß § 2314 gestellt ist.

2. Sommer, BayRpflZ. **11** 127. Die Verpflichtung zur Einreichung eines Vermögensverzeichnisses erstreckt sich bei fortgesetzter Gütergemeinschaft nicht auf dasjenige Vermögen des Kindes, das zum Anteile des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgute gehört, da der Anteil des Kindes am Gesamtgute nicht Kindesvermögen im Sinne des § 1640 ist. Im Interesse eines wirksamen Schutzes des Vermögens der Kinder wird eine Änderung der gesetzlichen Bestimmungen dahin empfohlen, daß dem überlebenden Ehegatten aufgegeben wird, ein Vermögensverzeichnis über das Gesamtgut einzureichen.

3. WürttZ. **11** 172 (LG. Stuttgart). Die Verzeichnispflicht wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß dem Vater oder einem Dritten die statutarische Nutznießung an dem dem Kinde zugefallenen Vermögen zusteht.

§ 1641. *Eckstein, ACivPr. **107** 410. Schenkungsversprechen können wirksam nicht erteilt, wohl aber erfüllt werden.

§ 1642. a) Geißler, BadRpr. **11** 85. Kann das Vormundschaftsgericht eine mündelsichere Anlage auch dann verlangen, wenn dem Minderjährigen lediglich eine Gleichstellungsforderung an den elterlichen Gewalthaber zugewiesen wird? Gegenüber einer diese Frage verneinenden Entsch. des LG. Offenburg wird auf entgegenstehende Entsch. BadRpr. **01** 213 und OLG. **4** 360 (KG.), sowie BadRpr. **00** 151 (JM. 28. April 1900) verwiesen und eine einheitliche Rechtsprechung als erwünscht bezeichnet. **b**) Vgl. hierzu die Bemerkungen von Bastian und Josef, Bad. Rpr. **11** 200, 201.

§ 1643. 1. Löschung eines Nacherbenrechts. ElsLothNotZ. **11** 284 (LG. Straßburg). Der Inhaber der elterlichen Gewalt bedarf zur Bewilligung der Löschung des zugunsten seines minderjährigen Kindes eingetragenen Nacherbenrechts nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, insbesondere fällt das Nacherbenrecht, welches bis zum Eintritte der Nacherbfolge ein Recht an den einzelnen Nachlaßgegenständen nicht gewährt, nicht unter § 1821 Ziff. 1 BGB.

2. Übernahme einer fremden Verbindlichkeit. **a) RG. 75** 357, JW. **11** 455, R. **11** Nr. 1762, LeipzZ. **11** 459, SeuffA. **66** 412, BlGenossW. **11** 414. Die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit im Sinne der §§ 1643, 1822 Ziff. 10 BGB. liegt nicht darin, daß der Vater eine fremde Verbindlichkeit, und sei es auch die eigene, aus dem Vermögen des Kindes tilgt, z. B. durch Abtretung einer Sparkassenforderung des Kindes. Die Sachlage und die Wirkung ist keine andere, als wenn aus Mitteln des Kindes gezahlt würde oder wenn der Vater die Sparkassenforderung eingezogen oder an einen Dritten abgetreten und das so erlangte Geld zur Bezahlung seiner eigenen Schuld verwendet hätte. **b**) Ebenso **RG.** LeipzZ. **11** 777. **c**) Lade, BlGenossW. **11** 601, 653. Ein Vater kann Sparkassenguthaben seiner minderjährigen Kinder nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verpfänden, da die Verpfändung unter § 1882 Ziff. 10 fällt. — Dagegen Waldecker a. a. O. 652. **d) RG. 76** 89, JW. **11** 544, DJZ. **11** 930, R. **11** Nr. 2164. Wenn eine Witwe zur Sicherung einer von ihr einem

Dritten gegenüber eingegangenen Bürgschaftsverpflichtung diesem namens ihres minderjährigen Kindes eine nach ihrem Tode dem Kinde zustehende Hypothek abtritt, übernimmt sie insoweit namens des Kindes eine diesem fremde Verbindlichkeit, zu der es der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nach §§ 1643, 1822 Ziff. 10 bedarf. § 1821 Abs. 2 findet im § 1822 Ziff. 10 seine selbstverständliche Beschränkung (**RG. 63** 78, JDR. **5** Ziff. 4 b zu § 1822). Vgl. auch oben Ziff. 2 zu § 1630.

§ 1647. 1. BayRpflZ. **11** 208 (Nürnberg). Endigt die Vermögensverwaltung der Mutter mit der Eröffnung des Konkurses über ihr Vermögen, so gehört zu dem nunmehr ihrer Verwaltung entzogenen Vermögen der Kinder auch die Forderung, als deren Schuldner sie sich den Kindern gegenüber „aus dem Rechtsgrunde des väterlichen Erbteils" bekannt und wofür sie Hypothek auf dem ihr zugewiesenen Anwesen bestellt hat. Gleichgültig ist, daß sie Verwalterin und Schuldnerin in einer Person gewesen ist, daß sie durch Vertrag mit ihren Kindern diesen eine Hypothek zur Sicherung bestellt hat und ein Teil der Schuld auf einer freiwilligen Erhöhung des Vaterguts (Schenkung) beruht. Diese Forderung genießt daher das Vorrecht des § 61 Nr. 5 KO. Gegenüber der Forderung kann die Witwe nicht einseitig mit Aufwendungen für den Unterhalt und die Erziehung der Kinder aufrechnen (§§ 1630, 1795 BGB.).

2. Vgl. auch **RG.** zu § 1656.

§ 1651. Vgl. Ziff. 1 zu § 1638.

§ 1654. 1. Kosten eines gegen das Kind eingeleiteten Strafverfahrens. a) PrJM. vom 24. Februar 1911 (JMBl. 116). Der Vater haftet nicht allgemein für die Kosten eines gegen das Kind gerichteten Strafverfahrens, sondern nur für die Kosten der Verteidigung des Kindes. Die Kosten der auf seinen Antrag gemäß § 218 StPO. vom Gerichte geladenen Entlastungszeugen gehören aber zu den allgemeinen Kosten des Strafverfahrens. b) Pieper, DJZ. **11** 639 — gegen KGJ. **36** B 3 (JDR. **7** Ziff. 2 a zu § 1654) — unter Mitteilung zweier Entsch. des OLG. Hamm (Strafſ.). Die Haftung des Vaters (gleich der des Ehemanns) für die Kosten eines wegen einer unerlaubten Handlung seines Kindes eingeleiteten Strafverfahrens ist auf die Kosten der Verteidigung beschränkt (§ 1387 Nr. 2 BGB.). Aus der Unterhaltspflicht haftet der Vater (§§ 1601 ff.) unmittelbar nur dem Kinde, dem Fiskus höchstens daraus, daß dieser statt seiner eine solche Verpflichtung erfüllt hat. Solche Schuld ist keine Kostenschuld, sondern unter Umständen eine im ordentlichen Rechtswege zu erstreitende Forderung, z. B. aus ungerechtfertigter Bereicherung. — Dagegen ist allerdings ein Privatklageverfahren als eine unter § 1654 Satz 3 fallende Rechtsstreitigkeit anzusehen und der Vater haftet daher für die in einem solchen Falle dem Kinde auferlegten Kosten, ohne Rücksicht darauf, ob das Kind überhaupt unfreies Vermögen besitzt und der Vater daraus Einkünfte bezieht.

2 Haftung des Vaters für Gerichtsgebühren. a) R. **11** 496 (BayObLG.). Für die Gebühren aus Artt. 90, 93 BayGebG. haftet neben dem Mündel der Vater zufolge Art. 83 GebG. mit § 92 RGKG, §§ 1654, 1656 BGB. auch dann, wenn ihm die Verwaltung nicht zusteht. Es handelt sich um ordentliche Verwaltungskosten, nicht um außerordentliche Lasten. b) SeuffBl. **11** 488, R. **11** Nr. 2911 (München). Verzichtet der Vater auf die Nutznießung, so haftet er für nachher fällig gewordene Gerichtsgebühren auch dann nicht, wenn sie bereits vorher angefallen waren.

3. Kosten eines von dem Kinde gegen den Vater geführten Prozesses. SächsOLG. **32** 516 (Dresden). Die Verpflichtung des Vaters zur Tragung der Kosten eines von dem Kinde gegen ihn anhängig gemachten Prozesses kann nur dadurch zur Entstehung gelangen, daß der Vater

zur Tragung dieser Kosten als der unterliegende Teil gemäß § 91 Abs. 1 ZPO. verurteilt wird.

4. Kostenhaftung des Vaters mit oder ohne Rücksicht auf das Vorhandensein von Kindesvermögen? a) ElsLoth. NotZ. **11** 314 (Colmar). Der Vater haftet für die Kosten eines von ihm für sein Kind geführten Prozesses nur, wenn ein seiner Nutznießung unterworfenes Kindesvermögen vorhanden ist (Komm. der RGRäte Anm. 4 zu § 1654). **b)** Ebenso NaumburgAK. **11** 75 (LG. Magdeburg). **c)** OLG. **24** 31 (Celle). Von „Lasten eines Vermögens" kann nur beim Vorhandensein eines solchen die Rede sein. Damit ist klar der Standpunkt des Gesetzes gezeichnet: Der Träger der Nutzungen des Kindesvermögens soll auch Träger seiner Lasten sein. Die Pflicht des Vaters, für diese Lasten aufzukommen, ist lediglich die Folge der Nutznießung, beruht aber nicht auf seiner Unterhaltspflicht dem Kinde gegenüber. Dies gilt auch von den Kosten eines Rechtsstreits. Hätte das Gesetz den Vater für solche Kosten schlechthin aufkommen lassen wollen, so hätte es das durch eine entsprechende allgemein gehaltene Vorschrift getan. Die gegenteilige Auffassung führt zu unannehmbaren Ergebnissen. So müßte der Vater die Kosten eines gegen das Kind angestrengten Rechtsstreits schon dann tragen, wenn er nur als gesetzlicher Vertreter des Kindes die Klage in Empfang genommen hätte und dann Versäumnisurteil gegen sich ergehen ließe, oder wenn er gegen zu weit gehende, aus unerlaubten Handlungen des Kindes hergeleitet Ansprüche dessen Vertretung im Rechtsstreite pflichtmäßig übernähme, ohne dabei den begründeten Teil der Ansprüche abwehren zu können. **d)** Anderseits schließt sich OLG. **24** 31 (Naumburg) der Ansicht an, die die Haftung des Vaters stets dann als gegeben ansieht, wenn ihm die Nutznießung am Kindesvermögen — sei es auch nur grundsätzlich — zusteht, gleichviel, ob und in welcher Höhe er im einzelnen Falle Nutzungen davon zieht. Es kann nicht Wille des Gesetzgebers gewesen sein, den Fall des Nichtvorhandenseins von Kindesvermögen anders als den Fall zu regeln, daß unfreies Vermögen des Kindes zwar vorhanden ist, aber keine oder nur geringe Einkünfte abwirft. **e)** Auch SeuffBl. **12** 125 (München) verbleibt bei der Auffassung SeuffBl. **07** 166 (JDR. **6** Ziff. a zu § 1654), daß die Kostenpflicht des Vaters das tatsächliche Vorhandensein eines der väterlichen Nutznießung unterliegenden Kindesvermögens nicht voraussetzt, und hält diese durch BayRpflZ. **10** 410 (Zweibrücken) — JDR. **9** Ziff. 2 zu § 1654 — nicht für entkräftet, weil der Wortlaut in Satz 1 des § 1654 nicht zweifellos dafür spreche, daß die Tragung der Lasten an das Vorhandensein eines bestimmten unfreien Kindesvermögens geknüpft sei, wie dies der Fall sein würde, wenn die Gesetzesstelle etwa dahin lautete, daß der Vater die Kosten „eines" (nicht „des") seiner Nutznießung unterliegenden Vermögens zu tragen habe.

5. Einfluß des dem Kinde bewilligten Armenrechts auf die Kostenpflicht des Vaters. **a)** OLG. **24** 54 (München). Wenn auch die Inanspruchnahme des Vaters aus § 1654 ein der väterlichen Nutznießung unterstehendes Kindesvermögen nicht voraussetzt, so fällt doch eine solche nach § 92 GKG. weg, wenn dem Kinde das Armenrecht bewilligt ist; denn nach § 125 ZPO. ist die Verpflichtung der einen Partei der Staatskasse gegenüber bedingt durch die spätere Verbesserung ihrer Vermögensverhältnisse, und hierauf kann sich auch der gesamtschuldnerisch Mithaftende berufen. **b)** OLG. **24** 55 (München). Sind die Kosten durch Urteil dem Kinde auferlegt, so fallen sie nach § 1660 mit § 1416 seinem freien Vermögen zur Last, und demnach bietet § 1654 keine Handhabe für die Inanspruchnahme des Vaters, auch wenn das Urteil erst nach der Bewilligung des Armenrechts erlassen worden ist.

§ 1656. **RG. 75** 161, JW. **11** 328, R. **11** Nr. 1322, 1323. Das Recht der Nutznießung an sich bleibt vom Konkurs unberührt, denn durch § 1656

soll das Nutznießungsrecht des Gewalthabers sachlich keine Abschwächung erleiden, es bleibt vielmehr als dingliches Recht bestehen und der Gewalthaber wird weiter Eigentümer der getrennten Früchte. Lediglich von der eigenen Ausübung des Nutznießungsrechts ist der Gewalthaber ausgeschlossen, weil man fürchtete, daß ein Gewalthaber, der die Vermögensverwaltung nicht mehr habe (§ 1647), nach Endigung der Nutznießung nicht mehr imstande sein könne, das Vermögen in ordnungsmäßigem Zustande zurückzugeben. Besteht diese Gefahr nicht, so handelt ein dem Kinde bestellter Pfleger in dessen Interesse, wenn er rechtsgeschäftlich den Vater ermächtigt, die Bewirkung der Leistung unmittelbar an sich zu beanspruchen. — Ist mit der Nutznießung eine Vermögensverwaltung nicht verbunden (im gegebenen Falle war Gegenstand der Nutznießung lediglich ein Zehntrecht, dessen rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung einzig in den zu ziehenden Nutzungen lag), so bleibt der Vater trotz des Konkurses auch zur Ausübung der Nutznießung befugt.

§ 1664. *Strupp, SeuffBl. **11** 223. Der als Grundnorm erscheinende § 1664 begründet eine Schadensersatzpflicht des pflichtwidrig handelnden Inhabers der elterlichen Gewalt, bei levis culpa jedoch nur, wenn er in eigenen Angelegenheiten sorgfältiger verfährt. Mit diesem im Familienrechte wurzelnden Schadensersatzanspruche kann unter Umständen elektiv (hilfsweise) ein deliktischer, gestützt auf § 823, ausnahmsweise § 826 BGB., konkurrieren. Dabei wird jedoch ein Schadensersatzanspruch nur dann praktisch werden, wenn das körperliche Wohl des Kindes verletzt wurde, während im Falle der Verletzung seiner sittlichen Persönlichkeit ein Ersatzanspruch als ausgeschlossen erachtet werden muß. (Eine entsprechende Schadensersatzpflicht bejaht für das Gebiet des persönlichen Eherechts [§ 1359 BGB.] der Verf. in seiner Abhandlung: Schadensersatz wegen Ehebruchs, Eheverlassung oder in ähnlichen Fällen [F. A. Perthes, Gotha 1910]).

§ 1665. 1. Die Entsch. des OLG. Stuttgart — JDR. **9** zu § 1665 — auch RJA. **11** 8.

2. OLG. **24** 32 (KG.). Eine Verhinderung des Vaters an der Ausübung der elterlichen Gewalt ist stets anzunehmen, wenn er außerstande ist, die mit der elterlichen Gewalt verbundenen Pflichten in ihrer Gesamtheit zu erfüllen, z. B. wenn er sich seit mehr denn Jahresfrist im Auslande befindet und seine Abwesenheit nicht bloß vorübergehend ist. Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß der Vater das Kind der Fürsorge eines Dritten anvertraut hat. Denn der Vater ist nicht befugt, die aus der elterlichen Gewalt fließenden Rechte und Pflichten in ihrer Gesamtheit auf eine andere Person zu übertragen, wenn er auch zur Besorgung einzelner Angelegenheiten, die ihrer Natur nach seine persönliche Entschließung nicht erfordern, sich der Unterstützung anderer Personen bedienen kann. Ist der Vater an der Wahrnehmung der zur Personensorge gehörigen Rechte und Pflichten verhindert, so erscheint es gemäß §§ 1665, 1909 geboten, den Pfleger zur Wahrnehmung des Rechtes und der Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, ohne weitere Einschränkung zu bestellen. Vgl. auch Ziff. 2 zu § 1779.

§ 1666. A. **Reichsrecht**. I. Die Entsch. KGJ. **39** A 15 — JDR. **9** Ziff. A II zu § 1666 — auch R. **11** 73.

II. Verschulden dem Kinde gegenüber. 1. BayObLG. **12** 323, OLG. **24** 26 Anm. 1, R. **11** Nr. 2442 (BayObLG.). Ein Verschulden des Vaters liegt vor, wenn er, obwohl er ein gutgehendes Geschäft führt, die Kinder gröblich dadurch vernachlässigt, daß er sich seiner Unterhaltspflicht fortgesetzt zu entziehen sucht und sein Verhalten auch für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts der Kinder besorgen läßt.

2. a) DJZ. **11** 926 (KG.). Wenn auch die im vorliegenden Falle zur Ausübung der elterlichen Gewalt berechtigte Mutter vielleicht objektiv ungeeignet erscheint,

die Erziehung ihrer Tochter zu leiten, so kann darin allein in Verbindung mit dem Umstande, daß sie sich sträubt, ihre Tochter in einer Erziehungsanstalt unterbringen zu lassen, ein schuldhafter Mißbrauch ihres Personensorgerechts nicht gefunden werden, denn damit übt sie nur das ihr nach dem Gesetze zustehende Recht aus, den Aufenthalt ihrer Tochter zu bestimmen. Wollte man in allen Fällen, in denen Kinder in einem Erziehungshause besser untergebracht sind als bei den Eltern, den § 1666 für anwendbar erklären, falls die Eltern in die Entfernung ihrer Kinder aus dem Hause nicht willigen, so würde dieser Paragraph damit ein Anwendungsgebiet erhalten, auf das er seinem Wortlaut und Inhalte nach nicht zugeschnitten ist. Auch würde dann das Vormundschaftsgericht es in der Hand haben, das Fürsorgeerziehungsgesetz, das in derartigen Fällen, in denen eine planmäßige Anstaltserziehung für erforderlich erachtet wird, doch in erster Linie in Frage kommt, nahezu auszuschalten. b) Fränkel aaO. hält diese Entscheidung für unzutreffend, da sie im Widerspruche stehe mit dem vom KG. aufgestellten Grundsatze, daß die Fürsorgeerziehung das letzte Mittel zur Herbeiführung einer geordneten Erziehung sein und nur im Notfalle zur Anwendung kommen solle, wenn alle anderen d m Vormundschaftsgerichte zu Gebote stehenden Maßregeln versagten.

III. Gegenwärtige Gefährdung. BayObLG. **12** 499, R. **11** Nr. 3196, 3197 (BayObLG.). Das unsittliche Verhalten der Mutter kann Grund zu Maßregeln gegen den Vater geben, wenn dessen stillschweigende Duldung zu unterstellen ist. Eine gegenwärtige Gefährdung liegt auch dann vor, wenn das anstößige Treiben der Mutter derzeit aufgehört hat, aber die Gefahr der Wiederholung besteht.

IV. Mißbrauch. OLG. **24** 22 (KG.). Unter Umständen kann in dem Verlangen des Vaters, die Kinder zur eigenen Erziehung von der abseits lebenden Mutter herauszubekommen, ein Mißbrauch seines Personensorgerechts liegen, doch wird dies nur bei ganz besonderer Sachlage der Fall sein, wenn die Kinder beim Vater in Verhältnisse kommen würden, die ihr leibliches oder geistiges Wohl gefährdeten. Hierzu genügt nicht, daß die Kinder es bei der Mutter besser hätten, als sie es voraussichtlich beim Vater haben werden, vielmehr kommt es auf die Feststellung an, ob die Kinder auch beim Vater die erforderliche liebevolle weibliche Pflege und Wartung finden werden.

V. Vernachlässigung. 1. SeuffA. **66** Nr. 34, R. **11** Nr. 757 (Dresden). Darin, daß der Vater sich jahrelang um das bei den Eltern der Mutter untergebrachte Kind nicht kümmert und Unterhalt erst auf Grund eines Urteils zahlt, liegt noch nicht notwendig ein Mißbrauch seines Rechtes oder eine Vernachlässigung des Kindes.

2. R. **11** Nr. 758 (BayObLG.). Vergeudet der Vater, ohne für seine Kinder zu sorgen, durch Trunksucht den durch Arbeit verdienten Lohn, so werden Maßregeln aus § 1666 nicht dadurch ausgeschlossen, daß ihm von seinem Arbeitgeber das Zeugnis eines ruhigen und fleißigen Arbeiters ausgestellt wird.

VI. Vorläufige Anordnungen. RJA. **11** 85, OLG. **24** 41 Anm. 1 (KG.). Das Vormundschaftsgericht kann vor der endgültigen Entscheidung über Entziehung oder Beschränkung der Personensorge vorläufige Anordnungen, z. B. über den Aufenthalt des Kindes, die während der Dauer des Verfahrens zu beobachten sind, treffen, sofern die Voraussetzungen des § 1666 wenigstens glaubhaft gemacht sind und die Anordnung zugunsten des Kindes dringend erforderlich ist (KGJ. **20** A 251, **21** A 192, OLG. **16** 6). Dies ist der Fall, wenn die zur Ausübung der elterlichen Gewalt berufene Mutter vorhat, alsbald mit dem Kinde in das Ausland zu gehen und dort dem Kinde eine deutsche Erziehung nicht zuteil werden zu lassen. Denn die Mutter hat als deutsche Frau und Mutter, die sie durch ihre Heirat geworden ist, die Pflicht, das Kind deutsch zu erziehen, und zwar nicht allein ihm seine deutsche Staatsange-

hörigkeit zu bewahren, sondern es auch in der deutschen Sprache unterrichten und in den Sitten und Anschauungen seines deutschen Volkes aufwachsen zu lassen. Ein Verstoß gegen diese durch Heirat und Elternschaft übernommene Pflicht würde selbst dann als subjektives Verschulden im Sinne des § 1666 gewertet werden müssen, wenn die Mutter für ihre Person sich die Anschauungen deutschen Volkstums noch nicht völlig hat zu eigen machen können. Deutsche Erziehung setzt allerdings nicht unbedingt und ausnahmslos Erziehung in Deutschland voraus. Bei einem Elternteil aber, der selbst nicht von Geburt Deutscher war und dem trotz seiner Heirat mit einem Deutschen das deutsche Standesbewußtsein fremd geblieben ist, würde wohl nur unter ganz besonderen Umständen angenommen werden können, daß er gewillt und imstande sei, dem Kinde auch im Ausland eine deutsche Erziehung in dem oben angegebenen Sinne zu gewähren.

VII. Zwangsmaßregeln nach Landesrecht. Müller, FürsZBl. **3** 61, teilt zwei Fälle aus der Praxis mit, in denen Zwangsmaßregeln zum Zwecke der Herausgabe eines Kindes gemäß Art. 17 PrFGG. angeordnet und durchgeführt worden sind.

VIII. S. noch Ziff. 1 zu § 1636 (Unentziehbarkeit des Verkehrsrechts).

B. Fürsorgeerziehung (Zwangserziehung) nach Landesrecht.

Literatur: Levi, FürsZBl. **3** 25, Die Anwendung der Fürsorgeerziehungsgesetze auf Ausländer. — Reicher, Kinderschutz und Kinderfürsorge in der alten und neuen Welt (Sonderbeilage zu FürsZBl. **2** Heft 22). Dem Andenken von Heinrich Reicher, der sich als Parlamentarier und Schriftsteller um die Jugendfürsorge, namentlich in Steiermark verdient gemacht hat, sind die FürsZBl. **2** 253 ff. enthaltenen Aufsätze (von Casper, Polligkeit, Landsberg und Lederer) gewidmet.

I. Im allgemeinen. Die Entsch. des KG. — JDR. **9** Ziff. B I zu § 1666 (Unanwendbarkeit der Grundsätze des internationalen Privatrechts im Verhältnisse der Bundesstaaten zueinander) — auch R. **11** 43.

II. Preußen.

Veröffentlichungen: a) der Behörden: Statistik über die Erfolge der Fürsorgeerziehung bei den in der Zeit vom 1. 4. 04 bis zum 31. 3. 09 aus der Fürsorgeerziehung ausgeschiedenen Personen, deren Überweisung nach dem G. v. 2. 7. 00 erfolgt war. Bearbeitet im Kgl. preuß. MJ. Rawitsch 1911. — MJ. v. 9. 1. u. 9. 2. 11, btr. die ärztliche Untersuchung des Geisteszustandes der Minderjährigen im Laufe eines gerichtlichen Fürsorgeerziehungsverfahrens, MBliV. 78 u. dazu Hartmann, FürsZBl. **3** 197. — Preuß. KultusM. v. 16. 3. 11, btr. die Beobachtung der gefährdet erscheinenden Kinder seitens der Schule, FürsZBl. **3** 71. — b) der Literatur: Holzmann, FürsZBl. **3** 88, Die Mitwirkung der Schule bei der Fürsorgeerziehung. — Landsberg, FürsZBl. **3** 1, Die Mitwirkung von Nichtjuristen bei Anordnung der Fürsorgeerziehung. — Mampe, FürsZBl. **3** 149, Die neueste Rechtsprechung anf dem Gebiete der Fürsorgeerziehung unter Zugrundelegung des preußischen Gesetzes. — Rohde, FürsZBl. **2** 277, Die Festhaltung nicht gebesserter Fürsorgezöglinge nach Beendigung der Fürsorgeerziehung. — Seifert, FürsZBl. **3** 19, Der Wegfall der oberen Altersgrenze bei der Fürsorgeerziehung. — Seiffert, FürsZBl. **3** 37, Hygiene und Fürsorgeerziehung. — Schlosser, FürsZBl. **3** 73, Die Frau in der Fürsorgeerziehung.

1. Fürsorgeerziehung und elterliche Gewalt. **RG. 75** 276, JW. **11** 341, FürsZBl. **3** 57. Die Fürsorgeerziehung läßt an sich die elterliche Gewalt bestehen, aber schränkt sie insofern ein, als für die Dauer und die Zwecke der Fürsorgeerziehung die Rechte und Pflichten der Eltern, soweit es sich um Unterhalt, Erziehung und Beaufsichtigung des Kindes handelt, auf den zur Ausführung der Fürsorgeerziehung verpflichteten Kommunalverband übergehen (§§ 9, 14, 15 FEG.). Der Übergang vollzieht sich mit dem Eintritte der Rechtskraft des vormundschaftsgerichtlichen Beschlusses, nicht erst mit dem Augenblick, in dem der Kommunalverband seine Entscheidung über die Unterbringung des Fürsorgezöglinges getroffen hat. Wegen der Kosten des Unterhalts — nicht auch der übrigen Kosten der Für-

sorgeerziehung — gibt § 16 FEG. dem zur Fürsorgeerziehung verpflichteten Kommunalverband einen Erstattungsanspruch gegen den Zögling und dessen nach dem bürgerlichen Rechte unterhaltsverpflichteten Verwandten, in erster Linie die Eltern, die im Verhältnisse zu dem Kommunalverband insoweit unterhaltspflichtig bleiben. Vgl. auch Ziff. 3 u. 4 h.

2. Verhältnis zur Armenpflege. a) Die Entsch. des OVG. — JDR. **9** Ziff. B 3 d zu § 1666 — auch PrOVG. **52** 185. b) Das KG. verbleibt FürsZBl. **3** 203 bei seiner Auffassung (KGJ. **23** A 32, **24** A 188, **25** A 206, **36** A 16), daß der Beschluß des Vormundschaftsgerichts, der die bloße Trennung eines Kindes von seinen Eltern und dessen anderweite Unterbringung anordnet, für den Armenverband verbindlich und geeignet sei, die bisher nicht vorhandene Hilfsbedürftigkeit im armenrechtlichen Sinne zu begründen.

3. Kosten. **RG. 75** 276, 280, JW. **11** 341, FürsZBl. **3** 57, R. **11** 624. Über die Kosten einer außerhalb des § 5 FEG. ohne gerichtliche Anordnung nach Erlaß des Überweisungsbeschlusses erfolgten Sicherungsmaßregel (z. B. Trennung des Zöglinges von seinen Angehörigen, Unterbringung in einem Krankenhause usw.) bestimmt das Gesetz nichts. Bis zum Beginne der Verpflichtung des Provinzialverbandes fallen sie der Ortspolizeibehörde zur Last, welche von dem Ortsarmenverband Erstattung verlangen kann. Die Verpflichtung des Provinzialverbandes tritt mit der Rechtskraft des die Fürsorgeerziehung anordnenden Beschlusses ein, nicht erst mit der tatsächlichen Ausführung der Fürsorgeerziehung. Vgl. auch Ziff. 1.

4. Zu einzelnen Bestimmungen des Fürsorgeerziehungsgesetzes. a) **§ 1.** Ziff. 1. α. FürsZBl. **3** 35, RheinARB. **29** 52 (KG.). § 1 Ziff. 1 FEG. setzt außer einem dem sorgeberechtigten Elternteil im Sinne des § 1666 zur Last fallenden Verschulden nur voraus, daß die Fürsorgeerziehung notwendig ist, die Verwahrlosung des Minderjährigen zu verhüten, dagegen ist zur Anwendung dieser Vorschrift nicht erforderlich, daß die sittliche Verderbnis schon begonnen oder gar durch bereits sichtbare Spuren sich erkennbar gemacht habe. β. FürsZBl. **3** 203 (KG.). Bevor gegen einen Bevormundeten die Fürsorgeerziehung eingeleitet wird, ist zu prüfen, ob nicht eine Maßregel aus § 1838 BGB., insbes. die Unterbringung des Mündels außerhalb des Haushalts seiner Eltern, zur Verhütung seiner Verwahrlosung ausreicht, es müßte denn sein, daß sich bei ihm bereits Spuren sittlicher Verwahrlosung gezeigt haben, die besondere Erziehungsmaßnahmen erforderlich erscheinen lassen. b) **§ 1.** Ziff. 3. α. FürsZBl. **3** 106 (KG.). Die Anwendung des § 1 Ziff. 3 setzt ein Verschulden des Erziehungsberechtigten nicht voraus. Sie hängt auch nicht davon ab, daß der ungenügende erzieherische Einfluß für die bereits eingetretene Verwahrlosung in der Vergangenheit ursächlich gewesen sei, sondern beruht lediglich auf dem pflichtmäßigen Urteile des Gerichts darüber, ob dieser Einfluß gegenüber der schon eingetretenen Verwahrlosung in Zukunft wirksam genug sein werde, um ohne Fürsorgeerziehung den Minderjährigen auf den richtigen Weg zurückzuführen. Bei stark eingewurzelter Verwahrlosung wird das regelmäßig und auch bei solchen Eltern zu verneinen sein, die zur Erziehung sittlich verdorbener Kinder an sich befähigt sein würden. β. Siméon, DJZ. **11** 1207. Die Fürsorgeerziehung aus § 1 Ziff. 3 FEG. kann im Regelfalle nicht durch Anordnungen nach § 1666 BGB. ersetzt werden, weil diese ein Verschulden der Eltern voraussetzen, während § 1 Ziff. 3 FEG. schon die objektive Unzulänglichkeit der Erziehung genügen läßt. c) **§ 3.** R. **11** 203 (KG.). Für die Anordnung der Fürsorgeerziehung gegen ein uneheliches Kind ist dasjenige Amtsgericht als Vormundschaftsgericht zuständig, in dessen Bezirke die Mutter zur Zeit der Geburt ihren Wohnsitz und in Ermangelung eines solchen ihren Aufenthaltsort gehabt hat, ohne Rücksicht darauf, ob nach der Geburt ein Vormund bestellt ist oder nicht. d) **§ 4.** R. **11** 732 (KG.). Das FEG. gibt nur preußischen Behörden

die Antragsbefugnis. Nichtpreußische Behörden können nur wie jeder Dritte eine Amtstätigkeit des Vormundschaftsgerichts zugunsten des Minderjährigen anregen, doch erlangen sie damit keines der mit der Antragsbefugnis verbundenen Rechte, insbesondere kein Recht auf Zustellung oder zur Beschwerde. e) **§§ 4, 5.** FürsZBl. **3** 81, R. **11** 203 (KG.). Die Polizeibehörde, die nach § 5 als diejenige des Aufenthaltsorts des vorläufig unterzubringenden Minderjährigen diesen in einer Anstalt untergebracht hat, wird durch diese Unterbringung und die mögliche Verpflichtung zur Tragung deren Kosten nicht Beteiligter im Sinne des § 4, wenn sie nicht mit der Polizeibehörde am Sitze des mit der endgültigen Unterbringung befaßten Amtsgerichts identisch ist. Ihr steht daher kein Beschwerderecht gegen einen die endgültige Unterbringung des Minderjährigen ablehnenden oder aussetzenden Beschluß dieses Amtsgerichts zu. Dagegen ist sie hinsichtlich der Kosten nach § 5 an dem Verfahren interessiert und es ist ihr daher der auf Grund des § 4 ergehende amtsgerichtliche Beschluß zuzustellen, damit sie über die Änderungen, die nach § 5 Abs. 2 in ihrer Kostentragungspflicht entstehen könnten, unterrichtet werde. f) **§§ 4, 6.** R. **11** 203, FürsZBl. **3** 10 (KG.). Aus §§ 4, 6 FEG. ergibt sich, daß stets der von dem Fürsorgeerziehungsverfahren Betroffene einen gesetzlichen Vertreter haben muß und ohne das Vorhandensein eines solchen gesetzlichen Vertreters das Fürsorgeerziehungsverfahren nicht durchgeführt werden kann. g) **§ 5.** α. FürsZBl. **3** 203 (KG.). Voraussetzung der vorläufigen Unterbringung des Minderjährigen ist nur, daß das Fürsorgeerziehungsverfahren nicht von vornherein aussichtslos ist und Gefahr im Verzuge liegt. β. FürsZBl. **3** 106 (KG.). Zu mißbilligen ist die weit verbreitete Auffassung, als ob die auf § 5 beruhende Schutzmaßregel der vorläufigen Unterbringung schon eine einstweilige Fürsorgeerziehung bezwecke. Zwischen Fürsorgezöglingen und gemäß § 5 vorläufig untergebrachten Kindern ist schon deshalb streng zu unterscheiden, weil sonst im Hinblick auf Art. 78 PrAGBGB. über das Amt des Vormundes und die gesetzliche Vertretung des Minderjährigen Unklarheiten entstehen würden. γ. **R. 11** 339 (KG.). Die „Gefahr", die durch die vorläufige Unterbringung abgewendet werden soll, muß den Zweck der Fürsorgeerziehung betreffen und der Person des Minderjährigen gegenüber bestehen. Dagegen genügt nicht die Besorgnis, daß durch einen (die Verwahrlosungsgefahr an sich nicht steigernden) Aufenthaltswechsel des Minderjährigen dessen künftige Zuführung zur Erziehungsanstalt kostspieliger oder umständlicher werden könne. δ. OVG. **58** 179, DJZ. **11** 766, FürsZBl. **3** 94 (PrOVG.). Der § 5 Abs. 2 FEG. hat trotz des Wortes „demnächst" nicht zur Voraussetzung, daß der Beschluß, durch den die Unterbringung zur Fürsorgeerziehung angeordnet wird, sich unmittelbar an die vorläufige Unterbringung anschließen muß, die Kosten der vorläufigen Unterbringung sollen vielmehr dann als Kosten der Fürsorgeerziehung behandelt werden, wenn das Verfahren zur Anordnung der Fürsorgeerziehung führt. Vorausgesetzt wird also nur, daß die Fürsorgeerziehung in demselben Verfahren beschlossen wird, in dem die vorläufige Unterbringung angeordnet worden ist. Wann ein einmal eingeleitetes Verfahren seinen Abschluß gefunden hat in dem Sinne, daß es als erledigt zu gelten hat, ist nach Lage des einzelnen Falles zu beurteilen. Regelmäßig wird ein Verfahren erst dann als beendet anzusehen sein, wenn entweder die Überweisung zur Fürsorgeerziehung endgültig ausgesprochen oder wenn es, weil hierzu kein Grund vorliege, eingestellt wird. ε. Hartmann, FürsZBl. **3** 153. Das Vormundschaftsgericht ist nur befugt, die Anordnung der vorläufigen Unterbringung überhaupt aufzuheben oder die vorläufige Unterbringung durch Einstellung des ganzen Verfahrens zu beendigen, nicht aber kann es den Beschluß über die vorläufige Unterbringung fortbestehen lassen und dabei in die Ausführung seiner Anordnung durch Urlaubserteilung oder Besuchsgestattung eingreifen. h) **§§ 9, 14. RG. 75** 276, JW. **11** 341, R. **11** 236. Der die Fürsorgeerziehung anordnende

Gerichtsbeschluß ist rechtserzeugender, nicht festsetzender Natur; er schafft einen neuen Rechtszustand, der, an sich öffentlich-rechtlich, auch bürgerlichrechtliche Wirkungen übt. Der neue Rechtszustand beginnt mit der Wirksamkeit, d. i. der Rechtskraft der Entscheidung. Die gesetzlich dem Kommunalverband obliegenden Leistungen der Fürsorgeerziehung beginnen daher mit der Rechtskraft des sie anordnenden Beschlusses und nicht erst mit dem Augenblick, in welchem der Kommunalverband seine Entscheidung über die Unterbringung des Pfleglinges getroffen hat. i) **§ 21.** α. **RG.** (Strafs.) R. **11** Nr. 3890. Die bloße Verabreichung von Essen und Kleidungsstücken an einen entwichenen Fürsorgezögling stellt nicht ohne weiteres und notwendig eine Beihilfe zur Entziehung aus der Fürsorgeerziehung dar, zumal dann nicht, wenn sie lediglich aus Mitleid geschehen ist, d. h. in der bloßen Absicht, den Fürsorgezögling vor Hunger und Kälte zu schützen. β. FürsZBl. **2** 285 (KG.). Ist die Fürsorgeerziehung angeordnet worden, weil bei der verwitweten Mutter des Minderjährigen die Voraussetzung des § 1666 BGB. vorlagen und die Fürsorgeerziehung als das einzige Mittel erschien, um eine Verwahrlosung des Kindes zu verhüten, so darf die Fürsorgeerziehung *nur aufgehoben* werden, wenn die Lebensverhältnisse, in die das Kind nach seiner Entlassung aus der Fürsorgeerziehung eintritt, in Verbindung mit seiner eigenen Führung die Gefahr einer drohenden Verwahrlosung *ausschließen*. Dies ist nicht der Fall, wenn die Mutter und deren jetziger Ehemann gegen § 21 FEG. zuwidergehandelt haben und ihr Verhalten gegenwärtig noch fortdauert, indem sie bis in die letzte Zeit bemüht gewesen sind, das Kind der noch zu Recht bestehenden Fürsorgeerziehung zu entziehen.

III. *Bayern.*

1. *Voraussetzung der Zwangserziehung.* a) BayObLG. **12** 245. Die Zwangserziehung darf nur angeordnet werden, wenn auf anderem Wege eine geordnete Erziehung nicht zu erreichen ist. Es muß daher im einzelnen Falle geprüft werden, ob dem Bedürfnisse nicht durch eine andere weniger tief in die Verhältnisse des Minderjährigen und seiner Eltern eingreifende Maßregel entsprochen werden kann. b) BayObLG. **12** 265, R. **11** 382 (BayObLG.). Die Anordnung der Zwangserziehung kann als verfrüht abgelehnt werden, wenn erst vor kurzem eine Bewährungsfrist bewilligt wurde, über deren Erfolg ein Urteil noch nicht möglich ist.

2. *Zu einzelnen Bestimmungen des Zwangserziehungsgesetzes.* a) **Art. 1.** *Abs. 1 Ziff.* 1, 2. BayObLG. **12** 66, R. **11** 758 (BayObLG.). Die Anordnung der Zwangserziehung ist gerechtfertigt, wenn der erziehungsberechtigte Vater, selbst wenn sein Arbeitgeber ihm ein günstiges Zeugnis ausstellt, durch Vernachlässigung der Fürsorgepflicht und unsittliches Verhalten das geistige und leibliche Wohl der Kinder gefährdet und die Mutter sich nicht um die Kinder und ihre Erziehung bekümmert. b) **Art. 1.** *Abs. 1 Ziff.* 2. BayObLG. **12** 342, R. **11** 494 (BayObLG.). In der Besserungsfähigkeit kann die Besonderheit des Falles erblickt werden, in dem die Zwangserziehung eines Minderjährigen angeordnet werden kann, der schon das 16. Lebensjahr überschritten hat. An die Anschauungen der von ihnen gehörten Personen ist das Vormundschaftsgericht (oder Beschwerdegericht) nicht gebunden; zu einer ausdrücklichen Erörterung und Widerlegung ihrer Äußerungen in den Gründen der Entscheidung ist das Gericht nicht veranlaßt, wenn die Äußerungen nicht neue Tatsachen, sondern nur Meinungen über den Erfolg der weiteren Zwangserziehung wiedergeben, vielmehr genügt eine ausreichende Begründung der eigenen Annahme. c) **Art. 1.** *Abs. 1 Ziff.* 3. BayObLG. **11** 592. Ist aus dem festgestellten Verhalten der Eltern zu folgern, daß sie weder die Kraft noch den Willen haben, dem sittlichen Verderben ihrer minderjährigen Kinder entgegenzuwirken, so kann ohne Rechtsirrtum angenommen werden, daß eine Besserung nur mehr zu erwarten ist, wenn die Kinder dem Einflusse der

Eltern entzogen und außerhalb des elterlichen Hauses untergebracht werden. **d) Art. 1.** Abs. 2. BayObLG. **12** 245, R. **11** 382 (BayObLG.). Die Vorschrift im Art. 1 Abs. 2 ZwEG. ist zwar auf Minderjährige, die kurz vor der Erreichung des 16. Lebensjahrs stehen, nicht anwendbar, immerhin ist in solchen Fällen der voraussichtliche Erfolg der Zwangserziehung mit besonderer Sorgfalt zu prüfen. **e) Art. 3.** α. BayObLG. **12** 229, 245, R. **11** 454 (BayObLG.). Neben der Vorschrift des Art. 3 ZwEG. gelten für das Verfahren in Zwangserziehungssachen die allgemeinen Vorschriften über das Verfahren in Vormundschaftssachen, insbesondere die des § 1673 Abs. 2 BGB. Ist die hierin vorgeschriebene Anhörung unterblieben und bietet infolgedessen die Entscheidung der Vorinstanzen keine Gewähr einer genügenden Würdigung der Verhältnisse, so liegt in der Unterlassung eine Verletzung des Gesetzes. Möglicherweise kann die Zwangserziehung durch Unterbringung der Kinder in einer verwandten Familie vermieden werden. β. BayObLG. **11** 717. Vor der Anordnung der Zwangserziehung soll das Vormundschaftsgericht die Eltern des Kindes, und wenn es ohne erhebliche Verzögerung und ohne unverhältnismäßige Kosten geschehen kann, auch Verwandte oder Verschwägerte des Kindes hören. Die Anhörung der Eltern durch das Vormundschaftsgericht soll für die Regel in Person und, soweit dies nicht durchführbar ist, jedenfalls auf Veranlassung oder Ersuchen des Vormundschaftsgerichts erfolgen, das dabei den Gegenstand und den Umfang der Vernehmung bestimmt. Eine Vernehmung der Eltern gelegentlich der von der Polizei gepflogenen Erhebungen über die Erziehung und Führung des Kindes genügt daher dem gesetzlichen Erfordernisse nicht. **f) Art. 4.** Abs. 2. BayObLG. **11** 629. Gefahr auf Verzug im Sinne des Art. 4 Abs. 2 ZwEG. liegt nur dann vor, wenn der Minderjährige aus den Verhältnissen, in denen er sich befindet, ohne Verzug entfernt werden muß, damit nicht die Schäden, denen die Zwangserziehung vorbeugen soll, vor deren Beginn eintreten. **g) Art. 12.** R. **11** 309 (BayObLG.). Da Art. 131 BayAGBGB. zufolge der Sondervorschrift des Art. 12 BayZwEG. nicht anwendbar ist, steht es im Ermessen des Gerichts, ob es die Kosten einer unbegründeten Beschwerde dem Beschwerdeführer auferlegen will, und es kann davon absehen, wenn Erhebungen nicht erforderlich gewesen sind.

IV. Württemberg.

1. v. Wider, WürttZ. **11** 33. 1. Die Amtsgerichte sind für die Anordnung der Fürsorgeerziehung im Rahmen des WürttFEG. vom 29. Dezember 1899 auch in den Fällen des § 1666 Abs. 1 und § 1838 BGB. zuständig (Art. 2 dieses G.). 2. Für die Anordnung der Zwangserziehung aus §§ 1666 Abs. 1, 1838 BGB., soweit solche nicht auf öffentliche Kosten, sondern aus dem Vermögen des Kindes oder aus Vereinsmitteln bestritten werden kann und somit außerhalb des Rahmens des Württ. FEG. erfolgt, sowie für alle sonstigen Maßregeln nach § 1666 Abs. 1, insbesondere auch für die Entziehung der Sorge für die Person des Minderjährigen ist die Zuständigkeit des ordentlichen Vormundschaftsgerichts begründet. 3. Für die Fälle des § 1666 Abs. 2 BGB., d. h. für die Fälle der Entziehung der Vermögensverwaltung und der Nutznießung oder der Vermögensverwaltung allein sind die Amtsgerichte zuständig (Art. 52 Ziff. 7 AG.). 4. Diese getrennte Zuständigkeit für die verschiedenen Fälle des § 1666 BGB. führt zu Komplikationen und Erschwerungen der Durchführung des Zwangs- oder Fürsorgeerziehungsverfahrens; anzustreben ist die Schaffung der ausschließlichen Zuständigkeit der Amtsgerichte (in Württemberg) für alle Fälle des § 1666.

2. Zu einzelnen Bestimmungen des Fürsorgeerziehungsgesetzes. a) **Art. 1.** Abs. 1 Ziff. 3. WürttRpflZ. **11** 97 (Stuttgart). Das Vormundschaftsgericht kann im einzelnen Falle nach Lage der Umstände die Anordnung der Fürsorgeerziehung deshalb für nicht erforderlich erklären, weil dem Bedürfnisse nach einer geordneten Erziehung durch die öffentliche Armen-

pflege ausreichend entsprochen werde. Bei Kindern, die noch nicht das schulpflichtige Alter erreicht haben, wird in der Regel nicht mit Sicherheit gesagt werden können, daß für sie eine Erziehung von der Dauer und mit der scharfen Überwachung, wie die Fürsorgeerziehung sie mit sich bringt, erforderlich sei. **b) Art. 1.** Abs. 3. WürttZ. **11** 42 (Stuttgart). Die Bestimmung des Art. 1 Abs. 3 FEG. gilt in den Fällen des § 1666 BGB. nicht. Auch im Falle des § 1666 Abs. 1 Satz 2 BGB. wird die Unterbringung „zum Zwecke der Erziehung" angeordnet; es brauchen in der Person des Kindes nicht besondere Umstände vorzuliegen, wie z. B. ein verwahrloster Zustand oder Eigenschaften, denen bei der Erziehung besonders entgegenzutreten wäre. Ebensowenig ist die Zulässigkeit der Anordnung davon abhängig, ob im einzelnen Falle der Ortsarmenverband verpflichtet ist, die Fürsorge für die Erziehung des Kindes und die Gewährung des Volksschulunterrichts zu übernehmen. **c) Art. 5.** WürttZ. **11** 205 (Stuttgart). Wenn zur Zeit der Anordnung der Vormundschaft die Zuständigkeit des ordentlichen Vormundschaftsgerichts und des Amtsgerichts nach § 36 FGG. begründet ist, so wird die Vormundschaft mit ihrer Anordnung zugleich für die dem Amtsgerichte vorbehaltenen vormundschaftlichen Verrichtungen bei diesem Gericht anhängig. Hiernach liegen bei dem Amtsgerichte die Voraussetzungen des § 43 Abs. 2 FGG. vor, und zwar sowohl für die Fälle des § 43 Abs. 1, als für das Fürsorgeerziehungsverfahren. **d) Art. 19.** α. WürttJ. **23** 311 (Stuttgart). Der Ersatzanspruch des Landarmenverbandes nach Art. 19 Abs. 2 FEG. wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Minderjährige auf Anordnung der Verwaltungsbehörde zur Fürsorgeerziehung untergebracht worden ist. β. WürttZ. **11** 90 (Stuttgart). Die Beitreibung der den Land- und Ortsarmenverbänden gegen den Vater eines zur Fürsorgeerziehung untergebrachten Kindes zustehenden Ersatzansprüche unterliegt den Beschränkungen im § 4 Nr. 3 LohnBG.

V. Sachsen.

1. a) Kraus, ZBlFG. **11** 641, stellt es auch beim Vorliegen des gesetzlich fixierten Tatbestandes in das pflichtmäßige Ermessen des Vormundschaftsgerichts („kann"), ob es die Anordnung der Fürsorgeerziehung unterlassen wolle. **b)** Dagegen FürsZBl. **3** 56, da der Ausdruck „kann" soviel bedeute als: „muß nach sorgfältigster Prüfung".

2. Fürsorgeerziehung und Unterhaltspflicht. FürsZBl. **3** 129 (Dresden, Strafs.). Die Fürsorgeerziehung trägt öffentlichen Charakter und erfolgt auf öffentliche Kosten, die vom Unterhaltspflichtigen zu ersetzen sind. Kommt der Unterhaltspflichtige dieser Verpflichtung nicht nach, so verletzt er zwar eine zivilrechtliche Erstattungspflicht, jedoch keine Unterhaltspflicht im Sinne der §§ 1601 ff. BGB., fällt demnach auch nicht unter den § 361 Ziff. 10 StGB.

3. Über die Frage, ob und wieweit der dem Fürsorgezögling auf Unterhaltsgewährung gegen die Unterhaltspflichtigen zustehende Anspruch (§§ 1601, 1603 BGB.) auf den Fürsorgeverband übergeht, vgl. SächsOLG. **32** 470.

4. Zuständigkeitsstreit (§ 5 FGG.). SächsOLG. **32** 325. Wenn das SächsFEG. (§ 21 Abs. 2 FEG. in Verbindung mit § 4 SächsAGFGG. vom 15. Juni 1900) den § 5 FGG. für entsprechend anwendbar erklärt hat, so kann doch § 5 FGG. nur Platz greifen, soweit sächsische Gerichte über die Zuständigkeit untereinander in Meinungsverschiedenheit geraten. So wenig — auf die frühere Fassung des § 5 FGG. gesehen — der sächsische Gesetzgeber dem RG. für den Fall, daß ein nicht sächsisches Gericht beteiligt war, ansinnen konnte, über den Zuständigkeitsstreit in einer Fürsorgeerziehungssache zu entscheiden, so wenig kann die gegenwärtige Fassung des § 5 (Art. VI 1 des RGes. vom 22. Mai 1910) dazu führen, daß das OLG. in einem solchen Falle zur Entscheidung befugt wäre.

5. Ortel, FischersZ. **38** 297. Die Kosten für eine rechtskräftig unter Fürsorgeerziehung gestellte Person treffen, wie in Auslegung des § 22 FEG. vom 1. Februar

1909 anzunehmen, den Fürsorgeverband vom Zeitpunkt ihrer Zuführung gemäß § 2 FEG. in die dieser Vorschrift entsprechende Erziehungsfamilie oder -anstalt, nicht schon mit der Rechtskraft des die Fürsorgeerziehung anordnenden vormundschaftsgerichtlichen Beschlusses. § 14 der Anleitung des MJ. vom 10. Juni 1909 steht dieser Auslegung nicht entgegen.

6. Die Entsch. SächsOLG. **31** 24 — JDR. **9** Ziff. B V 1 zu § 1666 — auch FischersZ. **39** 364.

VI. Baden.

1. WürttZ. **11** 190, BadRpr. **11** 208 (BadVGH.). Durch eine Anordnung des Vormundschaftsgerichts kann eine sonst nicht gegebene armenrechtliche Hilfsbedürftigkeit nicht geschaffen werden. (Besprochen FürsZBl. **3** 152 von Sperling-Mannheim.)

2. BadRpr. **12** 6 (BadVGH.). Die Kosten der Ausstattung im Sinne des § 9 ZwEG., welche von dem Armenverband allein zu tragen sind, sind nicht (z. B. wie im preuß. G.) auf diejenigen für die erste Ausstattung beschränkt, vielmehr sind darunter die durch die Unterbringung zur Zwangserziehung erwachsenden Kosten der Ausstattung schlechthin zu verstehen.

VII. Hessen.

1. HessRspr. **12** 202 (HessJM. vom 22. Februar 1908). Durch die im Art. 284 HessAGBGB. enthaltene Novelle zum HessG. vom 11. Juni 1887 sind die Schranken nicht beseitigt worden, welche nach diesem hinsichtlich des Wohnsitzes oder Aufenthalts von Mündel und Mündelmutter im Großherzogtume Hessen der Zulässigkeit der Zwangserziehung gezogen waren. Werden diese überschritten, so muß die angeordnete Zwangserziehung deshalb unterbleiben, weil das Landesrecht ein für die Ausführung zuständiges Kreisamt nicht zur Verfügung stellt.

2. HessRspr. **12** 146 (Darmstadt). Das ZwEG. vom 11. Juni 1887 schließt keinen Minderjährigen unter 18 Jahren, bei dem die im Art. 1 Abs. 1 u. 2 genannten Voraussetzungen zutreffen, von der Wohltat der Zwangserziehung aus, mag es sich um geistig normale, geisteskranke oder schwachsinnige Kinder handeln. Steht fest, daß mit Rücksicht auf den Geisteszustand des Kindes ein Erfolg durch die Zwangserziehung nicht erzielt werden kann, so ist die Zwangserziehung nicht deshalb abzulehnen, weil das Gesetz auf ein solches Kind keine Anwendung finde, sondern weil die Zwangserziehung wirkungslos, also bei dem Kinde zur Verhütung des völligen sittlichen Verderbens nicht notwendig sei.

VIII. Großherzogtum Sachsen-Weimar.

Schmid, ThürBl. **11** 61. Nach § 204 WeimAGBGB. erfolgt der Vollzug der vom Vormundschaftsgerichte gemäß §§ 200, 202 AGBGB. erlassenen Beschlüsse durch den Bezirksdirektor, und zwar, wie anzunehmen, durch denjenigen, in dessen Bezirke das mit der Anordnung der Zwangserziehung befaßte Vormundschaftsgericht liegt. Die Frage, ob der Bezirksdirektor bloß das Recht des Vollzugs oder auch die Pflicht dazu habe, ist im § 204 nicht ausdrücklich entschieden, allein aus der Natur der Sache und dem Verhältnisse des § 204 zu anderen Bestimmungen des AG. (§§ 202, 203, 205) ist zu entnehmen, daß mit der Überweisung des Vollzugs auch die Pflicht hierzu ausgesprochen sein soll.

IX. Sachsen-Meiningen.

ThürBl. **58** 190 (Jena). In meiningischen Zwangserziehungssachen ist die weitere Beschwerde nach Artt. 12, 15 AGFGG. statthaft.

X. Hamburg.

HansGZ. **11** Beibl. 251 (Hamburg, Straff.). Ist die Zwangserziehung oder auch nur die vorläufige Unterbringung der Kinder angeordnet, so gebietet es die Erziehungspflicht der Eltern (§ 1631 BGB.), den Aufenthalt der Kinder den

zuständigen Behörden und deren Beamten anzugeben (vgl. **RG.** [Straff.] **37** 165). Vgl. Ziff. I 1 zu § 1631 BGB.

XI. Lübeck.

OLG. **24** 39 (Hamburg). Handelt es sich zunächst um eine vorläufige Unterbringung des Kindes in einer Kinderpflegeanstalt bis zur Beendigung eines gegen die Mutter eingeleiteten Strafverfahrens, weil die Unterbringung des Kindes bei Verwandten des Vaters das Interesse des Kindes gefährden würde, so ist keine Gesetzesverletzung darin zu finden, daß die Voraussetzungen des § 1666 nicht mit voller Gewißheit festgestellt, sondern nur als sehr wahrscheinlich erachtet worden sind. Die Anordnung bedarf als vorläufige nach § 133 LübAGBGB. keines vollen Beweises. Art. 135 EGBGB. bestimmt nur die materiellen Voraussetzungen der Zwangserziehung, nicht aber hinsichtlich des Verfahrens darüber, ob für vorläufige Anordnungen voller oder nur annähernder Beweis erforderlich sei.

§ 1667. 1. BayObLG. **12** 205, R. **11** Nr. 1577 (BayObLG.). Durch § 1667 wird das Recht und die Pflicht des Vaters, für das Vermögen des Kindes zu sorgen, nicht berührt, insbesondere ist es Sache des Vaters, vermögensrechtliche Ansprüche des Kindes zu verfolgen. Das Vormundschaftsgericht ist nicht befugt, an seiner Stelle einen Prozeß zu führen oder einen Rechtsanwalt mit der Prozeßführung zu beauftragen.

2. ElsLothJZ. **11** 389 (Colmar). Die Bestimmung des § 1809 gilt zwar gegenüber dem Inhaber der elterlichen Gewalt nicht, gleichwohl kann aber das Gericht auch ihm gegenüber anordnen, daß Sparkassengelder des Kindes mit Sperrvermerk hinterlegt werden müssen, dies aber nur dann, wenn feststeht, daß die Voraussetzungen des § 1667 vorliegen. Eine solche Anordnung ist, wenn sie ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 1667 getroffen wurde, vom Vormundschaftsgerichte nach § 18 FGG. von Amts wegen wieder aufzuheben. Zuständig bleibt das Gericht, das die Maßregel anordnete, auch wenn es zur Zeit der Aufhebung nicht mehr das zuständige Vormundschaftsgericht ist, sofern nur nicht ein anderes Vormundschaftsgericht gemäß § 46 FGG. zuständig ist.

§ 1673. 1. BayObLG. **11** 717, R. **11** Nr. 349 (BayObLG.). Die Anhörung muß, um vom Gerichte beachtet zu werden, auf seine Veranlassung erfolgt sein; ein gelegentliches Polizeiverhör aus anderem Grunde genügt nicht.

2. BayObLG. **12** 318, OLG. **24** 25 Anm. 1, R. **11** Nr. 2163 (BayObLG.). § 1673 trifft nicht zu, wenn der Vater beantragt, der Mutter die ihr gesetzlich (§ 1635) zustehende Sorge für die Person des Kindes zu entziehen. Ist die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts zu seinen Gunsten ergangen, so besteht keine Verpflichtung für das Beschwerdegericht, ihm von der Beschwerde Mitteilung zu machen.

3. BayObLG. **12** 499. Ein Verstoß gegen § 1673 Abs. 2 führt dann nicht zur Aufhebung der Entscheidung des Beschwerdegerichts, wenn diese nicht auf dem Verstoße beruht, insbesondere wenn über die in Betracht kommenden Verhältnisse Verwandte oder Verschwägerte weitere Aufschlüsse nicht geben können.

4. ElsLothJZ. **11** 332 (Colmar). § 1673 ist auch in den Fällen § 1636 anwendbar. Eine erneute Anhörung in jeder weiteren Instanz ist jedoch nicht erforderlich, auch kann die in erster Instanz unterbliebene Anhörung in der Beschwerdeinstanz nachgeholt werden.

5. Vgl. auch oben Ziff. B III 2 e zu § 1666 BGB. (Anwendbarkeit in Fürsorgeerziehungssachen).

§ 1677. Die Entsch. OLG. **21** 258 (Hamburg) — JDR. **9** zu § 1677 — auch RJA. **11** 5.

§ 1681. BraunschwRpflZ. **11** 61 (Braunschweig). Die Rechnung braucht sich nur auf die Substanz des Kindesvermögens zu erstrecken, wenn der Witwe die Nutznießung am Vermögen der Kinder zustand und auch die Einkünfte aus den von ihrem verstorbenen Ehemanne nachgelassenen Höfen nach dem maßgebenden Bauernrecht ihr als der aufgeheirateten Ehefrau zufielen (Hampe, Braunschw. Privatr. § 131 II 2). In der späteren vorbehaltlosen Erbauseinandersetzung kann ein Verzicht auf die Rechnungspflicht gefunden werden.

§ 1682. Die Entsch. JDR. **9** zu § 1682 auch **RG. 74** 263, 264.

2. Elterliche Gewalt der Mutter.

§ 1686. Vgl. oben Ziff. 2 zu § 1630, Ziff. III A 3 zu § 1631, Ziff. 2 d zu § 1643, Ziff. A II 2 zu § 1666.

§§ 1687, 1693. OLG. **23** 414 (KG.). Zwischen einem Beistande, dessen Wirkungskreis die Vermögensverwaltung umfaßt, und einem Beistande, dem sie ganz oder teilweise übertragen ist (§ 1693), ist scharf zu unterscheiden. Im ersten Falle hat der Beistand nur die Stellung eines Gegenvormundes, während die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes sowie die Verantwortung trotz des Beistandes die Mutter trifft, im zweiten Falle hat der Beistand die Vermögensverwaltung mit den Rechten eines Pflegers selbständig und unter eigener Verantwortung zu führen, während diese Verwaltung, soweit der Auftrag des Beistandes zur selbständigen Verwaltung des Vermögens reicht, der Mutter entzogen ist. Ein Beistand mit den Rechten eines Gegenvormundes kann auch ohne den Antrag der Mutter aus den Gründen des § 1687 Ziff. 3 bestellt werden, ein Beistand mit den Rechten eines Pflegers aber nur auf Antrag der Mutter (§ 1693). — Eine auf Antrag der Mutter (§ 1687 Ziff. 2) angeordnete Beistandschaft muß nicht schlechthin aufgehoben werden, wenn die Mutter nachträglich ihre Aufhebung verlangt, wie sich aus § 1695 ergibt. Das Vormundschaftsgericht kann in den Fällen des § 1687 Ziff. 2, 3 die Beistandschaft jederzeit aufheben, jedoch nur mit Zustimmung der Mutter, wenn sie auf ihren Antrag angeordnet war. Desgleichen liegt es im Ermessen des Vormundschaftsgerichts, ob es einem Antrage der Mutter auf Aufhebung der nach § 1693 getroffenen Anordnung stattgeben, also die Stellung des Beistandes aus der eines Vermögenspflegers auf die eines gewöhnlichen Beistandes zurückführen will (§ 1695).

Sechster Titel. Rechtliche Stellung der unehelichen Kinder.

Literatur: Korn, Der außerordentliche Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes aus § 1708 Abs. 2 BGB., GruchotsBeitr. **55** 790. — Schwarz, Der Einwand der Bescholtenheit im Alimentenprozeß, ArchCivPr. **107** 316 ff. — Schweizer, Exceptio plurium und replica doli, JW. **11** 696.

§ 1707. ZBlFG. **11** 457 Nr. 374 (Hamburg). Der unehelichen Mutter steht die Sorge für die Person und der Anspruch auf Herausgabe des Kindes auch dann zu, wenn sie minderjährig ist, nur kann sie ihn nicht selbständig im Prozesse geltend machen.

§ 1708. 1. Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters (JDR. **9** § 1708 Ziff. 4). a) FürsZ. **3** 4 teilt Meister eine Entsch. des OLG. Düsseldorf mit, die § 361 Ziff. 10 StGB. nicht auf den unehelichen Vater anwenden will. Dagegen Meister aaO. Ebenso AG. Lennep, FürsZ. **3** 24. b) PosMSchr. **11** 122 (Posen). § 361 Ziff. 10 StGB. findet auf den unehelichen Vater Anwendung. — GoltdA. **58** 243 (Celle). Zu den nach § 361 Ziff. 10 StGB. unterhaltspflichtigen Personen gehört nicht der uneheliche Vater. — Über die strafbare Verletzung der Unterhaltspflicht vgl. Bretzfeld, BayRpflZ. **11** 417.

2. SchlHolstAnz. **11** 218 (Kiel). Das uneheliche Kind kann auf Grund des Haftpflichtgesetzes keine Ansprüche gegen den Betriebsunternehmer wegen Tötung seines Erzeugers geltend machen.

3. Hamkens, FürsZ. **3** 63; Petersen, FürsZ. **2** 265, **3** 64 über Unterhaltsbeiträge für uneheliche Kinder.

4. Korn. Der außerordentliche Unterhaltsanspruch ist als ein rein familienrechtlicher anzusprechen. Der ordentliche Unterhaltsanspruch hat zwar seine Grundlage in leiblicher Verwandtschaft; die gesetzliche Ausgestaltung hat diese Grundlage aber verlassen und ihn zu einem im wesentlichen obligatorischen Anspruche geformt. Diesem in der Hauptsache rein schuldrechtlichen Charakter des ordentlichen Unterhaltsanspruchs tragen die §§ 1709 ff. Rechnung, während sie weiter den Umstand, daß das uneheliche Kind mit dem Vater und dessen Verwandten nicht verwandt im Sinne des Gesetzes ist, und endlich das Wesen eines jeden Unterhaltsanspruchs, gleichviel welchen Charakters, in Rücksicht ziehen. Nur insoweit diese Vorschriften im wesentlichen aus den letzteren beiden Gesichtspunkten folgen, können sie daher auf den rein familienrechtlichen außerordentlichen Unterhaltsanspruch Anwendung finden. Insoweit dagegen diese beiden Momente für die Gestaltung dieser Vorschriften außer Betracht geblieben sind, treten an ihre Stelle die Bestimmungen der §§ 1604 ff. in entsprechende Anwendung. — § 1709 findet auf den außerordentlichen Unterhaltsanspruch keine Anwendung, es kommt vielmehr § 1606 Abs. 2 analog zur Anwendung. Anwendung auf den außerordentlichen Anspruch finden §§ 1710, 1712, 1714, nicht § 1711, an dessen Stelle § 1613 tritt. — Über das Maß des außerordentlichen Anspruchs (796 ff.). — Es werden ferner folgende Fragen erörtert (798): Verliert das Kind mit dem Erwerbe des Unterhaltsanspruchs gegen denjenigen, welcher kraft Legitimation usw. als sein ehelicher Vater gilt, den außerordentlichen Unterhaltsanspruch gegen seinen anderen unehelichen Vater? und in welchem Verhältnisse stehen diese beiden Ansprüche zueinander?

§ 1709. RheinARV. **29** 9 (LG. Coblenz). Während der Vater nach § 1710 seine Unterhaltspflicht nur durch Entrichtung einer Geldrente und nicht in anderer Weise, z. B. durch Gewährung von Naturalien genügen kann, leistet gemäß § 1709 die Mutter den Unterhalt in natura. Als Ersatz dafür ist auch durch das Gesetz (cessio legis) der Anspruch auf den vom außerehelichen Vater gemäß § 1710 in einer Geldrente zu leistende Unterhalt auf die Mutter übergegangen. Hieraus folgt, daß, wenn einmal die Mutter — oder ein unterhaltspflichtiger mütterlicher Verwandter — den Naturalunterhalt eine gewisse Zeit vor der Klagerhebung dem Kinde gewährt hat, letzteres nicht mehr im eigenen Namen die Rentenbezüge für die fragliche Zeit einzuklagen befugt und insoweit ihm gegenüber die Einrede der mangelnden Aktivlegitimation begründet ist.

§ 1715. Knodt, JW. **11** 383. Die Erben der im Wochenbett gestorbenen außerehelich Geschwängerten können von dem Schwängerer die Kosten der Beerdigung als Kosten der Entbindung aus § 1715 nicht ersetzt verlangen (aM. Planck, Anm. 1 c zu § 1715 und Dernburg, FamR. § 90).

§ 1717. 1. *Schwarz, Der Einwand der Bescholtenheit im Alimentenprozesse, ACivPr. **107** 316 ff. Die Nichtzulassung des Einwandes der Bescholtenheit ist bei der Rechtsgrundlage für die Geltendmachung der Ansprüche gegen den unehelichen Vater inkonsequent. Die heute allein geltenden Nachweise der mehreren Beischläfer und der offenbaren Unmöglichkeit der Vaterschaft genügen ohne diesen Einwand der klaren Forderung des rechtlichen Prinzips nicht. Die Bescholtenheit setzt die wirkliche Vaterschaft in gleicher Weise in Zweifel, wie die im § 1717 BGB. präsumierten Fälle.

2. *Schweizer, JW. **11** 696 ff. Die Schaffung des Tatbestandes der sog. exceptio plurium kann — entgegen der herrschenden Meinung — ein zum Schadensersatze verpflichtendes Delikt gegenüber dem Kinde darstellen. Insbes. ist die Nichtexistenz des Kindes z. Zt. der Handlung kein Gegengrund, denn Schädigungshandlung und Schädigungserfolg können bei jedem Delikt zeitlich aus-

einanderfallen. Die — praktisch bedeutsamste — Herbeiführung einer Zweitbeiwohnung zum Zwecke der Vereitelung der Kindesrechte fällt unter § 826; der Zweck begründet die Sittenwidrigkeit. Die Sittenwidrigkeit des Zweckes steht hier wie sonst die des Mittels, der Begehungsweise, gleich; daher Haftung aus § 826 auch ohne jenen Zweck bei besonderer sittenwidriger Qualifikation der Zweitbeiwohnung verbunden mit dem Bewußtsein dieses ihres Charakters als Zweitbeiwohnung (Bandennotzucht, Erschleichung). Endlich zeigt nähere Betrachtung, daß auch § 823 herangezogen werden kann: Der Kindesanspruch steht an sich jedem durch fristmäßige Beiwohnung empfaugenen Kinde gegen den Vater zu, die exceptio pl. verhindert nicht seine Entstehung, sondern nur solange die Wissenschaft nicht absolut zweifelsfrei eine bestimmte Vaterschaft und damit die Unerheblichkeit aller anderen Beiwohnungen nachzuweisen imstande ist — seine Verwirklichung. Daher Haftung aus § 823 zwar — mangels Rechtswidrigkeit — nicht bei einfacher, wohl aber bei widerrechtlich qualifizierter Zweitbeiwohnung nicht bloß wenn der Handelnde deren Charakter als solche kannte, sondern auch wenn er ihn kennen mußte.

Siebenter Titel. Legitimation unehelicher Kinder.

I. Legitimation durch nachfolgende Ehe.

§ 1719. SeuffA. **66** 251 (Rostock). Klage eines durch nachfolgende Ehe legitimierten Kindes gegen die Mutter und die in der Ehe geborenen Geschwister auf Feststellung der Legitimation. Abweisung der Klage mangels Feststellungsinteresses.

§ 1720. 1. HessRspr. **12** 149 (LG. Gießen). Über den Anerkennungsvermerk eines unehelichen Kindes im Heirats- und Geburtsregister.

2. HansGZ. **11** Beibl. 125 (Hamburg). Anerkennung eines unehelichen Kindes durch den Vater per subsequens matrimonium.

Achter Titel. Annahme an Kindesstatt.

§ 1744. Schleyer, ZBlFG. **12** 197. Über die Behandlung der Gesuche um Befreiung von dem Alterserfordernisse des § 1744 BGB.

§ 1745. Schellmann, ZBlFG. **11** 704, bespricht das Verfahren bei der Annahme an Kindesstatt.

§ 1750. SächsOLG. **32** 280 (Dresden). Aus der Bestimmung des § 1750, nach der ein Annahmevertrag nicht durch den gesetzlichen Vertreter abgeschlossen werden kann, bei Kindern unter 14 Jahren aber der Vertreter einen solchen Vertrag mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abschließen kann, läßt sich nicht entnehmen, daß ein noch nicht 14 Jahre alter Ausländer, dessen Vertreter nach ausländischem Rechte einen Annahmevertrag ohne die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu schließen ermächtigt, also eine solche Genehmigung beizubringen garnicht in der Lage ist, wegen des Fehlens der Genehmigung im Deutschen Reiche von einem Deutschen überhaupt nicht angenommen werden könne, sondern bis zur Erfüllung des 14. Jahres warten müsse.

§ 1757. **RG.** R. **11** Nr. 350 und 351. Hohes Alter des Annehmenden, räumliche Entfernung von den Kindern sprechen nicht gegen die Ernstlichkeit des Annahmevertrags. Die Bestimmung, daß das Kind einen anderen Namen als den des Annehmenden führen soll, macht den Vertrag nicht nichtig.

§ 1758. SächsOLG. **32** 280 (Dresden). Die Bestimmung im Annahmevertrage, daß der Geburtsname der Annehmenden an zweiter Stelle zu führen sei, während nach § 1758 das Kind den Familiennamen des Annehmenden erhält und nur berechtigt ist, dem neuen Namen seinen Familiennamen hinzuzufügen, macht den Annahmevertrag noch nicht im ganzen nichtig, sondern hat höchstens die Unwirksamkeit der einen Bestimmung zur Folge.

Dritter Abschnitt. Vormundschaft.

Literatur: 1. Im allgemeinen. Heller-Schiller-Taube, Enzyklopädisches Handbuch des Kinderschutzes und der Jugendfürsorge. 2 Bde. Leipzig 1910/11. — Felisch, DJZ. 12 20, Ein deutsches Jugendgesetz. — Köhne, DJZ. 12 65, FürsZBl. 3 200, Die gerichtliche Vormundschaftsverwaltung als Glied moderner Jugendfürsorge. — Parst, Ratgeber in Vormundschaftsangelegenheiten. Regensburg 1910. — Schneider, SeuffBl. 11 119, 161, Bemerkungen zum bayerischen Vormundschaftswesen.

2. Jugendgerichte. Köhne, DJZ. 11 627, Die Tätigkeit des Jugendgerichts Berlin-Mitte im Jahre 1910. — Rupprecht, R. 11 479, Der erste internationale Jugendgerichtstag in Paris. — Köhne, DJZ. 11 916, Der erste internationale Jugendgerichtstag in Paris. — Rupprecht, DJZ. 11 422, Das Strafverfahren gegen Jugendliche in Bayern. — Derselbe, SeuffBl. 11 269, Das Münchener Jugendgericht. Ein Rückblick auf das Jahr 1910.

Erster Titel. Vormundschaft über Minderjährige.

I. Anordnung der Vormundschaft.

Vorbemerkung. Der immer größer werdenden Bedeutung der Berufsvormundschaft ist auch durch die Berichterstattung im vorliegenden Jahrgange Rechnung getragen. Die hierher gehörigen Nachweise finden sich bei § 1773 unter der Überschrift: Einzel- und Berufsvormundschaft.

§ 1773. Einzel- und Berufsvormundschaft.

1. Gesetzgebung. Großherzogtum Oldenburg, G. btr. die Berufsvormundschaft v. 29. 12. 10 (GBl. f. d. Fürstentum Birkenfeld 11 17), abgedruckt FürsZBl. 2 275, auszugsweise ZBlFG. 11 677.

2. Literatur: Busch, FürsZBl. 3 193, Berufsvormundschaft auf dem Lande. — Crasemann, FürsZBl. 3 169, (Die öffentliche (gesetzliche) Berufsvormundschaft, die private (Vereins-, Sammel-) Berufsvormundschaft und die Einzelvormundschaft in ihrem Verhältnisse zueinander) empfiehlt I. an erster Stelle die öffentliche gesetzliche Berufsvormundschaft, II. subsidiär die private Berufsvormundschaft und Einzelvormundschaft und eine Abgabe von I an II oder, wenn ausnahmsweise erforderlich, zurück von II an I, unter Aufsicht des VormGerichts. — Engel, FürsZBl. 3 41, Der gegenwärtige Stand der Berufsvormundschaft in Ungarn. — Klumker, FürsZBl. 3 121, Probleme der Berufsvormundschaft. — Köhler, FürsZBl. 3 17, Die Fürsorge für die schulentlassene Jugend und die Vertrauensleute der Berufsvormundschaft. — Langer, PrVBl. 32 773, Die Rechtsstellung des Generalvormundes in den preußischen Stadtgemeinden. — Mayr, BayRpflZ. 11 377, 353, Die Berufsvormundschaft in München.

1. Köhler aaO. Anm. 1. Berufsvormundschaft bedeutet im Gegensatze zur Einzelvormundschaft jede Form der Vormundschaft, bei der eine erhebliche Anzahl von Vormundschaften von einer Person beruflich geführt wird. Sowohl die gesetzliche Vormundschaft als die Sammelvormundschaft ist eine Berufs- oder Generalvormundschaft. Diese beiden Bezeichnungen decken denselben Begriff, nur tritt bei der ersten die berufliche Seite deutlicher hervor, während bei der letzten der Gegensatz zur Einzelvormundschaft schärfer betont wird. Vgl. ferner die Begriffsbestimmung in FürsZBl. 3 128.

2. Aus der Rechtsprechung. a) R. 11 733 (KG.). In der „mütterlichen Familie" erzogen oder verpflegt ist im Sinne des Art. 78 § 4 PrAGBGB. das uneheliche Kind nur dann, wenn es mit der Mutter selbst in häuslicher Gemeinschaft zusammenlebt. Hat nach deren Tode ihr Vater das Kind zu sich genommen, so kann die Gemeindevormundschaft über das Kind nur darauf gegründet werden, daß die Armenverwaltung die großväterliche Familie „ausgewählt" habe. „Ausgewählt" kann eine Familie auch dann sein, wenn die Armenverwaltung beim Eintritte der armenrechtlichen Leistung das Kind in derjenigen Familie beläßt, in der sie es vorfand, vorausgesetzt, daß die Armenverwaltung die Erziehung oder Verpflegung in die Hand genommen und

sich nicht nur auf einen im Wege der Unterstützung gewährten Beitrag zu dem im übrigen von einem Verwandten des Kindes geleisteten Unterhalt beschränkt hat. Hat das Vormundschaftsgericht ohne Kenntnis von dem Eintritte der Gemeindevormundschaft einen Vormund bestellt, so ist damit das Amt des Gemeindevormundes nicht erloschen, das Gericht hat sich vielmehr zu entschließen, ob es den bestellten Vormund entlassen oder ihn als Sondervormund beibehalten wolle. Mit der zuletzt genannten, nur aus überwiegenden sachlichen Gründen zulässigen Entscheidung endet das Amt des Gemeindevormundes. Gegen sie findet nach § 60 Ziff. 3 FGG. nur die sofortige Beschwerde statt (KGJ. **35** A 21, **36** A 35). **b**) Frankf. Rundsch. **11** 195 (LG. Frankfurt). Der Vormundschaftsrichter hat zu prüfen, ob die Ersetzung des Generalvormundes durch einen anderen Vormund durch besondere Umstände im Interesse des Mündels gerechtfertigt erscheint. Das Aufhören der Unterstützungstätigkeit rechtfertigt für sich allein noch nicht die Ersetzung des Generalvormundes durch einen anderen Vormund. **c**) FrankfRundsch. **11** 198 (LG. Frankfurt). In Frankfurt a. M. tritt die Generalvormundschaft in bezug auf solche Minderjährige ein, die im Wege der öffentlichen Armenpflege voraussichtlich dauernd unterstützt und deshalb vom Waisen- und Armenamt in einer Familie oder Anstalt oder, sofern es sich um uneheliche Minderjährige handelt, in der mütterlichen Familie erzogen und verpflegt werden (§ 4 des Ortsstatuts vom 16. Februar 1909, Bürgerbuch 584; Magistratsbeschluß vom 16. April 1907. — [KG.]) Die Vertretung des Armen- und Waisenamts nach außen hin steht ausschließlich dem Vorsitzenden zu.

§ 1775. Kraut, WürttZ. **11** 370. Im Falle der §§ 181, 1775 ist für jeden der mehreren Mündel ein Pfleger zu bestellen. Der gesetzliche Vertreter kann auch nicht einen der Mündel vertreten, denn weder er noch das Vormundschaftsgericht können bestimmen, welchen von den mehreren Vertretungsbedürftigen der Vormund, Pfleger oder Gewalthaber vertreten dürfen, wenn eine Kollision unter allen Kindern vorliegt. Der Verhinderungsgrund liegt bei jedem Mündel dem anderen gegenüber vor; das Gesetz bestimmt, wann und wem gegenüber Verhinderung vorliegt.

§ 1779. 1. Auswahl des Vormundes. Beschwerde dagegen. **a**) OLG. **24** 43 (KG.). Die Auswahl des Vormundes berührt auch die Sorge für die Person des Mündels; **RG. 64** 288 läßt die Frage unentschieden. Deshalb ist die Schwester des Mündels befugt, mit der Beschwerde geltend zu machen, es sei bei der Auswahl des Vormundes gegen das Gesetz verstoßen. Der Umstand, daß der Ausgewählte die Entmündigung des Mündels beantragt hat, was er nur als Bevollmächtigter eines nach § 646 ZPO. Antragsberechtigten getan haben kann, ist allein nicht geeignet, ihn von der Vormundschaft auszuschließen. Sein Antrag kann sich als ein notwendiger Akt der Fürsorge für den durch Geistesschwäche in seiner Person und seinem Vermögen gefährdeten Mündel darstellen. Eine Parteirolle nimmt er in dem Amtsbetriebe des Entmündigungsverfahrens nicht ein. **b**) ThürBl. **58** 112 (Jena). Gegenüber der Auswahl des Vormundes — auch nach dessen Bestellung — steht die Beschwerde nach § 57 Ziff. 9 FGG. demjenigen zu, der im Interesse des Mündels die Auswahl als eine ungeeignete, dem Mündel schädliche bekämpfen will und zur Erhebung der Beschwerde durch ein eigenes berechtigtes Interesse (als Verwandter usw.) legitimiert wird (ZBlFG. **4** 95, OLG. **7** 205, **RG. 64** 288, R. **05** Nr. 168, RJA. **2** 115).

2. Rücksichtnahme auf das religiöse Bekenntnis des Mündels. OLG. **24** 32, 34 (KG.). Unter dem religiösen Bekenntnisse des Mündels, auf das bei der Bestellung des Mündels (Pflegers) Rücksicht zu nehmen ist, ist, wie sich aus einem Vergleiche des § 1779 Abs. 2 mit § 1801 ergibt, stets dasjenige anzusehen, in dem das Kind nach den gesetzlichen Vor-

schriften zu erziehen ist. Eine Ausnahme hiervon läßt das Gesetz auch bei ganz jugendlichen Kindern nicht zu.

§§ 1780 ff. Blüher, DJZ. **11** 1408 (Zur Rechtsfähigkeit der juristischen Personen). Eine Bank ist nicht deshalb unfähig, Vormund zu sein, weil ihr die menschlichen Eigenschaften der § 1780 ff. fehlen — dann springt der Vertreter ein —, sondern weil die Sorge für die Person nicht in ihren Wirkungskreis fällt. Sie kann daher Pfleger werden, sobald es sich nur um eine Vermögensverwaltung handelt. Gemeinden, die auch mit der Sorge für Personen sich befassen (Waisenhäuser), können auch das Amt als Vormund übernehmen. Dies ist durch Art. 136 EGBGB. (Generalvormundschaft) anerkannt. Ebenso kann auch eine Stiftung, die unter staatlicher Aufsicht eine Erziehungsanstalt unterhält, das Vormundsamt übernehmen.

§ 1783. ThürBl. **58** 112 (Jena). Als „Vater" im Sinne des § 1783 ist nicht nur der leibliche Vater zu verstehen, sondern auch der diesem (zufolge Legitimation, Annahme an Kindesstatt) rechtlich gleichstehende Vater, treffen doch auch in diesem Falle die Pflichten und Interessen des Ehemanns mit denen der Frau zusammen. Die Einkindschaft nach Meiningischem Partikularrecht enthält eine Annahme an Kindesstatt im Sinne des Art. 209 EGBGB. nicht.

§ 1784. 1. *Eckstein, AÖffR. **27** 564/5. Anwendungsgebiet wie § 1315 (s. dort). Der Vormundschaftsrichter hat den nicht unter § 1784 fallenden Staatsangestellten Vormundschaften aufzuerlegen und etwaiges entgegenstehendes Landesgesetz usw. als nichtig zu ignorieren.

2. WürttZ. **11** 175 (AG. Stuttgart). Da nach Art. 67 WürttAGBGB. die württembergischen Staatsbeamten zur Übernahme einer Vormundschaft nur dann der Erlaubnis der vorgesetzten Dienstbehörde bedürfen, wenn die Vormundschaft mit einer Vermögensverwaltung verbunden ist, so kann bei Vormundschaften über vermögenslose Kinder deren Übernahme auf die mangelnde Erlaubnis der vorgesetzten Dienstbehörde nicht gestützt werden.

§ 1788. R. **11** 811 (KG.). Die Ordnungsstrafe, durch die ein zum Vormunde, Gegenvormunde (§ 1792 Abs. 4) oder Beistande (§ 1694 Abs. 1) Ausgewählter zur Übernahme des Amtes angehalten werden kann, hat keinen strafrechtlichen Charakter, sondern soll nur dazu dienen, gegen den Verpflichteten einen Zwang zur Erfüllung seiner Pflicht auszuüben. Sie ist nur bei schuldhafter Verweigerung oder Verzögerung der Übernahme des Amtes zulässig.

§ 1789. RheinARV. **29** 18, 24 (KG.). Zur Bestellung eines Vormundes (Pflegers) bedarf es nicht der Aufnahme eines Protokolls. Art. 54 PrFGG. findet hier keine Anwendung.

§ 1791. Winter, DJZ. **11** 701, mißbilligt die Übung, dem um die Verpflichtung eines Vormundes ersuchten Gericht eine bereits unterschriebene Bestallung mit dem Ersuchen beizulegen, den Tag der Verpflichtung einzusetzen und die Bestallung auszuhändigen. Er empfiehlt, daß das ersuchte Gericht die Bestallung ausstelle, in der Bestallung aber zum Ausdrucke bringe, daß der Vormund von dem zuständigen Vormundschaftsgericht ausgewählt und nur von dem ersuchten Gerichte verpflichtet sei.

II. Führung der Vormundschaft.

Literatur: Josef, KGBl. **11** 41, Öffentliche Beglaubigung von Erklärungen Geschäftsbeschränkter und Beglaubigung ihrer Unterschriften.

Vorbemerkung. Hervorzuheben sind bei diesem Abschnitte die wichtigen Entscheidungen, namentlich auch die des Reichsgerichts (vgl. zu § 1833), die sich mit der Haftung des Vormundes für Fahrlässigkeit, für das Versehen von Hilfspersonen und mit der Beweislast beschäftigen und ferner die Frage erörtern, ob und wieweit ein Vormund

trotz der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts haftbar gemacht werden kann. — In einer lehrreichen Abhandlung (vgl. Ziff. 3 zu §§ 1821 ff.) hat Kuttner aus den Quellen des römischen Rechtes den Nachweis zu erbringen versucht, daß das römische Recht den Organen der streitigen Gerichtsbarkeit die unbedingte Überlegenheit über das Imperium der Vormundschaftsbehörden eingeräumt hat.

§ 1793. 1. SeuffA. **66** 306 (Dresden). Wenn auch das Amt des Vormundes nicht übertragbar ist, so ist doch der Vormund nicht behindert, bei der Verwaltung des Mündelvermögens sich fremder Hilfe zu bedienen und zu seiner Vertretung in den Angelegenheiten des Mündels einem Dritten Vollmacht zu erteilen. Unter Umständen, insbesondere bei großem Umfange des Mündelvermögens, kann auch die Erteilung einer Generalvollmacht geboten sein. Ob für die Erteilung einer solchen ein ausreichender Grund vorliegt, hat der Grundbuchrichter nicht zu prüfen.

2. Vgl. auch oben Ziff. 2 a zu § 1627 (Erfordernis der Einwilligung in die Operation des Mündels) und Ziff. 1 zu § 1833 (Haftung für Versehen von Hilfspersonen).

§ 1795. Behrendt, DNotV. **11** 260, empfiehlt mit Rücksicht auf **RG. 71** 162 — JDR. **8** Ziff. 3 zu § 1795 BGB. — einen Zusatz zu § 181 BGB., der bei Erbauseinandersetzungen die Bestellung mehrerer Pfleger für die beteiligten Kinder nur für den Fall eines Widerstreits der Interessen für erforderlich erklärt.

§ 1796. Weber, ZBlFG. **11** 740, hält es — gegen Strauß, JW. **09** 646, JDR. **8** zu § 1796 — für unzulässig, der zur Vormünderin ihres unehelichen Kindes bestellten Mutter, um ihre Zeugenvernehmung in dem auf Unterhaltsgewährung (§ 1708) zu führenden Rechtsstreite zu ermöglichen, die Vertretung des Kindes in dem Prozesse zu entziehen und dem Kinde einen Pfleger zu dieser Vertretung zu bestellen, da die Voraussetzungen des § 1796 Abs. 2 nicht gegeben seien, vielmehr nur eine prozeßrechtliche Unvereinbarkeit vorliege und auch nicht Interessen der Mutter, sondern solche der von ihr geführten Vormundschaft mit den Interessen des Mündels kollidierten. Für richtig wird es gehalten, von Anfang an die Mutter nicht zur Vormünderin über ihr uneheliches Kind zu bestellen, sondern erst nach Regelung der Unterhaltsfrage eine solche Bestellung in Aussicht zu nehmen.

§ 1800. ElsLothNotZ. **11** 64 (Colmar). Eine Vereinbarung zwischen dem Kindesvater und dem unehelichen Kinde nach §§ 1708, 1714 BGB. stellt keine die Sorge für die Person des Kindes betreffende Angelegenheit (im Sinne des § 57 Ziff. 9 FGG.) dar.

§ 1802. OLG. **24** 45 (KG.). Die Einreichung des Verzeichnisses bezweckt, der Sicherung und Erhaltung des Mündelvermögens zu dienen, es soll die Grundlage der Vermögensverwaltung des Vormundes bilden und dem Vormundschaftsgerichte die Aufsicht über diese ermöglichen. Dieser Zweck wird nur dann erreicht, wenn die Gegenstände so individualisiert sind, daß kein Zweifel an ihrer Identität bestehen kann. Wie weit dabei im einzelnen zu gehen ist, steht im Ermessen des Vormundschaftsgerichts (vgl. KGJ. **36** A 39, JDR. **8** zu § 1802). Zur genauen Individualisierung eines Wertpapiers gehört die Angabe des Nennbetrags und der Buchstaben und Nummern, mit denen etwa das Papier versehen ist (vgl. PrGeschAnw. f. d. GVollz. vom 1. Dezember 1899 §§ 105 Abs. 4, 103 Abs. 4, AVf. über das Verfahren der Dorfgerichte vom 20. Dezember 1899 §§ 28, 13 Abs. 3).

§ 1804. 1. *Eckstein, ACivPr. **107** 410. Schenkungsversprechen können wirksam nicht erteilt, wohl aber erfüllt werden.

2. OLG. **24** 35, ElsLothNotZ. **11** 189 (Colmar). Das Verbot der §§ 1804, 1915 trifft nicht die Einwilligung in eine Schenkung durch den Vormund oder Pfleger der Ehefrau gemäß § 1446 BGB. Ob im Falle der Schenkung eines Grundstücks der Vormund (Pfleger) zur Erklärung der Einwilligung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, ist bestritten. Die Rechtslehre

verneint es meist, weil die Einwilligung zu einer Verfügung über ein Grundstück nicht selbst eine Verfügung über das Grundstück sei (Staudinger zu § 1821), die Rechtsprechung dagegen vertritt überwiegend den entgegengesetzten Standpunkt, SeuffA. **59** 275 (BayObLG.), ZBlFG. **7** 721 (Stuttgart).

3. Schneider, SeuffBl. **11** 120. Besteht die Notwendigkeit, mit einer Kinder- oder Mündelhypothek einer späteren Hypothek den Vorrang einzuräumen, um das dem überlebenden Elternteile gehörige Grundstück der Familie zu erhalten, so liegt in der Aufgabe der Sicherheit eine Schenkung des Kindes an den Elternteil, durch die einer sittlichen Pflicht oder doch einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird (§§ 516, 1804, 1915 BGB.). Voraussetzung der Schenkung ist aber das Bewußtsein des dem Kinde bestellten Pflegers, daß durch mögliche Gefährdung der Kindeshypothek das Vermögen des Kindes vermindert wird. Suchen dagegen Vormundschaftsrichter und Pfleger sich die Gefährdung der Kinderhypothek zu verbergen, dann ist bloß eine unsichere Anlegung des Pfleglingvermögens (§ 1811 BGB.) gegeben, das beide der Verantwortung gegenüber dem Kinde (§ 1848 BGB.) überliefert.

§ 1808. R. **11** 143 (BayObLG.). Für die Zuständigkeit zur Hinterlegung des Mündelvermögens ist (in Bayern) der Wohnsitz des Vormundes (Pflegers) gleichgültig und nur der Bezirk des Vormundschaftsgerichts maßgebend (§ 46 HinterlO., Bek. vom 28. Dezember 1899, GuVBl. 1240).

§ 1810. Vgl. unten Ziff. 4 c zu § 1833.

§ 1812. Vgl. unten Ziff. 6 zu § 1822, Ziff. 2 zu § 1913, und zu § 2365.

§§ 1812, 1814. OLG. **24** 46, R. **11** Nr. 3664 (Colmar). Durch die gemäß §§ 1812, 1814 getroffenen Anordnungen wird nur die Befugnis des Vormundes, über Wertpapiere des Mündels zu verfügen, getroffen. Verlangt daher ein Pfandgläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung die Herausgabe der Wertpapiere, so bedarf es keiner Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

§ 1815. R. **11** 810 (KG.). Die vom preußischen Staate ausgestellten Staatsschuldverschreibungen können nicht gemäß § 1815 Abs. 1 auf den Namen des Mündels umgeschrieben werden (vgl. Art. 18 Abs. 3 PrAGBGB.).

§§ 1821 ff. 1. Rechtsnatur und Umfang der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. KGJ. **40** A 227 (KG.). Die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts bei Erteilung oder Versagung der Genehmigung zu Rechtsgeschäften bewegt sich auf öffentlich-rechtlichem Gebiete, das der Einwirkung von Privatpersonen entzogen ist. Danach kann eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nur bei Veräußerungen von Grundstücken in Frage kommen, die im Eigentum eines Bevormundeten stehen, nicht aber, wenn ein Grundstück im Eigentum eines nicht bevormundeten Volljährigen steht und ein Minderjähriger an dem Verkaufe nur insofern beteiligt ist, als für ihn auf dem Grundstück eine Hypothek eingetragen steht, deren Sicherheit möglicherweise durch einen Eigentumswechsel gefährdet wird. Eine dahin gehende Anordnung eines Erblassers ist jedenfalls seit dem Inkrafttreten des BGB unwirksam und eine entsprechende Verfügungsbeschränkung daher im Grundbuche nicht eintragungsfähig, wenn aber eingetragen, von Amts wegen zu löschen (§ 54 Abs. 1 Satz 2 GBO.).

2. Irrtum des Vormundschaftsrichters. a) Josef, BuschsZ. **42** 21, 47. Ein vom Vormundschaftsrichter genehmigter Vertrag kann angefochten werden, wenn der Richter zu der Genehmigung veranlaßt ist durch einen Irrtum der im § 119 BGB. bezeichneten Art. Denn die Genehmigung des Vormundschaftsrichters dient zur Ergänzung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Vormundes und bildet hiernach einen Bestandteil dieser, ist danach ebenso wie die

Erklärung des Vormundes zu behandeln. b) OLG. **22** 130 (Darmstadt) schließt sich DJZ. **07** 1029 (KG.) — JDR. **6** Ziff. I 1 zu § 1822 — (vgl. **RG. 25** 283, **50** 281) an, wonach ein Rechtsgeschäft des Vormundes (Pflegers) wegen Irrtums des Vormundschaftsgerichts durch den Vormund (Pfleger) oder den aus der Vormundschaft (Pflegschaft) Entlassenen angefochten werden könne.

3. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung und Urteil des Prozeßgerichts. Kuttner, Festschrift der Berliner jur. Fakultät zum 50 jährigen Doktorjubiläum von F. v. Martitz 236 (vgl. den ausführlichen Bericht darüber in ZBlFG. **12** 556), nimmt zum Ausgangspunkte seiner Erörterungen über „Urteilswirkungen und Genehmigung des Vormundschaftsgerichts" die Entsch. KGJ. **31** A 293 — JDR. **5** Ziff. II 3 zu § 1821 —, wonach im Falle einer rechtskräftigen Verurteilung des durch den Vormund vertretenen Mündels zur Auflassung eines ihm gehörigen Grundstücks der Eigentumsübergang sich ohne die sonst zur rechtsgeschäftlichen Übereignung von Grundstücken erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 1821 Abs. 1 Ziff. 1 BGB.) vollzieht. Es handelt sich hierbei nach der Ansicht des Verf. um eine Kollision von zwei verschiedenen staatlichen Rechtspflegetätigkeiten und damit um einen Konflikt, der weder dem Privatrechte, noch dem Prozeßrecht angehört, sondern wesentlich im Bereiche des Staatsrechts liegt. Im Anschluß an die mitgeteilten Quellenstellen wird eingehend dargelegt, daß das römische Recht den Entscheidungen der Organe der streitigen Gerichtsbarkeit die unbedingte Überlegenheit über das Imperium der Vormundschaftsbehörden eingeräumt hat, und zwar sowohl bei exekutorischen Rechtsänderungen als auch bei bloß deklaratorischen Rechtsfeststellungen, während umgekehrt die obervormundschaftlichen Genehmigungsdekrete ohne Einschränkung durch den Prozeßrichter auf ihre Gültigkeit nachgeprüft werden durften.

4. Vgl. auch unten zu § 2365 (Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, wenn ein vom Erblasser mit Wirkung für die Erben Bevollmächtigter ein Grundstück aufläßt und zu den Erben ein Minderjähriger gehört).

§ 1821. 1. *Kaufmann, Eigentum am Gesellschaftsvermögen (Fischers Abh.) 61. Die Mitwirkung bei der gesamthändischen Auflassung ist selbst Auflassung und bedarf daher der Form des § 1821 Abs. 1 Ziff. 1.

2. Vgl. auch oben Ziff. 2 zu § 1804 BGB. u. unten Ziff. 6 zu § 1822.

§ 1822. 1. Ziff. 1. Erbauseinandersetzung. Berechnungsart eines Altenteils. KGJ. **40** A 5 (KG.). Ist es bei der Auseinandersetzung zwischen Miterben notwendig, den Wert von Leibrenten, Nießbrauchsrechten auf Lebenszeit oder anderen auf die Lebenszeit einer Person beschränkten Nutzungen oder Leistungen zu ermitteln, so hat die Wertermittelung regelmäßig durch Schätzung zu erfolgen. Den Beteiligten steht es indessen frei, von der Schätzung Abstand zu nehmen und den Wert der Rechte nach den in §§ 16, 17 PrErbschStG. v. 24. Mai 1891 oder den in §§ 18, 19 RErbschStG. vom 3. Juni 1906 aufgestellten Grundsätzen zu bestimmen. Wird in einem Auseinandersetzungsvertrage, bei dessen Abschluß ein minderjähriger Miterbe durch einen Pfleger vertreten wird, der Wert eines auf dem Nachlaßgrundstücke ruhenden Altenteils nach Maßgabe der §§ 18, 19 RErbschStG. berechnet, so darf die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht allein deshalb versagt werden, weil der auf den Erbteil des Mündels entfallende Betrag sich höher gestellt haben würde, wenn der Wert des Altenteils nach § 21 Nr. 5 PrGKG. vom 25. Juni 1896 / 6. Oktober 1899 und §§ 16, 17 PrErbschStG. berechnet worden wäre. Das Vormundschaftsgericht darf die Genehmigung vielmehr nur dann versagen, wenn besondere Umstände dafür sprechen, daß die gewählte Berechnungsart dem Werte des Altenteils nicht entspricht und für den Mündel nachteilig ist. Solche Umstände sind namentlich

in der Körperbeschaffenheit derjenigen Person, von deren Lebenszeit der Fortbezug abhängt, (wie Krankheit, Siechtum, Schwäche) zu finden.

2. Ziff. 1. Märkisches Provinzialrecht. KGBl. **11** 80 (LG. II Berlin). Die Ausübung des dem überlebenden Ehegatten nach Märkischem Provinzialrechte zustehenden Wahlrechts (§ 46 PrAGBGB.) ist keine Verfügung im Sinne des § 1822 Ziff. 1 BGB.; die Erklärung der minderjährigen Ehefrau ist daher auch ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung wirksam.

3. Ziff. 2. *Levis, ZBlFG. **11** 695. Gegenüber dem überlebenden Elternteile hat das minderjährige Kind den Pflichtteilsanspruch meist nicht geltend zu machen; aber selten wird durch den gesetzlichen Vertreter darauf zu verzichten sein. Immerhin ist (arg. § 517) ein solcher Verzicht keine Schenkung und deshalb zulässig; in gewissen Fällen ist für den gesetzlichen Vertreter gemäß seiner Rechtsstellung und § 1804 dieser Verzicht sogar geboten.

4. Ziff. 10. Vgl. oben Ziff. 2 d zu § 1643.

5. Ziff. 12. *Simon, Die Lehre vom Prozeßvergleiche nach geltendem Rechte (56 ff.). Zur Herbeiführung eines Prozeßvergleichs bedarf der Vormund nur dann der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn der materielle Prozeßvergleichsvertrag einen Vergleich im Sinne des § 779 BGB. darstellt. Andererseits ist hier trotz § 54 ZPO. die Genehmigung erforderlich, da der Abschluß des materiellen Prozeßvergleichsvertrags rechtsgeschäftlicher Natur ist und daher ausschließlich zivilrechtlicher Behandlung unterliegt. Prozeßhandlung, zu deren Vornahme § 54 ZPO. den Vormund ermächtigt, ist beim Zustandekommen eines Prozeßvergleichs lediglich die Verlautbarung des materiellen Vertrags.

6. Ziff. 13. KGJ. **40** A 163 (KG.). Der Vormund bedarf zur Bewilligung der Löschung einer verzinslichen Hypothekenforderung, an der dem Mündel ein Nießbrauchsrecht eingeräumt ist, nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Denn die Sicherheit hat nicht für eine „Forderung" des Mündels bestanden, da der Nießbrauch ein dingliches Recht ist und daher durch § 1822 Ziff. 13 nicht betroffen wird. Außerdem greift diese Gesetzesstelle nur Platz, wenn die Forderung bestehen bleibt (KGJ. **27** A 171, OLG. **8** 360, **10** 10), nicht aber, wenn, wie hier, die Forderung, deren Sicherheit aufgehoben wird, durch Zahlung getilgt ist. Durch die Zustimmung des Nießbrauchers zur Löschung der Hypothek wird auch die bisherige Sicherheit nicht aufgehoben, vielmehr hat auf Grund des § 1079 BGB. der Nießbraucher es in der Hand, daß das bezahlte Geld in durchaus sicherer Weise und sogar mündelsicher angelegt wird. Die Vorschrift des § 1821 Abs. 1 Ziff. 1 BGB. greift nicht Platz, da der Nießbraucher kein Recht an einem Grundstücke, sondern nur ein Recht an einem Grundstücksrechte hat. Nach § 1812 genügt hiernach die Genehmigung des Gegenvormundes.

7. Dänisches Recht. KGBl. **11** 127 (Auskunft des dänischen Generalkonsulats). Nach dänischem Rechte bedarf ein Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (eventuell des JM.) für die Ausschlagung einer Erbschaft Unmündiger (Personen unter 18 Jahren). Handelt es sich um eine Ausschlagung für Minderjährige, so kann diese durch die betreffenden Personen in Verbindung mit dem Kurator erfolgen. Nach dänischem Rechte ist ein Vater der geborene Vormund seiner Kinder und übt für sie auch ohne besondere Bestellung die Rechte ihres Kurators aus.

§ 1828. 1. PosMSchr. **11** 40, 41 (KG.). Das Vormundschaftsgericht muß sich entscheiden, ob es den ihm vorgelegten Vertrag genehmigen will oder nicht; die Genehmigung mit einer beigefügten Maßgabe ist in Wahrheit eine Verweigerung der Genehmigung und das Verlangen nach Abschluß eines neuen Vertrags mit der verlangten Maßgabe. Zu einem solchen Verlangen hat das

Vormundschaftsgericht weder dem Pfleger noch dem Dritten gegenüber eine Befugnis.

2. SächsOLG. **32** 320. Gleich der Erteilung oder Versagung ist die Zurücknahme der erteilten Genehmigung eine innere Angelegenheit zwischen dem Vormundschaftsgericht und dem Vormund (Pfleger), auf die ein Dritter Einfluß zu üben nicht in der Lage ist und dem daher gegen die Zurücknahmeverfügung des Vormundschaftsgerichts kein Beschwerderecht zusteht.

3. BayObLG. **12** 530, R. **11** Nr. 3198 (BayObLG.). Dem entlassenen Vormunde steht kein Beschwerderecht wegen Versagung der zu einem von ihm geschlossenen Rechtsgeschäfte nachgesuchten Genehmigung zu, denn ihm gegenüber kann die Genehmigung nicht mehr erteilt werden. Das Vormundschaftsgericht ist nicht zuständig, Streitigkeiten, die zwischen dem neuen und dem früheren Vormund über die Wirksamkeit oder Tragweite eines von ihm für den Mündel abgeschlossenen Vertrags bestehen, zu entscheiden oder Anweisungen hierwegen an den Vormund zu erlassen. Vgl. auch Ziff. IV 3 zu § 1837.

§ 1829. 1. Schneider, SeuffBl. **11** 119. Geben bei Abschluß einer Alimentenvereinbarung (§ 1714 BGB.) Kindesvater und Vormund ihre Erklärung zum Protokolle verschiedener Gerichte, so ist es zweifelhaft, ob § 152 BGB. auch das Erfordernis des § 1829 Abs. 1 Satz 2, daß nämlich der Vormund dem Vertragsgegner die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung mitzuteilen habe, wegfallen läßt. Jedenfalls empfiehlt es sich in einem solchen Falle zur Beseitigung von Zweifeln, den Kindesvater auf die Mitteilung verzichten zu lassen.

2. **RG. 76** 364. Hat ein Kauflustiger zur Annahme seines Vertragsantrags eine Frist bestimmt, nach deren Ablauf er nicht mehr gebunden sein will, und gehört zu den Verkäufern ein Bevormundeter, so gehört es zur Wirksamkeit der Annahmeerklärung, daß der Vormund dem anderen Teile noch vor Ablauf der gestellten Frist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts mitteilt. Denn solange diese Mitteilung unterblieben war, hing es von dem pflichtmäßigem Ermessen des Vormundes ab, ob er von der Genehmigung Gebrauch machen wolle, wozu er weder dem Vormundschaftsgerichte, noch dem anderen Teile gegenüber verpflichtet war.

3. PosMSchr. **11** 40, 41 (KG.). Unrichtige Mitteilungen über eine angebliche Vertragsgenehmigung können den tatsächlich nicht genehmigten Vertrag nicht dem Dritten gegenüber wirksam machen. Vgl. ferner Ziff. 2 a α zu § 1918.

4. Mitteilung der Genehmigung durch den hierzu bevollmächtigten Notar. a) OLG. **24** 56 (KG. IV. ZS). Hat der Pfleger den Notar ermächtigt, zu einem von ihm beurkundeten Vertrage die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einzuholen und in Empfang zu nehmen, und hat zugleich der andere Vertragskontrahent den Notar ermächtigt, die Mitteilung der Genehmigung, die das Vormundschaftsgericht dem Notar zugehen lassen werde, entgegenzunehmen, so ist die Genehmigung, nachdem sie dem Notar zugegangen ist, sowohl dem Pfleger gegenüber erklärt (§ 1828), als auch dem anderen Vertragskontrahenten gegenüber im Sinne des § 1829 Abs. 1 Satz 2 wirksam geworden. Bei dem Einverständnisse beider Beteiligten ist eine solche Doppelstellung des Notars nach § 181 BGB. wirksam. Die Genehmigung kann aber nicht bedingt erteilt werden, muß vielmehr „ein Stück des Rechtsgeschäfts" (Dernburg IV § 118 V 2) bilden. Eine unter einer Bedingung erteilte Genehmigung enthält eine Verweigerung der erbetenen Genehmigung verbunden mit der Inaussichtstellung der Genehmigung für den Fall der Erfüllung der Bedingung. b) OLG. **23** 380, ElsLothJZ. **11** 383, Elf.-LothNotZ. **11** 198, R. **11** Nr. 2210 (Colmar). Die bei einer Auflassung beurkundete Erklärung eines Pflegers (Vormundes), daß er „den amtierenden Notar zur Einholung der gerichtlichen Genehmigung, zu deren Mitteilung an den Vertragsgegner

und zur Kenntnisnahme davon namens des letzteren" ermächtige, ist nicht genügend, um in der durch § 29 GBO. vorgeschriebenen Form nachzuweisen, daß der Notar zur Herbeiführung der im § 1829 BGB. erforderten Mitteilung der Genehmigung von dem Pfleger bevollmächtigt worden sei (§ 171 Nr. 1 FGG.).

§ 1833. 1. Haftung des Vormundes für Versehen von Hilfspersonen. a) HansGZ. **11** Beibl. 289 (Hamburg). Der Vormund, der für seinen Mündel einen Prozeß führt, haftet für Versehen seines Unterbeamten, wenn infolgedessen die Einlegung eines Rechtsmittels unterblieben ist. Denn der Vormund konnte höchstens durch den Unterbeamten die zur Prozeßführung erforderlichen Vorbereitungen beschaffen lassen, dagegen blieb bei ihm die Verantwortlichkeit für die Prozeßführung, da die Überwachung der ordnungsmäßigen Ausführung des Auftrags in einem solchen Falle geboten erscheint. Die Frage, ob ein prozeßführender Vormund seinem Mündel gegenüber zur Einlegung von Rechtsmitteln gegen ungünstige Entscheidungen verpflichtet ist, läßt sich nur nach den Umständen des einzelnen Falles beantworten. Die Frage ist zu bejahen, wenn erkennbar der Vormund auf Grund sachlicher Erwägung den Entschluß gefaßt hatte, das ihm erforderlich scheinende Rechtsmittel einzulegen. b) **RG. 76** 185, JW. **11** 580, SeuffA. **67** 70, R. **11** Nr. 2352. Die Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf die Schadensersatzpflicht des Vormundes ist zwar nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil es sich mit Rücksicht auf den Amtscharakter der Vormundschaft im Verhältnisse zwischen Mündel und Vormund nicht um private Verbindlichkeiten des letzteren handeln könne, denn das Gesetz macht bezüglich des Ursprunges der Verbindlichkeit — Vertrag oder Gesetz — keinen Unterschied (**RG. 65** 117) und auch im Gebiete des Sachen-, Familien- und Erbrechts sind dem Rechte des BGB. zahlreiche Verbindlichkeiten rein schuldrechtlichen Inhalts nicht fremd. Allein die dem Vormund als solchem obliegenden Verbindlichkeiten erschöpfen sich in der Sorge für die Person und das Vermögen des Mündels (§§ 1793, 1800) und im Rahmen dieser Fürsorge in der Beobachtung einer Anzahl von Einzelvorschriften (§§ 1802 ff.), die für sein rechtsgeschäftliches Tun und Lassen von Bedeutung sind. Die Erfüllung der sich hiernach für den Vormund ergebenden Verbindlichkeiten, die Wahrnehmung der eigentlichen „vormundschaftlichen Geschäfte" (wie sich § 1836 ausdrückt) darf er überhaupt nicht oder doch nur auf seine Gefahr Dritten übertragen. Andererseits ist der Vormund nicht verpflichtet, für den Mündel und an seiner Statt persönlich diejenigen wirtschaftlichen Verrichtungen auf sich zu nehmen, an deren Leistung der Mündel z. B. infolge eingetretener geistiger Erkrankung verhindert ist. Der Vormund wird vielmehr regelmäßig gar nicht umhin können, sich hierzu der Hilfe dritter Personen zu bedienen. In solchen Fällen wäre es eine in die Augen springende grobe Unbilligkeit, wenn man ihn aus § 278 auch für deren Verschulden ohne weiteres haftbar machen wollte. Der Vormund genügt vielmehr der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276), wenn er den mit Fortführung des landwirtschaftlichen, gewerblichen oder kaufmännischen Betriebs der Mündel zu beauftragenden Dritten gewissenhaft auswählt und es demnächst an seiner gewissenhaften Überwachung nicht fehlen läßt.

2. Beweislast. **RG. 76** 185, JW. **11** 580, SeuffA. **67** 70, R. **11** Nr. 2353. Der gemäß § 1833 Abs. 1 Schadensersatz fordernde Mündel ist nicht nur für den Eintritt des Schadens, sondern auch dafür beweispflichtig, daß dieser Schaden auf die Pflichtverletzung des Vormundes als Ursache zurückzuführen ist und daß dem Vormunde hierbei ein Verschulden zur Last fällt. Es kann auch der Auffassung nicht beigestimmt werden, daß sich die Beweislast zugunsten des Geschädigten immer dann umkehre, wenn ihm der Schädiger zur Rechenschaftslegung verpflichtet sei.

Von einer solchen Umkehrung mag gesprochen werden, wenn sich aus der Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses ergibt, daß der für sein Handeln schadensersatzpflichtig Gemachte mit seiner Vertragsleistung zugleich eine gewisse Gewähr für deren Erfolg übernommen hat. Es ist aber nicht abzusehen, wie gerade das Hinzutreten der Rechnungslegungspflicht zu dem sonstigen Vertragsinhalte von Bedeutung sein könnte für die Regelung der Beweislast, die sich grundsätzlich doch nur aus dem Inhalte des Rechtsverhältnisses heraus bestimmt.

3. Haftung für Fahrlässigkeit. **RG.** JW. **11** 1016, R. **11** Nr. 3829, 3830, 3831. Nach § 1833 hat der Vormund (Pfleger) eine jede Fahrlässigkeit, d. i. eine jede Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 BGB.) zu vertreten. Immerhin ist hierbei darauf Rücksicht zu nehmen, welche Sorgfalt in den Lebenskreisen, denen der Vormund angehört, geübt wird und billigerweise in diesen Kreisen auch nur erwartet werden darf. Daher kann die Unterlassung des Einkaufs eines Taubstummen in eine Leibrente dem Pfleger nicht ohne weiteres als Verschulden angerechnet werden, dagegen kann er dafür haftbar gemacht werden, daß er den Pflegebefohlenen nicht zu entsprechender Arbeit angehalten hat.

4. Haftung trotz Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. a) R. **11** Nr. 759, SeuffA. **66** Nr. 35 (Dresden). Hat das Vormundschaftsgericht die von dem Pfleger den Eltern des Mündels gewährten Unterstützungen genehmigt, so haftet dieser den Mündeln für den durch unnötige Unterstützungen zugefügten Schaden nur beim Nachweise besonderer Umstände. b) R. **11** Nr. 1324 (Colmar) schränkt dies auf den Fall einer Fahrlässigkeit des Vormundes ein. c) **RG.** JW. **11** 984, R. **11** Nr. 3828, 3832, WarnE. **4** 522. Es kann zugegeben werden, daß ein Vormund (Pfleger) nicht unter allen Umständen durch genehmigende oder sonstige Erklärungen des Vormundschaftsrichters gedeckt wird. Dies wird namentlich dann nicht der Fall sein, wenn es sich um tatsächliche Verhältnisse handelt, die der Vormund ebensogut oder besser zu beurteilen vermag wie der Vormundschaftsrichter (vgl. JW. **10** 708, JDR. **9** Ziff. 1 zu § 1833). Anders liegt die Sache, wenn es sich um eine Rechtsfrage handelt, insbesondere wenn der mit der Überwachung der vorschriftsmäßigen Anlegung von Mündelgeld befaßte und zur Entscheidung in der Angelegenheit berufene Vormundschaftsrichter ihm am besten vertrauenswürdige Auskunft zu geben imstande ist, so über die mündelsichere Anlegung von Geld in einer Hypothek. Es hieße, die an einen Vormund (Pfleger) zu stellenden Anforderungen überspannen, wenn man ihm zumuten wollte, sich trotz der Auskunft des Vormundschaftsrichters noch anderweit, etwa bei einem Rechtsanwalte zu erkundigen (JW. **04** 473). Nach den Umständen des vorliegenden Falles genügte der Pfleger seiner Pflicht, wenn er sich der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vor dem Abschlusse des Geschäfts versicherte, denn damit war dem Schutzzwecke des § 1810 ausreichend Rechnung getragen. Ein Exkulpationsbeweis liegt dem Vormund (Pfleger) auch bei Feststellung einer objektiven Pflichtverletzung nicht ob (**RG. 76** 185 — vgl. oben Ziff. 2), vielmehr ist der Schadensersatz fordernde Pflegebefohlene nicht bloß für eine Pflichtverletzung des Pflegers, sondern auch dafür beweispflichtig, daß diesem ein Verschulden zur Last fällt.

§ 1835. Erstattung von Auslagen des Vormundes eines vermögenslosen Mündels (vgl. JDR. **4** Nr. 3 zu § 1835). Borchardt, FürsZBl. **3** 196, stimmt v. Frankenberg, DJZ. **05** 300, darin zu, daß, soweit es sich um Leistungen handelt, die im Wege der öffentlichen Armenpflege zu gewähren sind (z. B. Verschaffung von Unterkunft, Gewährung von Beköstigung, Kleidung und Pflege), der Vormund auf Grund des Unterstützungswohnsitzgesetzes und der Bestimmungen über Geschäftsführung ohne Auftrag von dem verpflichteten Armenverband Erstattung der genannten Aufwendungen verlangen kann. Andere

Aufwendungen (z. B. von Auslagen für Porto, Reisekosten, Aufwand oder an Zeit) wird in der Regel der Vormund aus eigenen Mitteln bestreiten müssen, daher häufig die geringe Bereitwilligkeit zur Übernahme solcher Vormundschaften, wodurch die Interessen der Mündel geschädigt werden. Empfohlen wird, von Gesetzes wegen die Erstattung solcher notwendigen Aufwendungen sei es dem Staat oder der Gemeinde zur Pflicht zu machen.

§ 1836. ElsLothJZ. **11** 327, OLG. **24** 46, R. **11** Nr. 1578 (Colmar). Davon, ob der Vormund noch Vermögen des Mündels verwaltet, hängt die Festsetzung der Vergütung des Vormundes nicht ab. Der Anspruch des Vormundes gegen den Mündel auf Zahlung der Vergütung wird erst durch die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts geschaffen. Solange die Bewilligung noch aussteht, steht ihm kein im Klagewege verfolgbarer Anspruch gegen den Mündel zu. — Auch nach Beendigung der Vormundschaft kann das Vormundschaftsgericht die Vergütung bewilligen, wenn deren Festsetzung während des Bestehens der Vormundschaft unterblieben ist. Diese Befugnis hat aber ihre Grenzen darin, daß, wenn das Vormundschaftsgericht einmal über den Antrag auf Festsetzung der Vergütung ablehnend entschieden hat, es nicht später auf nochmaligen Antrag diese Entscheidung abändern und eine Vergütung zubilligen kann. Eine Änderung der Entscheidung kann nur im Beschwerdewege, der allein Rechtskraft der Entscheidung schaffen kann, herbeigeführt werden.

III. Fürsorge und Aufsicht des Vormundschaftsgerichts.

Vorbemerkung. Über die Frage, in welchem Umfange den Vormundschaftsgerichten in den zu ihrem Geschäftskreise gehörenden Angelegenheiten Rechtshilfe zu leisten sei (Ziff. I zu § 1837), ist in dem laufenden Berichtsjahr eine große Zahl von Entscheidungen ergangen, namentlich wird auf die wichtige Entsch. des RG. (Ziff. I E zu § 1837) verwiesen.

§ 1837. I. Rechtshilfe. A. Bei Beurkundungen. Josef BadRpr. **11** 51 — gegen Jolly, BadRpr. **10** 246, JDR. **9** Ziff. 2 a zu § 2 FGG. — Vormund und Pfleger stehen unter der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts. Dieses hat die Amtspflicht, auf das Vermögen des Mündels zu achten, danach auch die Feststellung der Mündelansprüche, ferner die Beseitigung von Streitigkeiten und die erforderliche Auseinandersetzung, an denen der Mündel beteiligt ist, im Auge zu behalten. Diese seine eigene Amtspflicht fördert also das Vormundschaftsgericht, indem es bei den gedachten Angelegenheiten den Vormund (Pfleger) unterstützt und dritte Personen veranlaßt, den Antrag auf öffentliche Beurkundung der im Interesse des Mündels liegenden Erklärungen zu stellen, und indem es in seiner Eigenschaft als Urkundsgericht diese Beurkundung bewirkt. Und in demselben Umfange kann das Vormundschaftsgericht auch die Rechtshilfe anderer Gerichte ansprechen, also sie ersuchen, den Dritten zur Stellung des Antrags auf Beurkundung zu veranlassen und die Beurkundung zu bewirken. Bei diesem Ersuchen handelt also das Vormundschaftsgericht in Erfüllung der ihm obliegenden Amtstätigkeit.

B. Zur Aufnahme vollstreckbarer Urkunden. 1. RheinA. **108** I 250 (Düsseldorf). Das Vormundschaftsgericht kann ein Amtsgericht ersuchen, über die Verpflichtung des Vaters eines unehelichen Kindes zur Unterhaltsleistung eine vollstreckbare Urkunde aufzunehmen. Das Vormundschaftsgericht ist aber nicht berechtigt, dieses Ersuchen auf die Verpflichtungen des Vaters gegenüber der Mutter des Kindes auszudehnen.

2. a) OLG. **23** 312, MecklZ. **30** 51 (Rostock). Das Ersuchen, den minderjährigen Vater eines unehelichen Kindes „zu vollstreckbarer Urkunde" (ZPO. § 794 Ziff. 5) zu vernehmen, ist abzulehnen, denn wenn auch das Versprechen der Unterhaltsleistung als vertragsmäßige Erklärung durch die Genehmigung des gesetz

lichen Vertreters Wirksamkeit erlangen kann (§§ 111, 108 BGB.), so kann doch eine Erklärung, durch die der Minderjährige sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, rechtswirksam nicht ohne die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters abgegeben werden. b) BadRpr. **11** 116 (Karlsruhe). Den badischen Gerichten ist die Aufnahme von Urkunden, in denen sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft (§ 794 Ziff. 5 ZPO.), untersagt. Ersuchen auswärtiger Gerichte auf Vernehmung des Vaters eines unehelichen Kindes und Aufnahme einer vollstreckbaren Urkunde über die Unterhaltsgewährung sind daher abzulehnen (§ 35 Abs. 3 BadRPolG.).

C. Zu Vermögensnachweisen und zur Vorlegung von Urkunden usw. WürttZ. **11** 105 (Stuttgart). Zur Erfüllung der dem Vormundschaftsgericht im § 1843 BGB. gemachten Pflicht kann es erforderlich werden, daß das Vormundschaftsgericht sich den Vermögensbestand nachweisen und die in den Händen des Vormundes befindlichen Urkunden, Wertpapiere und Gelder sich vorlegen läßt. Ein dahin gehendes Rechtshilfeersuchen ist nicht verboten, insbesondere berechtigt der Umstand, daß das ersuchende Gericht dem Vormund aufgeben könnte, vor ihm selbst mit den Wertpapieren und der Kasse zu erscheinen, nicht zur Ablehnung des Ersuchens. Es ist Sache des ersuchenden Gerichts, zu erwägen, welche von mehreren möglichen Erledigungsweisen die zweckmäßigere ist.

D. Zu „Bedeutungen". ElsLothJZ. **11** 58 (Colmar). Rechtshilfe wird nur da gewährt, wo das ersuchte Gericht dem ersuchenden behilflich sein soll, eine solche richterliche Handlung vorzunehmen, an deren Selbstvornahme das ersuchende Gericht durch die seiner Gerichtsgewalt gesteckten örtlichen Grenzen gehindert ist. „Bedeutungen" aber (z. B. an den Vater eines unehelichen Kindes, seinen Verpflichtungen nachzukommen, anderenfalls der Vormund zu weiteren Schritten gegen ihn veranlaßt werden würde) können von dem Vormundschaftsgericht unmittelbar abgelassen werden, ohne daß es sich des ersuchten Gerichts als Überbringers der von ihm erlassenen Entscheidung zu bedienen braucht.

E. Zur Ermittelung des Erzeugers eines unehelichen Kindes. a) **RG.** JW. **11** 781, BayRpflZ. **11** 446, PosMSchr. **11** 159. Allerdings hat das Vormundschaftsgericht den Vormund nicht nur zu beaufsichtigen, sondern auch auf sein Ansuchen in seiner Tätigkeit zu unterstützen (**RG. 67** 416, JDR. **7** Ziff. 2 a zu § 1837). Die Machtmittel des Staates stehen ihm jedoch nur insoweit zur Verfügung, als es sich um eine unmittelbar zu seinem eigenen Geschäftskreise gehörende Angelegenheit handelt. Die Ermittelung des Erzeugers bevormundeter unehelicher Kinder ist nicht Sache des Gerichts, sondern eine dem Vormunde zufallende Aufgabe. Kommt der Vormundschaftsrichter auf Bitten des Vormundes diesem zu Hilfe, so ist dies zwar an sich in jeder Beziehung zulässig, und wenn die Selbständigkeit des Vormundes gewahrt bleibt, unterliegt es dem eigenen pflichtmäßigen Ermessen des Richters, wie weit er im Geschäftsbereiche des Vormundes mit seiner Unterstützung zu gehen hat. Die Unterstützung darf jedoch nicht darauf hinauskommen, daß mittelbar die staatshoheitliche Gewalt dem Vormunde zur Handhabe für eine bürgerliche Geschäftstätigkeit dient. Damit verbietet sich die Anwendung des Zeugniszwanges bei bloßen Vorermittelungen, die dazu bestimmt sind, einen außerehelichen Geschlechtsverkehr zwischen der Mündelmutter und einem einstweilen unbekannten Manne festzustellen und einen Anhalt zur Erhebung von Ansprüchen des Kindes gegen ihn darzubieten. Zu derartigen Maßregeln ist das Vormundschaftsgericht gemäß §§ 12, 15 FGG. nur aus Anlaß solcher Feststellungen und Entscheidungen befugt, die dem gerichtlichen Zuständigkeitsbereich ausschließlich angehören. b) Dagegen Pfeiffer, FürsZBl. 3 212, welcher bestreitet, daß eine außerhalb des Zuständigkeitsbereichs liegende

Amtshandlung in Frage stehe, da es sich um eine „nicht verbotene" Handlung im Sinne des § 159 Abs. 1 GVG. handle.

F. Zur Anwendung von Zwang nach Landesrecht. WürttZ. **11** 139 (LG. Ellwangen). Die württembergischen Vormundschaftsgerichte sind nicht in der Lage, Rechtshilfe in der Art zu leisten, daß sie auf das Ersuchen des Gerichts eines anderen Bundesstaats oder eines ausländischen Gerichts die Durchsetzung einer gerichtlichen Anordnung in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit innerhalb Württembergs durch Gebrauch von Gewalt verfügen können, vielmehr können sie nur Ordnungsstrafen verhängen (Art. 129 Württ. AGBGB.).

II. Rechtliche Stellung des Vormundschaftsgerichts. Stumpff, WürttZ. **11** 354 (Die Unabhängigkeit der Grundbuchämter, Vormundschafts- und Nachlaßgerichte in Württemberg), hält einen Eingriff der Dienstaufsicht in die Verwaltungstätigkeit der württembergischen Vormundschaftsgerichte (Art. 41 WürttAGBGB.) nur soweit als unzulässig, als, falls das Amtsgericht von vornherein zuständig wäre, Beschwerde unzulässig sein würde. — Dagegen Mayer aaO. 366, der einen Eingriff der Dienstaufsicht nur so weit zulassen will, als wo und wie das Gesetz es geregelt hat, hiernach aber durch das FGG. andere Rechtsbehelfe als die dort vorgesehenen nicht anerkannt sind, auch wenn im übrigen die Landesgesetzgebung von der Befugnis der §§ 194, 195 FGG. Gebrauch gemacht hat.

III. Machtbereich des Vormundschaftsgerichts. 1. **RG. 75** 230, JW. **11** 380, SchlHolstAnz. **11** 141, R. **11** 303 u. Nr. 1325 — in Bestätigung von SchlHolstAnz. **10** 26, JDR. **9** Ziff. 2 zu § 1837. — Der Vormundschaftsrichter ist zwar befugt und deshalb auch verpflichtet, zur Förderung des Mündelwohls den Vormund zu beraten und ihn zu diesem Zwecke innerhalb der Grenzen der Zulässigkeit durch seine Tätigkeit und durch die Machtmittel des Staates zu unterstützen. Das Vormundschaftsgericht hat jedoch mit Rücksicht auf das eigene Ansehen und dasjenige des Staates die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit des beabsichtigten Vorgehens und die Statthaftigkeit der einer fremden Behörde etwa anzusinnenden Maßnahmen zu prüfen. Jene Pflicht und Befugnis findet ferner ihre Beschränkung durch den Willen des Staates, der sich insbesondere in den Grundsätzen äußert, die darüber aufgestellt sind, zu welchen Zwecken staatliche Mittel verwendet werden dürfen. Die Kosten der Zurückführung eines Mündels in die Lehre gehören weder unter die baren Auslagen des § 98, noch unter die Transportkosten des § 99 PrEtatsvorschr. vom 12. März 1908 (31. März 1900).

2. Die AVf. des PrJM. vom 7. April 1911, betr. die Verfolgung von Ansprüchen auf Entschädigung für Unfallsfolge (PrJMBl. 165), empfiehlt den Vormundschaftsgerichten, darauf hinzuwirken, die Vermittelung des Verbandes der deutschen gemeinnützigen und unparteiischen Rechtsauskunftsstellen zur Beauftragung eines erfahrenen Rechtsverständigen mit der unentgeltlichen Wahrnehmung der Rechte vor dem RVA. in Anspruch zu nehmen.

3. R. **11** 811 (KG.). Ermittelungen, die der Jugendrichter als Strafrichter angestellt hat, kann er auch in der Vormundschafts- und Fürsorgeerziehungssache ohne weiteres verwerten (§ 12 FGG.).

IV. Selbständigkeit des Vormundes. 1. SchlHolstAnz. **11** 333 (LG. Kiel). Das Vormundschaftsgericht ist nicht berechtigt, den Vormund anzuhalten, bestimmte Beträge (z. B. zur Erstattung von Armenpflegekosten) aus dem Mündelvermögen zu bezahlen.

2. BraunschwRpflZ. **11** 161 (LGPräs. Braunschweig). Die Weigerung eines Vormundes, lediglich im Interesse des Landarmenverbandes den Mündel

aus einer teureren Verpflegung in die billigere eines Dritten (Nichtverwandten) zu geben, wird regelmäßig durch das Vormundschaftsgericht nicht beanstandet werden können, zumal ein Wechsel durchweg keinen günstigen Einfluß auf den Mündel ausüben wird. Die Kreisdirektion ist zur selbständigen Unterbringung eines landarmen Mündels nur gemäß § 1 Abs. 2 BraunschwAGUWG. vom 5. Juni 1871 Nr. 39 befugt. Indessen dürfte es nicht geeignet sein, von derartigen Unterbringungsarten ohne Einwilligung des Vormundschaftsgerichts und des Vormundes Gebrauch zu machen.

3. BayObLG. **12** 530, R. **11** Nr. 3199 (BayObLG.). Das Vormundschaftsgericht kann nicht von dem entlassenen Vormunde dahin angegangen werden, daß dem neuen Vormunde verboten werde, Ersatzansprüche gegen ihn, den bisherigen Vormund, zu verfolgen. Vgl. auch Ziff. 3 zu § 1828.

§ 1843. Vgl. oben Ziff. I C zu § 1837.

§ 1848. **RG.** FürsZBl. **3** 48. Der Vormundschaftsrichter verletzt nicht schon dann seine Aufsichtspflicht, wenn er den Angaben des Vormundes, der das volle Vertrauen der Mündelmutter genossen hat, so lange vertraut, als ihn nicht gegenteilige Gründe zu der gegenteiligen Ansicht hätten führen müssen, insbesondere wenn der Vormund die um ein halbes Jahr verzögerte Hinterlegung des Mündelvermögens glaubhaft entschuldigt hat.

IV. Mitwirkung des Gemeindewaisenrats.

Literatur: Schönberner, FürsZBl. **3** 49, Schwierigkeiten bei Ausübung des Waisenratsamts in der Großstadt.

§§ 1849—1851. 1. Sommer, BraunschwRpflZ. **11** 85. Die dem Gemeindewaisenrat obliegenden Amtspflichten sind öffentlich-rechtliche, die ihm der Allgemeinheit, nicht nur dem Mündel gegenüber obliegen. Man wollte den Gemeindewaisenrat, der sein Amt als Ehrenamt, also unentgeltlich verwalten muß und gezwungen ist, es zu übernehmen, nicht mit vermögensrechtlicher Verantwortlichkeit belasten. Er ist daher nach § 839 nicht haftbar, vielmehr entscheiden über seine Haftpflicht lediglich die allgemeinen Bestimmungen der §§ 823 ff. BGB.

2. v. Blume, PrVerwBl. **32** 238. Aus § 1850 Abs. 2 ergibt sich nicht, daß der Gemeindewaisenrat berechtigt sei, in die Aufsichtführung des Vormundschaftsgerichts jedesmal dann einzugreifen, wenn er eine Maßnahme des Vormundschaftsgerichts in Vermögensangelegenheiten des Mündels für unrichtig hält. Noch weniger ist das Vormundschaftsgericht verpflichtet, den Gemeindewaisenrat in solchen Angelegenheiten um Rat zu fragen. Eine derartige Konkurrenz zwischen Gemeindewaisenrat und Vormundschaftsgericht könnte leicht zu Konflikten führen, die das Gesetz vermeiden will. Daher die Vorschrift des § 57 Abs. 1 Ziff. 9 FGG.

3. v. Blume, PrVerwBl. **32** 817. Der Gemeindewaisenrat ist nicht berechtigt, ohne Erlaubnis des Wohnungsinhabers in die Wohnung einzudringen, in der ein seiner Überwachung anvertrauter Mündel sich aufhält. Ob der Wohnungsinhaber verpflichtet ist, dem Waisenrate den Besuch des Mündels zu gestatten, kann sich aus dem im Namen des Mündels mit ihm abgeschlossenen privatrechtlichen Vertrag, aber auch aus dem öffentlich-rechtlichen Verhältnis ergeben, kraft dessen der Mündel dem Wohnungsinhaber anvertraut ist. Ist der Wohnungsinhaber zur Gestattung des Besuchs verpflichtet, so kann er doch verlangen, daß bei jedem Besuche des Mündels die Hausordnung gewahrt werde. Und jedenfalls ist nicht der Waisenrat, sondern der Vormund zuständig, die Verpflichtung zur Gestattung eines Besuchs des Mündels geltend zu machen.

4. PrOVG. **59** 90, DJZ. **12** 167 (PrOVG.). Das Amt des Waisenrats bildet ein unbesoldetes Amt in der Verwaltung der Gemeinde, zu dessen Übernahme die Gemeindeglieder nach Maßgabe der Gemeindeverfassungsgesetze verpflichtet sind und dessen Übertragung den Inhaber zum Beamten der Gemeinde macht. Aber der Waisenrat gehört nicht zu denjenigen Beamten, welche im Sinne des Gemeindeverfassungsrechts durch „Anstellung" in das Amt berufen werden. Hiernach kann seine Wahlunfähigkeit nicht damit begründet werden, daß er zu den „angestellten" Gemeindebeamten oder Unterbeamten der Gemeinde gehöre.

VII. Beendigung der Vormundschaft.

Literatur: Hörle, ZBlFrG. **11** 751 ff., Entlastung des Vormundes und des Vormundschaftsgerichts durch den Mündel (Selbstbericht bei § 1892).

§ 1886. 1. R. **11** Nr. 521 (BayObLG.). Fehlgriffe des Vormundes, die zu einer tiefgehenden Entfremdung zwischen ihm und dem (volljährigen) Mündel geführt haben, bilden einen genügenden Enthebungsgrund, auch wenn ein grobes Verschulden des Vormundes nicht vorliegt.

2. OLG. **24** 48 (KG.). Die wesentliche Voraussetzung des § 1886 ist nicht ein tadelnswertes Verhalten des Vormundes an sich, sondern eine Gefährdung der Interessen des Mündels durch Beibehaltung des bisherigen Vormundes. Ist daher zwar Trunk- und Streitsucht des Vormundes festgestellt, ist aber der Vormund zugleich der Stiefvater des Mündels, so wird der Mündel nicht durch die Belassung des Vormundes in seinem Amte, sondern durch den Verbleib in dessen Haushalte gefährdet. Durch eine Entfernung aus dem Haushalte wird der Mündel der Fürsorge der Mutter entzogen und dadurch möglicherweise mehr gefährdet, als durch den Verbleib beim Vormunde (KGJ. **21** A 198).

§ 1890. BayObLG. **11** 771, R. **11** Nr. 520, DJZ. **12** 105 (BayObLG.). Die Teilung eines für mehrere Mündel vormundschaftlich verwalteten gemeinschaftlichen Vermögens und die Ausscheidung des Anteils eines der Mündel nach Beendigung der über ihn geführten Vormundschaft (oder Pflegschaft) kann nicht durch Verfügung des Vormundschaftsgerichts auf einseitigen Antrag eines Beteiligten vorgenommen werden, vielmehr hat die Teilung die Einigung der Teilhaber zur Voraussetzung und diese Einigung ist durch die den Mündeln bestellten gesetzlichen Vertreter (Vormund, Pfleger) zu treffen.

§ 1892. 1. R. **11** Nr. 760 (Hamburg). Hat der Mündel nach Erreichung der Volljährigkeit die von seinem Vormunde dem Vormundschaftsgericht eingereichte und von diesem geprüfte Schlußrechnung anerkannt und das Vormundschaftsgericht die Anerkennung beurkundet, so enthält ein solches Anerkenntnis auch eine sachliche Anerkennung der einzelnen Posten und bindet den volljährig Gewordenen wie ein anderes Anerkenntnis. Es kann daher nur wegen Arglist oder Irrtums angefochten oder nach § 812 kondiziert werden.

2. *Hörle, ZBlFG. **11** 751. Die Entlastung des Vormundes und des Gegenvormundes ist ein negativer Anerkennungsvertrag mit der Wirkung, daß alle dem Mündel aus der Verwaltung des Vormundes und des Gegenvormundes diesen gegenüber nach §§ 1793 ff., 1802 ff., 1833, 1834, 823 ff. BGB., § 61 Nr. 5 KO. zustehenden vermögensrechtlichen Ansprüche getilgt sind und nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit zurückbleibt. Die Entlastung kann nur im Bereiche des Rechtes der Schuldverhältnisse durch einen Vertrag stattfinden. Das Verhältnis des Vormundschaftsgerichts zum Mündel ist kein vertragsmäßiges Verpflichtungsverhältnis im Sinne des bürgerlichen Rechtes. Pflichtwidrige Handlungen des Vormundschaftsgerichts bei der Mitwirkung zur Führung der Vormundschaft stellen sich daher nicht als Vertragsverletzungen, sondern als unerlaubte Handlungen dar. Folglich ist eine Entlastung des Vormundschafts-

gerichts nicht nur bürgerlich-rechtlich ein Unding und unzulässig, sondern auch vom Standpunkte des öffentlichen Rechtes aus unwürdig und unerlaubt. — Die Entlastung des Vormundes und des Gegenvormundes widerstreitet nach den Motiven und der ihnen entsprechenden bestimmten Fassung des § 1892 Abs. 2 sowie nach der im Leben und in der Gerichtspraxis gewonnenen Erfahrung dem Zwecke des Gesetzes und den Interessen des Mündels. — Der Mündel ist zur Erteilung der Entlastung nicht verpflichtet und braucht zu diesem Zwecke vor Gericht nicht zu erscheinen. Da die Herbeiführung der Entlastung durch ein Reichsgesetz den Gerichten nicht übertragen ist und außerhalb des Wirkungskreises der Vormundschaftsgerichte liegt, so ist auch ein Ersuchen an ein Amtsgericht um Beurkundung der Entlastung kein Akt der Rechtshilfe und deshalb als unzulässig abzuweisen.

Zweiter Titel. Vormundschaft über Volljährige.

Literatur: Rhode, ZBlFrG. **12** 253 f., Sorge für die Person volljähriger Mündel. (Mit Selbstbericht des Verfassers.)

§ 1897. *Rohde aaO. 270 ff. Pflicht des Vormundes eines Volljährigen ist es, sich bei der Sorge für dessen Person in den durch § 1901 gezogenen Grenzen seiner Befugnisse zu halten. Überschreitung dieser Grenzen ist ohne Feststellung eines besonderen Verschuldens eine Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 1837. In reinen Zweckmäßigkeitsfragen innerhalb des Rahmens dessen, was der Zweck der Vormundschaft erfordert, ist der Vormund des Volljährigen zwar selbständig und handelt nur pflichtwidrig, wenn er das Interesse des Mündels schuldhaft verletzt (RJA. **6** 15, JDR. **4** Ziff. 1 c zu § 1886 BGB.). Ob aber Verschulden vorliegt, ist mit v. Blume (VormR. Vorbem. 2 Abs. 3 vor Titel 1 III) nach objektivem Maßstabe zu beurteilen, ebenso wie dies geboten ist, wenn es sich fragt, ob eine zum Schadensersatze verpflichtende schuldhafte Pflichtverletzung im Sinne des § 1833 vorliegt. Wo es sich um die Person des Mündels handelt, darf man ebensowenig wie bei Vermögensangelegenheiten einen subjektiven Maßstab anlegen, dem Prinzipe der Selbständigkeit des Vormundes zuliebe ihm eine Willkürherrschaft zum Schaden des Mündels gestatten.

§ 1901. *Rohde aaO. 253 ff. Die Vorschriften über die Sorge für die Person des Minderjährigen finden auf die Vormundschaft über einen Volljährigen entsprechende Anwendung — § 1897 BGB., Mot. IV 1235: „Gestaltung nach Analogie der Altersvormundschaft" — und zwar insoweit, als der aus dem Grunde der Entmündigung (oder des Entmündigungsantrags) sich ergebende Zweck der Vormundschaft die Fürsorge erfordert. Unter diesem Zwecke kann weder der Zweck der einzelnen Vormundschaft, noch der jeder Vormundschaft, noch auch der Zweck der Vormundschaft über irgendeinen Volljährigen verstanden werden, vielmehr ist von der Entmündigung als Grundlage der Vormundschaft auszugehen; danach ist der Zweck der Vormundschaft verschieden, je nachdem die Entmündigung wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunksucht oder Verschwendung erfolgt ist oder erfolgen soll. Im einzelnen: 1. Die Vorschriften über das Erziehungsrecht (§ 1631 BGB.) finden entsprechende Anwendung: a) auf die Maßnahmen des Vormundes, welche den volljährigen Mündel wieder zu einem brauchbaren Gliede der menschlichen Gesellschaft machen, besonders die Heilung von der zur Entmündigung führenden Trunksucht oder Geisteskrankheit herbeiführen sollen; b) auf die Beaufsichtigung (Sicherung, Verwahrung) des Mündels im Rahmen des Zweckes der Vormundschaft. 2. Hieraus ergibt sich das Recht des Vormundes zu Zwangsmaßregeln in diesen beiden Richtungen und die Befugnis des Vormundschaftsgerichts, ihn dabei zu unterstützen (§ 1631 Abs. 2), aber auch selbständig entsprechend § 1838 die Unterbringung des Mündels (besonders in einer

geeigneten Anstalt) zur Heilung oder Beaufsichtigung anzuordnen. 3. Für die Pflege des volljährigen Mündels und seine Behandlung wegen anderer Krankheiten als der den Grund der Entmündigung bildenden Geisteskrankheit oder Trunksucht hat der Vormund zwar nötigenfalls zu sorgen, doch stehen weder ihm noch dem Vormundschaftsgerichte Zwangsmittel zu. 4. Das Recht der Aufenthaltsbestimmung und das Recht, die Herausgabe des Mündels zu verlangen (§ 1632), stehen dem Vormunde nur insoweit zu, als die Ausübung dieser Rechte sich als eine den unter Nr. 1 und 3 angegebenen Zwecken dienende Maßregel darstellt. Zwangsmaßregeln sind gegen den Mündel auch hier nur zulässig, soweit nach Nr. 1 die Grundsätze über das Erziehungsrecht entsprechend anzuwenden sind.

§ 1906. 1. OLG. **24** 50 (KG.). Ein „vorläufiger" Vormund ist dem BGB. nicht bekannt. Auch bei der vorläufigen Vormundschaft ist der Träger des vormundschaftlichen Amtes ein Vormund. Nur die Vormundschaft selbst ist als eine vorläufige Maßregel gedacht.

2. a) R. **11** Nr. 761 (BayObLG.). Ausbeutung des Volljährigen durch Dritte kann als Grund seiner vorläufigen Bevormundung in Frage kommen. **b**) Bay. ObLG. **12** 61, R. **11** Nr. 762 (BayObLG.). Ist die Entmündigung wegen Verschwendung beantragt, so kann die vorläufige Vormundschaft gleichwohl wegen Verdachts der Geistesschwäche eingeleitet werden.

3. a) BayObLG. **12** 11, OLG. **24** 49, R. **11** Nr. 761 (BayObLG.). Die Anordnung der vorläufigen Vormundschaft über eine Person, deren Entmündigung beantragt ist, kann nicht schon deswegen abgelehnt werden, weil ein Entmündigungsgrund nicht nachgewiesen sei, sondern es genügt zur Anordnung, daß Grund zu der Besorgnis besteht, für den zu Entmündigenden werde ein erheblicher Nachteil entstehen, wenn er bis zur Beendigung des Entmündigungsverfahrens sich selbst überlassen bleibe. Nur insofern kann das Vorhandensein eines Entmündigungsgrundes von Bedeutung sein, als es für die Annahme einer wesentlichen Gefährdung an zureichender Begründung fehlt, wenn von vornherein nicht zu erwarten ist, daß es zur Entmündigung kommen werde. — Ebenso BayObLG. **12** 458. **b**) BayObLG. **12** 283. Die Anordnung der vorläufigen Vormundschaft hängt nur davon ab, daß die Entmündigung beantragt ist und die vorläufige Vormundschaft zur Abwendung einer erheblichen Gefährdung der Person oder des Vermögens des zu Entmündigenden für erforderlich erachtet wird. Die Gefährdung des Vermögens einer Person liegt nicht vor, wenn die Wirtschaftsführung eine solche ist, daß sie einen wirtschaftlich nicht zu rechtfertigenden Vermögensverlust nicht zur Folge hat.

4. BayObLG. **12** 458, R. **11** 528 (BayObLG.). Die Kosten der vorläufigen Vormundschaft können nach Abweisung des Entmündigungsantrags weder dem Antragsteller des Entmündigungsverfahrens noch der Staatskasse überbürdet werden.

5. Vgl. unten KGJ. **40** A 41 Ziff. III 2 zu § 1960 BGB.

§ 1908. Wagner, BayRpflZ. **11** 193. Ist die vom Vormundschaftsgericht eingeleitete vorläufige Vormundschaft auf sofortige Beschwerde des Mündels aufgehoben, der aufhebende Beschluß aber auf die sofortige weitere Beschwerde des Antragsberechtigten (§ 57 Abs. 1 Ziff. 2 FGG.) ebenfalls aufgehoben worden, so lebt die ursprüngliche Anordnung des Vormundschaftsgerichts nicht wieder auf, sondern die vorläufige Vormundschaft ist durch den Beschluß des Beschwerdegerichts endgültig beseitigt und muß wieder neu eingeleitet werden, wenn nachträglich das Bedürfnis für die Einleitung einer solchen sich ergibt.

Dritter Titel. Pflegschaft.

Vorbemerkung. Im Anschluß an die Verhandlungen des Deutschen Juristentags über die rechtliche Stellung des Sammelvermögens (JDR. **9** 9 u. 475) werden im

laufenden Jahrgange (zu § 1914) noch einzelne literarische Äußerungen, darunter die Selbstberichte von Fischbach und Münch mitgeteilt. Die Ansicht, daß es sich hierbei um ein fiduziarisches Rechtsverhältnis handelt (vgl. Komm. der RGRäte Anm. 1 zu § 80 BGB.), scheint mehr an Boden zu gewinnen.

§ 1909. 1. OLG. **24** 21 (KG.). Will ein Kind, welches von einer Witwe nach dem Tode ihres Mannes innerhalb 302 Tagen geboren ist, gegen seinen angeblichen Vater auf Anerkennung der Vaterschaft und Zahlung von Unterhaltsbeiträgen klagbar werden, so liegen die Voraussetzungen des § 1909 für die Bestellung eines Pflegers zur Prüfung und Verfolgung des Anspruchs vor. Denn führt es den Nachweis seiner unehelichen Abstammung, so ist seine Mutter nicht seine gesetzliche Vertreterin und es müßte demnach wegen mangelnder gesetzlicher Vertretung abgewiesen werden, auch wenn es ihm gelänge, den Nachweis für sämtliche Klagebehauptungen zu erbringen. Es besteht daher zwischen der Vorbedingung für das Bestehen der elterlichen Gewalt und der gesetzlichen Vertretung des Kindes einerseits und dem Inhalte der Klagebehauptungen und des verfolgten Anspruchs andererseits ein Widerspruch, durch den die Mutter, selbst wenn ihr die elterliche Gewalt zustehen sollte, verhindert wird, das Kind in diesem Rechtsstreite zu vertreten.

2. Vgl. auch oben Ziff. II b zu § 1631, Ziff. 1 zu § 1638 und unten Ziff. 2 a zu § 1918.

§ 1910. 1. OLG. **23** 364 (Colmar). Ob die Voraussetzungen des § 1910 Abs. 2 vorliegen, ist durch amtliche Ermittelung (§ 12 FGG.) festzustellen. Die Schwierigkeit, sich mit dem Gebrechlichen zu verständigen, macht seine Einwilligung nicht entbehrlich. Ist die Pflegschaft einmal angeordnet, so besteh sie so lange zu Recht, als sie nicht auf Beschwerde nach den Vorschriften des FGG. beseitigt ist.

2. RheinARV. **29** 33, R. **11** 234 (KG.). KGJ. **30** A 28 — JDR. **4** Ziff. 5 zu § 1910 — hat § 62 RBeamtenG., § 89 PrG. vom 21. Juli 1852 und § 58 PrG. vom 7. Mai 1851 dahin ausgelegt, daß ein Kurator zu bestellen sei, falls die vorgesetzte Dienstbehörde dies im Interesse der Fortführung und Beendigung des Zwangspensionierungsverfahrens — also lediglich aus öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten — für nötig erachte. Auf mittelbare preußische Staatsbeamte findet keine dieser Bestimmungen Anwendung, vielmehr ist auf die für sie bestehenden besonderen Vorschriften zurückzugehen. In dieser Beziehung enthält für den Geltungsbereich der Provinzialordnung für die Rheinprovinz vom 1. Juni 1887 (GS. 252) das Reglement vom 12. März 1908 in §§ 18 f. entsprechende Bestimmungen. KGJ. **37** A 69 — JDR. **8** Ziff. II zu § 1910 — steht damit nicht in Widerspruch, denn dort ist die Möglichkeit einer öffentlich-rechtlichen Pflegschaft verneint, weil es für die städtischen Beamten an jeder Vorschrift über ihre rechtliche Behandlung während oder vor der Einleitung des zur Feststellung ihrer Dienstunfähigkeit eingeleiteten Verfahrens fehle.

§ 1911. 1. Schneider, SeuffBl. **11** 161. Da die Abwesenheitspflegschaft nur im Interesse des Abwesenden zulässig ist, so kann einem abwesenden Hypothekengläubiger, wenn nur der Grundstückseigentümer zur Kündigung berechtigt ist, zur Entgegennahme der Kündigung und der Hypothekenvaluta, um dadurch die Löschung der Hypothek oder die Einräumung eines Vorranges zu ermöglichen, ein Abwesenheitspfleger nicht bestellt werden. Dasselbe gilt, wenn z. B. dem Abwesenden ein Wohnungsrecht zusteht. Dem Grundstückseigentümer kann nur geholfen werden, wenn er sich zu einem Opfer entschließt, indem er dem Abwesenden etwas anbietet, das mehr gilt, als was er zu fordern berechtigt ist: dann erwacht das Interesse des Abwesenden, an diesem Handel be-

teiligt zu sein. Damit ist aber der Boden gefunden, auf dem eine gesetzmäßige Pflegschaft sich erheben kann.

2. *Baeßler, Die Abwesenheitspflegschaft, ZBlFG. 12 133 ff., 177 ff. I. Voraussetzungen: 1. Der Beweis, daß § 1911 eine Abwesenheit gerade vom Wohnsitze verlangt, wird von der herrschenden Ansicht aus der Entstehungsgeschichte hergeleitet, ergibt sich aber schon aus Abs. 2 des § 1911. Denn wenn Abwesenheit von einem beliebigen Orte genügte, würden die Worte „Rückkehr und Besorgung" eine Tautologie bedeuten. Im übrigen ist eine Rückkehr überhaupt nur möglich, wenn ein bestimmter Ort dafür vorhanden ist; mit diesem aber kann nur der Wohnsitz gemeint sein. 2. Eine Abwesenheitspflegschaft darf nicht zugunsten Dritter angeordnet werden (aM. Dorner, FGG. § 39 Anm. 1b und Raußnitz, FGG. § 39 Anm. 1 u. 5). II. Umfang: 1. Das Gesetz trifft in seiner Fassung „für Vermögensangelegenheiten, soweit sie der Fürsorge bedürfen" auch den Fall der Besorgung einer einzelnen Angelegenheit. Reicht also die Schutznotwendigkeit nicht weiter als bis zu einer einzelnen Angelegenheit, so ist die Tätigkeit des Pflegers auf diese gewiesen (vgl. auch § 1918). 2. Der Pfleger kann (aM. Richter 80 f.) Personenstandsklagen auch insoweit nicht erheben, als es sich dabei um Wahrnehmung vermögensrechtlicher Interessen handelt. In fast jede der Personenstandsklagen spielt ein Vermögensinteresse mit hinein, so daß die Grenzlinie zwischen Personenstandsklagen persönlichen und solchen vorwiegend vermögensrechtlichen Charakters oft völlig verwischt ist. III. Verfahren: a) 1. Die Zuständigkeit für die Einleitung richtet sich nach dem Zeitpunkt, in dem die Fürsorgenotwendigkeit hervortritt. 2. Für die Pflegschaft über einen Verschollenen, der keinen inländischen Wohnsitz mehr hat, bei dessen Aufgabe aber noch ein Deutscher war, ist, wenn sich infolge der langen Abwesenheit seine Staatsangehörigkeit nicht feststellen läßt, das Gericht des letzten inländischen Wohnsitzes zuständig (vgl. Art. 9 Abs. 1 EGBGB.). Die Tatsache, daß 10 Jahre lang keine Nachrichten von dem Abwesenden oder über ihn eingetroffen sind, erlaubt nicht, wie es OLG. 4 117 meint, den Schluß, daß dieser Zeitraum im Zweifel verstrichen sei, ohne daß der Abwesende einmal die Verjährung der Staatsangehörigkeit unterbrochen hätte. 3. Eine Bekanntmachung der Pflegschaftsanordnung ist, obwohl nicht geboten, dann empfehlenswert, wenn der Pfleger voraussichtlich mit einem großen Personenkreise zu kontrahieren hat, um ihm so seine Legitimation zu erleichtern. 4. Die Bestellung des Pflegers durch das LG. ist nichtig. AM. Scherer, Familienrecht 501. § 10 ZPO. kann wegen seines auf die streitige Gerichtsbarkeit beschränkten Geltungsgebiets nicht dagegen ins Feld geführt werden. b) Die Beschwerde des § 57 FGG. gegen ein die Abwesenheitspflegschaft betreffende Verfügung steht jedem Dritten mit rechtlichem Interesse zu. Die Ansicht von Dorner, FGG. § 57 Anm. 5, daß jedes berechtigte Interesse genüge, wird bekämpft. IV. Wirkungen: Dem Pflegebefohlenen bleibt die volle Geschäftsfähigkeit. Wenn Hölder (Nat. u. jur. Pers. 108 ff.) sie ihm für die dem Wirkungskreise des Pflegers unterstellten Angelegenheiten entziehen, im übrigen sie ihm belassen will, so läuft dies darauf hinaus, daß die Voraussetzung der Vormundschaft hier die Folge der Pflegschaft würde. V. Beendigung: Wie nach § 1918 die Abwesenheitspflegschaft für eine einzelne Angelegenheit, endet auch die für mehrere Einzelangelegenheiten kraft Gesetzes mit deren Erledigung. § 1918 mit seinem ipso-jure-Wegfalle der Pflegschaft ist nicht auch auf diejenige zu erstrecken, die einen Kreis von Angelegenheiten umfaßt.

3. Aus der Rechtsprechung. a) **RG.** WarnE. 4 94, R. **11** Nr. 529. Die Rechtswirksamkeit der von einem Abwesenheitspfleger oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtshandlungen wird wie nach früherem so auch nach jetzigem Rechte selbst dadurch nicht beeinträchtigt, daß sich hinterher heraus-

stellt, daß der Abwesende schon zur Zeit der Einleitung der Pflegschaft nicht mehr am Leben war. **b)** SeuffA. **66** 378 (Dresden). An der Anordnung und Aufhebung der Abwesenheitspflegschaft sind in der Regel nur der zu Vertretende, nicht aber, abgesehen von Ausnahmebestimmungen (FGG. § 57 insbes. Ziff. 3) diejenigen interessiert, welche mit dem Vertretungsbedürftigen rechtlich verkehren wollen oder müssen (Unger, BuschZ. **34** 292, 293). Daher kein Beschwerderecht der Ehefrau des Abwesenden, auch dann nicht, wenn auf ihre Anregung die Abwesenheitspflegschaft eingeleitet worden ist.

4. Beschlagnahmepflegschaft. **a)** R **11** 811 (KG.). Die Güterpflege, welche das Vormundschaftsgericht bei Beschlagnahme des Vermögens eines abwesenden Beschuldigten einzuleiten hat (§§ 334 Abs. 2, 332 StPO., §§ 361 Abs. 2, 360 MStGO.), dient nicht lediglich dem Interesse des Abwesenden, sondern auch dem öffentlichen Interesse. Gegen eine Verfügung, durch die das Vormundschaftsgericht die Einleitung der Güterpflege ablehnt oder eine nicht geeignete Persönlichkeit zum Pfleger bestellt, steht in Militärstrafsachen dem Gerichtsherrn, in anderen Sachen der Staatsanwaltschaft die Beschwerde zu (vgl. BayObLG. **10** 559). Die abweichende Ansicht (KG. v. 9. November 1905, Y. 1146. 05) ist aufgegeben. **b)** BayRpflZ. **11** 138 (BayObLG.). Bei der Beschlagnahmepflegschaft (§ 334 StPO.) tritt der Pfleger nicht, wie bei der gewöhnlichen Pflegschaft, neben den Pflegling, sondern an dessen Stelle und übt statt seiner, und zwar innerhalb der durch den Beschlagnahmezweck gezogenen Grenzen das Verwaltungs- und Verfügungsrecht aus. Der Pflegebefohlene selbst kann Rechtsgeschäfte über das mit Beschlag belegte Vermögen nicht mehr eingehen, ist also in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt (GruchotsBeitr. **29** 1112, **RG. 11** 188). Solche Verhältnisse sind nicht eintragungsfähig. **c)** OldenbZ. **38** 362 (Oldenburg). Die Beschlagnahmepflegschaft umfaßt auch das künftige Vermögen, insbesondere Pflichtteilsansprüche und macht den Fahnenflüchtigen insoweit rechtsunfähig.

5. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **9** Ziff. II 2 zu § 1911 — auch R. **11** Nr. 384.

§ 1912. 1. BayObLG. **12** 534, SeuffBl. **11** 771, BayRpflZ. **11** 427, ZBlFG. **12** 303, OLG. **24** 42, R. **11** Nr. 3200 (BayObLG.). Unter „künftigen Rechten der Leibesfrucht“ sind nur bestimmte, an anderen Stellen des BGB. oder sonstiger Gesetze ausdrücklich anerkannte Rechte zu verstehen, da das BGB. nicht, wie das römische Recht, allgemeine Rechtsvorbehalte zugunsten der Ungeborenen enthält. Der Unterhaltsanspruch des § 1708 BGB. gehört nicht dazu, da er erst mit der Geburt entsteht (vgl. RJA. 2 116 [KG.]).

2. OLG. **24** 43 (München). Abgesehen von bestimmten Fällen (z. B. §§ 844 Abs. 2, 1923) kommen der Leibesfrucht nicht, auch nicht beschränkt für den Fall der späteren Geburt, irgendwelche Rechte zu und können deshalb auch nicht verletzt werden.

§ 1913. 1. Pflegschaft für Nacherben (Ersatznacherben). ZBlFG. **11** 548 (Dresden). Die zu einer Verfügung des Vorerben erforderliche Zustimmung des Nacherben (§§ 2113, 2114) ist, wenn außer den erstberechtigten Nacherben Ersatznacherben vorhanden sind, durch einen nach § 1913 Abs. 2 zu bestellenden Pfleger zu erteilen (vgl. ZBlFG. **7** 827 — JDR. **6** Ziff. 2 a zu § 1913). Die Zustimmung derjenigen Personen, die als Nacherben berufen sein würden, wenn der Fall der Nacherbfolge zur Zeit der Verfügung einträte, reicht nicht aus, weil der Ersatznacherbe sofort mit dem Erbfall ein selbständiges, dem Rechte des vorberufenen Nacherben gleichartiges anwartschaftliches Recht erwirbt und daher die Zustimmung des vorberufenen Nacherben den Ersatznacherben nicht binden kann. Der Pfleger vertritt aber die sämtlichen und darunter auch die bereits vorhandenen Personen, die künftig einmal Nacherben werden.

2. SeuffBl. **10** 784, R. **11** Nr. 119 (KG). Zur Verfügung über eine Nachlaßhypothek bedarf der Pfleger unbekannter Nacherben in Ermangelung des Vorhandenseins eines Gegenvormundes der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

3. Zuständigkeit. R. **11** Nr. 387 (BayObLG.). Im Falle des § 1913 Satz 2 tritt das Bedürfnis der Fürsorge (§ 41 FGG.) in dem Gerichtsbezirke hervor, in dem die Eltern der als Nacherben eingesetzten Kinder ihren Wohnsitz haben. Vgl. auch WürttZ. **11** 203 (Stuttgart).

§ 1914. 1. Lindemann, R. **11** 90. Es bedeutet eine Überspannung des Schutzes der Gutgläubigkeit, wenn neuerdings, z. B. von Hölder (vgl. JDR. **9** Ziff. 2 b zu § 1914) einer persönlichen Haftung der Sammler das Wort geredet wird, während man bisher eine auf das Sammelvermögen beschränkte Haftung der Sammler annahm. Voraussetzung dieser beschränkten Haftung ist allerdings, daß dem Gegenkontrahenten beim Geschäftsschlusse hinreichend zum Bewußtsein gebracht wird, daß das Geschäft im Namen eines Sammelkomitees, das über ein bestimmtes, zu einem konkreten Zwecke zusammengebrachtes Vermögen verfügt, abgeschlossen wird. Es handelt sich dabei um eine Modifikation des Inhalts der von den Sammlern übernommenen Verbindlichkeit, die nicht auf Leistung schlechthin geht, sondern auf Leistung, soweit das Sammelvermögen ausreicht, ähnlich den Fällen der §§ 1990, 419 BGB. Die Möglichkeit einer solchen rechtsgeschäftlich beschränkten Haftung ist von **RG. 12** 229 und PucheltsZ. **37** 484 (Karlsruhe) anerkannt.

2. *Fischbach, RheinZ. **3** 276. Die Lösungsversuche Kohlers und Leonhards, das Sammelvermögen als konstruktive oder verkannte juristische Person aufzufassen, befriedigen nicht. Der Gedanke, das Sammelvermögen sei eine juristische Person des öffentlichen Rechtes, ist von der Hand zu weisen. Die Ansicht Seckels (Gutachten für den 30. DJT.) — JDR. **9** Ziff. 1 a zu § 1914 —, das Sammelvermögen sei de lege lata, und zwar in allen Fällen eine juristische Person, ist weder aus dem Wortlaute noch aus der Entstehungsgeschichte des § 1914 abzuleiten. Gegen diese Ansicht sprechen folgende Gründe: Die Formen des Stiftungsgeschäfts passen nicht auf das Sammelvermögen; auch der Gründungshergang ist ein anderer. In dem „Aufruf" zur Sammlung kann jedenfalls eine Satzung nicht erblickt werden; ferner wäre die Annahme der Entstehung einer juristischen Person durch den bloßen Aufruf jedenfalls dann als sehr merkwürdig zu bezeichnen, wenn dem Aufruf jeder Erfolg versagt bliebe. Wann soll aber die juristische Person überhaupt zur Entstehung kommen, mit Eingang der ersten Spende oder mit der Erreichung eines bestimmten ziffernmäßigen Betrags? Weiterhin käme man bei Zugrundelegung der Seckelschen Theorie wohl nicht um das Erfordernis der staatlichen Genehmigung bei der Gründung und der Genehmigung der einzelnen, 5000 M. übersteigenden Spende (Art. 86 EGBGB.) herum. Wird die Seckelsche Theorie von der juristischen Persönlichkeit des Sammelvermögens abgelehnt, so kann auch von dessen aktiver Parteifähigkeit, Grundbuchfähigkeit u. a. nicht mehr die Rede sein. — Wenn sich überhaupt aus § 1914 etwas für die rechtliche Konstruktion des Sammelvermögens oder des Sammlers ableiten läßt, so sind die Worte „wenn die zur Verwaltung und Verwendung berufenen Personen weggefallen sind" allein maßgebend. Aus diesen Worten läßt sich jedenfalls entnehmen, daß der Sammler ein „Recht" auf die Verwaltung und Verwendung des gesammelten Vermögens hat. Dieses Recht läßt sich analog dem Verwaltungs- und Nutznießungsrechte des Vaters, Ehemanns de lege ferenda als begrenztes dingliches Recht, und allgemein ausgedrückt als Treuhänderrecht kennzeichnen (so auch Krückmann, ACivPr. **103** 301). Von dieser dinglichen Seite ist die obligatorische streng zu unterscheiden (vgl. Fischbach, Sammel-

vermögen, JDR. 8 515). ⇒ Die Ansicht, daß das Spendungsgeschäft sui generis sei, das von der Schenkung wohl zu unterscheiden ist, dürfte jetzt wohl allgemein anerkannt sein. ⇐ Den Spendern (der Spendergemeinschaft) sind gewisse Rechte am Sammelvermögen geblieben, dagegen haben die Bedachten überhaupt keinen Rechtsanspruch auf Ausantwortung oder bestimmte Verwendung des gesammelten Vermögens.

3. *Münch, Das Sammelvermögen (1908). Öffentliche Sammlung ist eine von einer Einzelperson oder einer Personenmehrheit an eine Mehrheit von vornherein unbestimmter Personen, die nicht durch Beruf, persönliche Bekanntschaft, gemeinsame Interessen einen geschlossenen Personenkreis bilden, gerichtete Sammlung (4). Das hierdurch zusammengebrachte Vermögen, d. h. der erlangte Inbegriff geldwerter Gegenstände, ist ein Sammelvermögen, wenn es dazu bestimmt ist, dritten Personen zugeführt zu werden oder zur Ausführung eines Werkes zu dienen (3). Was die dinglichen Rechtsverhältnisse des Sammelvermögens anlangt, so ist es weder subjektloses Zweckvermögen, wie Brinz und Bekker meinen (9), da es ein solches im modernen Rechte nicht gibt, noch auch juristische Person (Dernburg, Isay, Kohler), da das Gesetz für die Erlangung der Rechtsfähigkeit durch juristische Personen einen positiven Rechtsakt fordert (11, 13). Unrichtig ist auch, daß das Eigentum an den Vermögensgegenständen den Sammlern zustehe, weder schlechthin (Puchta, Regelsberger, Crome, Endemann, Eck, Kiepert, Kleemann, Wolters), noch unter der fiduziarischen Klausel (Krückmann, Schultze). Denn hier wäre dem Sammelvermögen weder im Konkurse der Sammler, noch bei deliktischen Übergriffen von dieser Seite weder ein zivilrechtlicher, noch ein strafrechtlicher Schutz gewährt. Vielmehr bleibt das Eigentum an den gesammelten Gegenständen den Spendern, denen es zur gesamten Hand zusteht (37). Die Spender bilden in obligatorischer Beziehung eine Gesellschaft (48), bei welcher die Geschäftsführung den Sammlern übertragen wird. Der Gesellschaftsvertrag wird formlos, je nach den Umständen stillschweigend geschlossen (51). Auf dieser Grundlage regeln sich die Rechtsbeziehungen der beteiligten Personenkreise untereinander. Im Prozesse bildet das Vermögen nicht einen nicht rechtsfähigen Verein, wie Hellwig annimmt (56), es steht ihm aber die volle aktive und passive Parteifähigkeit zu (63). Gesetzliche Vertreter des Sammelvermögens sind, ebenso wie der nach § 1914 BGB. etwa zu bestellende Pfleger auch die ursprünglich zur Verwaltung und Verwendung berufenen Personen: die Sammler. Ihre Vertretungsbefugnis beruht nicht auf einem vermuteten Willen der Spender, sondern auf dem Gesetze selbst. Hiernach richtet sich also die Prüfung der Legitimation durch das Gericht (64). Die Pflegschaft ist nach § 1914 BGB. anzuordnen, wenn die zur Verwaltung und Verwendung berufenen Personen weggefallen sind. Das liegt nicht vor, wenn der Sammler seine Tätigkeit freiwillig aufgibt, weil er hierzu einseitig nicht berechtigt ist (66). Ferner nicht bei Konkurs der Sammler, bei Pflichtverletzung oder Unfähigkeit des Sammlers zur ordentlichen Geschäftsführung. Bei Bestellung eines Pflegers verbleibt das Eigentum an den gesammelten Beiträgen den Spendern, dagegen tritt der Pfleger in die obligatorische Rechtsstellung der Sammler ein.

§ 1918. 1. Abs. 3. *Levis, ZBlFG. **11** 698 f. Nicht alle für einzelne Angelegenheiten errichteten Pflegschaften enden kraft Gesetzes. So nicht die Pflegschaft zur Geltendmachung eines Anspruchs namens des Mündels, wenn der Pfleger den Anspruch vorläufig nicht geltend machen will. Hier kann die Pflegschaft gemäß § 1919 aufgehoben werden.

2. Aus der Rechtsprechung. a) Abs. 1. α. PosMSchr. **11** 40 (KG.). Ist einem Kinde ein Pfleger zur Wahrnehmung seiner Rechte gegenüber

seiner Mutter bei der Erbauseinandersetzung bestellt, so fällt mit der Beendigung der elterlichen Gewalt der Mutter die Vertretungsbefugnis des Pflegers weg, vielmehr hat dann der dem Kinde zu bestellende Vormund die Rechte des Kindes wahrzunehmen. Der Vormund ist nicht behindert, gegen den landgerichtlichen Beschluß, den der zur Zeit der Erhebung der Beschwerde dasselbe Kind vertretende Pfleger durch eben diese seine Beschwerde erwirkt hatte, weitere Beschwerde zu erheben, denn der Rechtsinhaber kann seinen auf sein Recht bezüglichen Willen jederzeit ändern und seiner Willensänderung durch Beschwerdeerhebung Wirkung verleihen. Vgl. ferner Ziff. 3 zu § 1829. β. Bay. ObLG. **12** 418. Die über die einzelnen Kinder nach § 1909 bestehende Pflegschaft endigt kraft Gesetzes mit der Volljährigkeit eines jeden Kindes, ohne daß es einer besonderen Entscheidung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Sind die Rechte des Volljährigen in Ansehung seines Erbguts insoweit, als sie durch die Geburt weiterer Geschwister geschmälert werden, auflösend bedingt, so steht gesetzlich nichts im Wege, daß die Verwaltung des Erbguts bei dem Pfleger der anderen Beteiligten belassen wird, der dann die Verwaltung zur Sicherung der Rechte der anderen Beteiligten weiterführt. b) Abs. 3. FürsZBl. **3** 166 (KG.). Die in einem Fürsorgeerziehungsverfahren zur Wahrnehmung der Rechte des Pflegebefohlenen eingeleitete Pflegschaft endigt nach § 1918 Abs. 3 ohne weiteres kraft Gesetzes und kann nicht dadurch weiterlaufen, daß es unterlassen worden ist, von dem Pfleger dessen Bestallung zurückzufordern.

§ 1919. 1. R. **11** 494 (BayObLG.). Eine Pflegschaft kann auch ohne Erlassung eines förmlichen Aufhebungsbeschlusses, wie er in der BayVormO. § 38 (JMBl. **00** 200) vorgesehen ist, aufgehoben werden, denn das Gesetz hat einen solchen Beschluß nicht vorgeschrieben.

2. Schneider, SeuffBl. **11** 121. Wenn § 38 BayVormO. vom 19. Januar 1900 bestimmt, daß die Pflegschaft auch in denjenigen Fällen, in denen sie kraft Gesetzes endigt, durch Beschluß aufgehoben werden soll, so kann und will diese Vorschrift das Reichsrecht nicht brechen und der dahin gehende Beschluß hat daher nicht konstitutive, sondern lediglich deklaratorische Bedeutung, enthält auch keine stillschweigende Entlassung des Pflegers. Ist der Pfleger bestellt worden, um bei der Erbauseinandersetzung dem überlebenden Elternteile die Erbschaft gegen Auszeigung eines Vater- oder Mutterguts zu überlassen, während der Elternteil die Erbschaftsschulden als Alleinschuldner übernimmt, so darf das Vormundschaftsgericht die Pflegschaft erst aufheben, wenn die Genehmigung der Nachlaßgläubiger zu der Schuldübernahme eingeholt und erteilt ist.

Fünftes Buch. Erbrecht.

Literatur: Weißler, DNotV. **11** 24, **12** 26, Rechtsprechung in Nachlaßsachen. — Kommentar: Staudinger (Herzfelder) BGB. V. Buch. Erbrecht. 5/6. Aufl. München 1911. — Lehrbücher: Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 5: Erbrecht, 3. Aufl. bearbeitet von Engelmann. Halle 1911. — Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrb. des bürgerlichen Rechts, Bd. II, Abt. 3: Erbrecht, 4./5. Aufl. von Kipp. Marburg 1911.

Erster Abschnitt. Erbfolge.

§ 1922. 1. *Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung (s. Vorbem. zu §§ 90 ff.). Die Universalsukzession beruht auf dem Übergange des Vermögens als Werteinheit, die die sämtlichen sie bildenden Gegenstände umfaßt, während es sich bei Verfügungen unter Lebenden gewöhnlich um eine „modifizierte Singularsukzession" handelt, d. h. neben dem vertraglich übertragenen dinglichen Rechte an

der Werteinheit bestehen für den Erwerber nur obligatorische Ansprüche auf Übertragung der die Werteinheit bildenden Gegenstände (98 f.).

2. Inhulsen, RheinARV. 29 41, Örtlich beschränkte Testamente, wirft die Frage auf, ob der aus dem römischen Rechte stammende Begriff der Universalsukzession noch für die moderne Zeit paßt, in welcher sehr oft Nachlaßstücke in verschiedenen Staaten hinterlassen werden, während das römische Erbrecht nur mit inländischen Nachlaßstücken zu rechnen hatte. Nach englischem Rechte ist es dem Testator vollkommen freigestellt, den von ihm ernannten Rechtsnachfolger auf eine bestimmte Zeit, auf einen bestimmten Gegenstand oder auf einen bestimmten Ort zu beschränken.

§ 1923. 1. PosMSchr. **11** 75 (Marienwerder). Ist eine Kirchengemeinde als Erbin eingesetzt, die nach Art. 86 EGBGB. erforderliche landesherrliche Genehmigung zum Erbschaftserwerb aber noch nicht erteilt, so ist ähnlich wie im Falle des § 1923 bis zur Erteilung oder Versagung der Genehmigung zwar eine Zeitlang ungewiß, wer der Erbe ist; ein Erbe ist aber auch hier sogleich mit dem Erbfalle gegeben und man kann nicht sagen, daß die Wirksamkeit des Berufungsgrundes selbst bedingt sei. Der Anfall der Erbschaft an die Kirchengemeinde (§ 1942) erfolgt aber erst mit der Erteilung der Genehmigung, wenn auch die Wirkung des Anfalls dann auf den Zeitpunkt des Erbfalls zurückbezogen wird. Zur Ausschlagung der Erbschaft ist die Kirchengemeinde schon vor Erteilung der Genehmigung befugt, wie sich aus § 1946 ergibt; der Lauf der Ausschlagungsfrist (§ 1944) beginnt nicht, bevor sie von der Erteilung der landesherrlichen Genehmigung Kenntnis erlangt hat.

2. KGJ. **40** A 25 (KG.). Die Notwendigkeit einer staatlichen Genehmigung (Art. 86 EGBGB.) macht den Erwerb von Todes wegen zu einem durch die Verweigerung der Genehmigung auflösend bedingten (KGJ. **31** A 59). Der Eintritt dieser Bedingung begründet jedoch abweichend von § 159 BGB. eine dingliche Rückwirkung. — Die Ausschlagungsfrist (§ 1944 Abs. 2) beginnt auch dann, wenn die Erbeinsetzung zu ihrer Wirksamkeit der staatlichen Genehmigung bedarf, mit dem Zeitpunkt, in dem der Erbe von dem Anfall und dem Berufungsgrunde Kenntnis erhält, nicht erst mit der Erteilung der Genehmigung. Vgl. auch zu Art. 86 EGBGB.

3. **RG.** JW. **11** 802, R. **11** 627, 708. Eine im Testament als Erbe berufene Person kann nach dem Eintritte des Erbfalls die Erbschaft zwar ausschlagen, aber sie kann sie in Preußen vor Erteilung der landesherrlichen Genehmigung (Art. 6 PrAGBGB.) zunächst nicht, auch nicht durch „Annahme“ erwerben.

§ 1931. Kretzschmar, ZBlFG. **12** 110. Die Witwe und die Halbschwester als die alleinigen gesetzlichen Erben des Erblassers beerben ihn je zur Hälfte.

§ 1932. 1. OLG. **24** 80, DJZ. **11** 988 (KG. III. ZS.). Ein ehelicher Haushalt besteht nicht nur, wenn die Ehegatten bei dem Tode des Erstversterbenden in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben. Im Falle des tatsächlichen Getrenntlebens der Eheleute ist als ehelicher Haushalt mindestens der letzte gemeinschaftliche Haushalt zu verstehen, so daß jedenfalls die in diesem befindlichen oder an deren Stelle getretenen Gegenstände zum Voraus gehören.

2. Enneccerus-Kipp, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, Erbrecht 20, Anm. 6. Die zum ehelichen Haushalte gehörigen Gegenstände können auch Rechte sein. Stände im Gesetze „Sachen“, so wäre ein Zweifel, ob Rechte zum Voraus gehören könnten, nicht ohne Grund. Sontag, DJZ. **09** 1141 — JDR. **8** lit. a zu § 1932 — verneint diese Möglichkeit, indem er sich mit Unrecht

auf Planck zu § 1932 Anm. 2 beruft. Insbesondere ist nicht zu bezweifeln, daß das Recht auf den Erwerb von Sachen, die der Erblasser auf Abzahlung genommen hat und die zum ehelichen Haushalte gehören, zum Voraus gehört. Ob das Recht auf Kündigung der Ehewohnung zum Voraus gehört (vgl. JDR. 8 lit. b zu § 1932), hängt vor allem davon ab, ob das Mietrecht in bezug auf diese Wohnung selbst zum Voraus gehört. Das bejaht mit Recht Neumann, Handausgabe a. a. O. Man darf nur nicht vergessen, daß das Recht auf den Voraus nur ein Forderungsrecht auf Abtretung gewährt, was Sontag in seiner Polemik verkennt.

3. Vgl. auch unten Ziff. 2 zu § 2027 (Auskunftspflicht des Erbschaftsbesitzers über den Voraus).

§ 1935. Langheineken, BayRpflZ. **11** 33, verteidigt unter Verwendung einer mathematischen Auslegungsmethode (des Stetigkeitsprinzips) die herrschende Ansicht, daß § 1935 BGB. auch Anwendung finde, wenn einer der durch den Wegfall erhöhten Erbteile infolge der Ausgleichungslast von vornherein überschwert oder wenn der wegfallende Erbteil an der Ausgleichungslast beteiligt, also selbst ausgleichungsbelastet ist.

§§ 1937, 1941. RG. R. **11** Nr. 1157. Die Übertragung eines Vermögens in notarieller Form mit der Bestimmung, daß der Übertragende, falls der Übernehmer vor ihm stürbe, das Vermögen zurück- und das Vermögen des Übernehmers dazu erhalte, enthält eine letztwillige Verfügung des Übernehmers und bedarf daher der im § 2233 vorgeschriebenen Form, gleichviel, ob man es dabei mit einer vertragsmäßigen (§§ 2276) oder mit einer nicht vertragsmäßigen letztwilligen Verfügung zu tun hat.

Zweiter Abschnitt. Rechtliche Stellung des Erben.

Erster Titel. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft. Fürsorge des Nachlaßgerichts.

Vorbemerkung. Der Berichtsstoff zu dem vorliegenden Titel ist diesmal spärlich. Die Rechtsverhältnisse der Nachlaßpflegschaft (§ 1960) haben die Rechtsprechung wieder am meisten beschäftigt. Die Anfechtung der Erbschaftsausschlagung wegen Irrtums bildet den Gegenstand einer ausführlichen Entsch. des KG. (zu § 1956). — Reichel (vgl. die Selbstberichte zu §§ 1958, 1961) gibt eine systematische Darstellung der Rechtsstellung des vorläufigen Erben, d. h. desjenigen, der zur Erbschaft berufen ist, sie aber noch ausschlagen kann (§§ 1943, 1949, 1954, 1956), in den von ihm zu führenden Aktiv- und Passivprozessen, bei der Aufnahme von Prozessen des Erblassers und bei der Zwangsvollstreckung (Aktiv-, Passivvollstreckung, Konkurs).

Literatur: Reichel, Prozesse des vorläufigen Erben (Abdruck aus der Festschrift für A. Thon). Jena 1911. (Mit Selbstbericht des Verf.)

§ 1942. ElsLothNotZ. **11** 19, DJZ. **11** 975 (Colmar). (Mitteilung und Besprechung durch Oppler.) Da die mit dem Tode des Erblassers auf den Erben übergegangene Erbschaft nur eine einstweilige und von der Annahme des Erben bedingte ist, so verfügt der Erbe durch die Ausschlagung der Erbschaft nicht über seinen Erbteil (**RG. 54** 289). Die Ausschlagung verstößt deshalb auch nicht gegen die gemäß § 326 StPO. verfügte Vermögensbeschlagnahme.

§ 1943. 1. BayObLG. **12** 35, BayNotZ. **11** 96, R. **11** Nr. 765 (BayObLG.). Wenn der Nachlaßrichter die (irrige) Meinung ausspricht, in einem (altrechtlichen) Erbverzicht zugunsten einer bestimmten Person sei eine Erbschaftsannahme zu erblicken, so bewirkt die Nichterhebung eines Widerspruchs gegen das dementsprechend abgefaßte Protokoll noch keine Erbschaftsannahme. Vgl. auch unten zu § 2346.

2. BayObLG. **12** 401, SeuffBl. **11** 636, OLG. **24** 61 Anm. 1, BayRpflZ. **11** 318, BayNotZ. **11** 96, R. **11** Nr. 2580 (BayObLG.). Eine Erbschaftsannahme mittels

schlüssiger Handlungen kann auch in der Aneignung einzelner Wertsachen erblickt werden, wenn dadurch der Wille, die Erbschaft als eigenes Vermögen zu behandeln, zum Ausdrucke gebracht wird.

3. **RG.** HessRspr. **12** 138. Auf eine dem Nachlaßgerichte gegenüber abgegebene Ausschlagungserklärung ist § 117 BGB. nicht anwendbar, dagegen ist die Ausschlagung unwirksam, wenn der Ausschlagende bereits vorher ausdrücklich oder stillschweigend die Erbschaft angenommen hat. Eine solche ist nicht schon in dem von ihm den Miterben gegenüber erklärten oder an den Tag gelegten Verlangen, daß er seinen Erbteil ganz haben wolle, zu finden, wenn damit das Verlangen ausgedrückt sein kann, mit einem dem schließlichen Werte des Erbteils gleichkommenden Betrage abgefunden zu werden und gegen die Miterben einen bloß schuldrechtlichen Anspruch auf diesen Betrag zu erwerben oder auch eine in das wohlwollende Ermessen der Miterben gestellte Abfindung für die Ausschlagung der Erbschaft zu erhalten.

§ 1944. 1. SchlHolstAnz. **11** 193 (LG. Flensburg). Das Wahlrecht des Art. 46 § 3 PrAGBGB. geht für den überlebenden Ehegatten durch Ablauf der Frist auch bei Unkenntnis seines Rechtes verloren.

2. Vgl. auch oben Ziff. 1—3 zu § 1923.

§ 1945. ElsLothNotZ. **11** 286 (LG. Zabern). Der § 1945 Abs. 2 verlangt nicht die Beifügung der Urschrift einer öffentlich beglaubigten Vollmacht zu den Gerichtsakten, es genügt, wenn sie der notariellen Ausschlagungsurkunde angeheftet ist und eine Ausfertigung eingereicht wird.

§ 1947. 1. *Stützel, Erbschaftsausschlagung zugunsten eines anderen und Steuerpflicht, Bl. f. d. Bay. Finanzwesen **11** 41 ff. Die dem § 1947 zuwiderlaufende bedingte Erbschaftsausschlagung zugunsten eines anderen (eines „Dritten" ist sprachlich unrichtig) wird von einer Seite (Strohal, Planck, Staudinger u. a.) als schlechtweg wirkungsloses und nichtiges Rechtsgeschäft erklärt; nach anderer Meinung (Fischer-Henle) kann in ihr unter Umständen eine Annahme der Erbschaft unter gleichzeitiger Verfügung über die Erbschaft liegen. Je nach der einen oder anderen Auffassung entsteht für die Beteiligten eine verschiedene Gebühren- und Steuerpflicht (BayGebG., RErbschStG.). Den Nachlaßrichtern und Steuerbehörden wird empfohlen, sich der zweiten Meinung anzuschließen. Die Annahme, daß ganz allgemein jede bedingte Erbschaftsausschlagung zugunsten eines anderen als Annahme der Erbschaft unter gleichzeitiger Verfügung über sie anzusehen sei (A. Hoffmann, U. Hoffmann [2]), ist abzulehnen.

2. PosMSchr. **11** 154 (KG.) — bereits JDR. **7** zu § 1947 BGB. — Die Ausschlagung einer Erbschaft zugunsten eines Dritten ist als bedingte Ausschlagung (§ 1947) unwirksam und nicht geeignet, dem Erklärenden die Eigenschaft als Erben zu nehmen. Nur dann würde die Ausschlagung als gültig angesehen werden können, wenn der Dritte schon nach § 1953 Abs. 2 als alleiniger nächstberechtigter Erbe an die Stelle des Ausschlagenden tritt, da in diesem Falle die Erklärung als bloße Angabe des Beweggrundes aufgefaßt werden könnte, durch die, wenn sie auch überflüssig ist, doch die Gültigkeit der Ausschlagungserklärung nicht beeinträchtigt wird. Die Erklärung, eine Erbschaft zugunsten eines bestimmten Dritten auszuschlagen, kann daher regelmäßig nur dann rechtliche Wirkungen äußern, wenn sie sich als Angebot an den Dritten auf Veräußerung der Erbschaft oder des einzelnen Erbteils (§ 2033) auffassen läßt. Soweit dies der Fall ist, liegt in Wahrheit keine Ausschlagungserklärung vor, vielmehr läßt das Angebot der Veräußerung den Willen des Erklärenden erkennen, über die Erbschaft im ganzen zu verfügen.

§ 1956. OLG. **24** 61 (KG.). Die Voraussetzungen, unter denen eine Anfechtung der Erbausschlagung zulässig ist, bestimmen sich nach allgemeinen Grund-

sätzen (§ 119 BGB.). Hiernach liegt die Abgabe einer nicht gewollten Erklärung nur vor, wenn dem Erklärenden bei seiner Unterschrift der Wortlaut der Erklärung nicht bekannt gewesen ist und er geglaubt hat, die Erklärung laute anders, als es in Wirklichkeit der Fall gewesen ist. Ferner handelt es sich nicht um einen Irrtum über den Inhalt der abgegebenen Erklärung, wenn der Ausschlagende sich die Rechtsfolgen anders vorgestellt, insbesondere angenommen hat, sein Erbteil gehe infolge seiner Erklärung auf seine Mutter über (Irrtum im Beweggrunde). Ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung würde nur vorliegen, wenn der Ausschlagende geglaubt hätte, seine Erklärung besage nicht, daß er nicht Erbe sein wolle, sondern etwas anderes, sie sei beispielsweise die Übertragung eines Erbteils (KGJ. **35** A 70).

§ 1958. *Reichel, Prozesse des vorläufigen Erben. 1. Der vorläufige Erbe ist zu Aktivprozessen (actio) legitimiert (6 ff.). Eine pro-herede-gestio braucht in solcher Prozeßführung nicht zu liegen (15 ff.). Indes kann er, abgesehen von Eilfällen (§ 1959 Abs. 2), in der Regel nicht auf Leistung an sich selbst, sondern nur auf Hinterlegung für oder auf Leistung an den Definitiverben klagen (22). Der vom vorläufigen Erben Verklagte kann mit einer Gegenforderung gegen den Nachlaß aufrechnen; diese Aufrechnung muß gemäß § 1959 Abs. 3 auch der Nachberufene gegen sich gelten lassen (25 ff.). 2. Die Passivlegitimation fehlt dem vorläufigen Erben, insoweit ein Anspruch eingeklagt ist, der sich gegen den Erben als solchen richtet (Erblasserschuld, Erbfallsschuld), mit anderen Worten insoweit mit der Klage ein angebliches Nachlaßpassivum oder das Nichtbestehen eines angeblichen Nachlaßaktivums behauptet wird. Insbesondere also dann, wenn a) die Klagebegründung schlüssigkeitshalber auf den Erbfall Bezug nimmt; b) Gegenstand des Prozesses die Frage ist, ob ein gewisses Recht dem Nachlaß oder dem Kläger zusteht; c) mit der Klage die Feststellung des Nichtbestehens eines angeblich dem Nachlasse zustehenden Rechtes begehrt wird (43). Die Einlassung auf die Klage braucht keine pro-herede-gestio zu enthalten; selbst Anerkenntnisse und Vergleiche können unschädlich sein (47).

§ 1960. I. Voraussetzung der Nachlaßpflegschaft. 1. KGJ. **40** A 25 (KG.). Ist zum Erwerb einer Erbschaft staatliche Genehmigung erforderlich, so kann bis zur Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung mit Rücksicht auf das Schwebeverhältnis, wer endgültig Erbe sein werde, eine Nachlaßpflegschaft angeordnet werden. Vgl. auch Ziff. 2 zu § 1923.

2. OLG. **24** 50 (KG.). Die Voraussetzung der Anordnung einer Nachlaßpflegschaft ist weggefallen, wenn es lediglich von der Feststellung der Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Testaments abhängt, wer von den Streitteilen zur Erbschaft berufen sei, während die Streitteile selbst dadurch, daß sie sich auf den Prozeß eingelassen und Anträge bei dem Nachlaßgerichte gestellt haben, stillschweigend die Erbschaft angenommen haben (KGJ. **33** A 84). Soweit es noch einer Sicherung oder Verwaltung des Nachlasses bedarf, ist dafür auf Betreiben der Parteien durch einstweilige Verfügungen des Prozeßgerichts zu sorgen.

II. Rechtsstellung des Nachlaßpflegers. 1. *Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung (s. Vorbem. zu §§ 90 ff.). Die Nachlaßpflegschaft ist Verwaltung eines Vermögens, nicht Vertretung eines Subjekts oder gar einer Masse (80 ff.).

2. R. **11** Nr. 3102 (KG.). Der Nachlaßpfleger ist nicht befugt, Prozesse über das Erbrecht zu führen, Beschwerde gegen eine die Gültigkeit der Erbschaftsausschlagung betreffende Entscheidung des Nachlaßgerichts einzulegen, den Antrag auf Erteilung eines Erbscheins zu stellen oder gegen eine im Erbscheinsverfahren ergangene Entscheidung des Nachlaß- oder Beschwerdegerichts Beschwerde einzulegen.

3. Vgl. auch unten Ziff. I 2 zu § 2353 (Keine Befugnis des Nachlaßpflegers zur Erwirkung eines Erbscheins in Ansehung des Erbfalls, der die Nachlaßpflegschaft erforderlich gemacht hat).

III. Rechtslage nach Aufhebung der Nachlaßpflegschaft. 1. OLG. **23** 313, R. **11** Nr. 207 (Braunschweig). Die Gerichte sind nicht verpflichtet, nach Aufhebung der Nachlaßpflegschaft Rechtshilfe zur Aushändigung des Nachlasses zu leisten; denn es handelt sich hierbei um eine Privatsache der Beteiligten.

2. KGJ. **40** A 41, OLG. **23** 364 Anm. 1. Dem Nachlaßpfleger steht gegen den Beschluß des Beschwerdegerichts, durch den die Anordnung der Nachlaßpflegschaft aufgehoben wird, die weitere Beschwerde nicht zu, da er ein eigenes Recht auf die Fortdauer der Pflegschaft (§ 20 FGG.) nicht hat und zur Wahrnehmung der Rechte der von ihm Vertretenen nicht mehr berufen ist (§ 57 FGG.). Das gleiche gilt für andere Fälle einer lediglich die Vermögensangelegenheiten betreffenden Pflegschaft und für die vorläufige Vormundschaft (KGJ. **25** A 188, RJA. **3** 172).

§ 1961. *Reichel, Prozesse des vorläufigen Erben: (51) Der Pfleger kann bestellt werden ausschließlich zu dem Zwecke, in einem bestimmten Prozesse den beteiligten Erben zu vertreten. Sein Amt endigt solchenfalls mit der rechtskräftigen Beendigung dieses Prozesses von selbst (§ 1918 Abs. 3).

Zweiter Titel. Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten.

Vorbemerkung: Im Anschluß an zwei über die Beerdigungskosten (Umfang und Haftung) sich verhaltende Entscheidungen wird (bei § 1968 unter Ziff. 3) eine interessante Entsch. des KG. mitgeteilt, welche sich mit der Frage befaßt, welche Ansprüche die nächsten Erben des Erblassers gegen den Errichter des ihrem Erblasser gesetzten Denkmals haben, der in der Aufschrift sie (die Witwe und die Kinder des Erblassers) nicht an erster Stelle erwähnt hat. — Das OLG. Braunschweig erörtert (Ziff. 2 zu § 1978) eingehend die Rechte und Pflichten des Erben (Miterben), der vor der Eröffnung des Nachlaßkonkurses den Nachlaß verwaltet hat. — Das OLG. Marienwerder wendet sich (Ziff. 4 c zu § 1990) gegen die überwiegend vertretene Meinung, daß im Falle des § 1990 der in Anspruch genommene Erbe des Schuldners durch den Nachweis, daß kein Nachlaß vorhanden sei, nicht nur seine Verurteilung unter Vorbehalt der beschränkten Haftung, sondern auch die Abweisung der Klage erlangen könne, indem die hierzu erforderlichen Feststellungen nicht als zu den Aufgaben des Prozeßgerichts gehörend angesehen werden, besonders wenn anfechtbare Vermögensschiebungen des Erblassers aufgedeckt werden. — Das **RG.** tritt (zu § 1992) der in der Literatur vertretenen Ansicht entgegen, die den § 1992 auch auf den Fall bezieht, daß die Überschuldung des Nachlasses nicht bloß auf Vermächtnissen, sondern auch auf sonstigen Nachlaßverbindlichkeiten beruht. Im übrigen hat das **RG.** sich nur noch zu § 2002 (über die Notwendigkeit der Unterschrift des Nachlaßinventars durch den Erben oder dessen Bevollmächtigten) ausgesprochen. — Zu §§ 2014, 2015 hat das OLG. Stuttgart die Frage der Zinspflicht im Falle der Geltendmachung der aufschiebenden Einreden, insbesondere auch in Ansehung des Pflichtteilsanspruchs, eingehend erörtert. — Einen Beitrag zur Auslegung des § 2007 Satz 2 BGB. hat Langen in ArchBürgR. **36** 29 (vgl. dort den Bericht) beigesteuert.

I. Nachlaßverbindlichkeiten.

§ 1967. 1. **RG.** JW. **11** 447, WarnE. **4** 260 (263), R. **11** Nr. 1579. Zu den Erblasserschulden im Sinne von § 1967 Abs. 1 ist auch die Verpflichtung des Erblassers aus einer Kreditbürgschaft, auch bezüglich des künftigen Kredits, bis zur Aufkündigung zu rechnen; denn der Entstehungsgrund der Ver-

pflichtung war schon zu Lebzeiten des Erblassers gegeben und damit ein Rechtsverhältnis, das auf den Erben übergeht, wenngleich der Erblasser vor der vollständigen Verwirklichung des Verpflichtungstatbestandes gestorben ist.

2. OLG. **22** 371 (Braunschweig) schließt sich der herrschenden Ansicht (*Gaupp-Stein* II zu § 780 ZPO.) an, wonach der wegen einer Nachlaßschuld verklagte und sowohl in der Hauptsache wie im Kostenpunkte verurteilte Erbe bezüglich der *Kostenverpflichtung* auch mit seinem *eigenen* Vermögen hafte.

§ 198. 1. OLG. **24** 81 (KG. XIV. ZS.). § 1968 verpflichtet nicht den Erben zur *Beerdigung* des Erblassers — hierüber bestimmt das öffentliche Recht —, nur *die Kosten* hat er zu tragen. Diese Verpflichtung ist damit als *Nachlaßverbindlichkeit* anerkannt, und zwar demjenigen gegenüber, der das Begräbnis aus irgendeinem Grunde *besorgt*. Aus solchen Rechtsgeschäften, die er mit Dritten abschließt, ohne die Haftung auf den Nachlaß zu beschränken, bleibt der Erbe *persönlich* verpflichtet, doch erwirbt der Dritte daraus auch gegen den *Nachlaß* Ansprüche. Vgl. auch unten Ziff. 2 zu § 2287.

2. OLG. **24** 63, 64 (Stettin). Die Frage, ob zu den Kosten einer standesmäßigen Beerdigung auch die Kosten gehören, die durch die *Überführung der Leiche* nach einem *entfernteren Orte* entstehen, läßt sich nur nach der Lage des einzelnen Falles beantworten. So kann auch bei Leuten geringeren Standes der Familiensinn so ausgeprägt sein, daß sie großen Wert darauf legen, nach dem Tode auf einem gemeinsamen Begräbnisplatze mit den Ihrigen vereint zu sein.

3. OLG. **22** 180 (KG. XX. ZS). Haben die Erben (Witwe und Kind) des Erblassers dessen Geschwistern erlaubt, ein *Denkmal* auf der Begräbnisstätte des Erblassers zu errichten, so geschah dies unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß die Ausführung *standesgemäß*, mindestens in *verkehrsüblicher* Weise geschehen werde, also in der Weise, daß in der *Aufschrift* der Sitte gemäß in erster Reihe die *Witwe* und das *Kind* Erwähnung finden würden. Die Verletzung dieser Verpflichtung gibt den Erben das Recht (aus dem Vertrage), die entsprechende *Änderung der Aufschrift* oder die *Entfernung des Grabsteins* zu verlangen. Dahingestellt gelassen wird, ob dieser Anspruch nicht auch aus § 823 BGB. herzuleiten wäre.

II. Aufgebot der Nachlaßgläubiger.

§ 1970. OLG. **24** 64 (Hamburg). In der Anmeldung eines *Teiles* einer Forderung in dem Aufgebote der Nachlaßgläubiger liegt kein *Verzicht* auf den *Rest*. Die Nichtanmeldung eines Teiles der Forderung hat keine andere Wirkung, als die Nichtanmeldung der ganzen Forderung, d. h. der Gläubiger kann Befriedigung von dem Erben nur insoweit verlangen, als nach Befriedigung der Gläubiger, die ihre Forderung angemeldet haben, noch ein Überschuß verblieben ist.

§ 1973. 1. KGBl. **11** 34 (KG. XIV. ZS). Nach **RG. 61** 221 — IDR. **4** Ziff. 2 zu § 1973 — hat bei einer Nachlaßverwaltung der ausgeschlossene Nachlaßgläubiger mit seiner Befriedigung bis zur ordnungsmäßigen Aufstellung eines Verteilungsplans und Verteilung des Nachlasses nach diesem zu *warten*. Dann ist aber die Zwangsvollstreckung bis zur Aufstellung oder zur Ausführung des Verteilungsplans für den beim Aufgebot ausgeschlossenen Gläubiger ausgeschlossen. Das gemäß § 1973 Abs. 2 ergehende Urteil geht in seinen Wirkungen über ein Feststellungsurteil hinaus, weil es mindestens das *Vorrecht* vor den übrigen ausgeschlossenen Gläubigern schafft (§ 1973 Abs. 2 Satz 3) und die sofortige Vollstreckung in den Überrest nach Aufstellung des Verteilungsplans ermöglicht. Darüber, ob der *Nachlaßverwalter* die Aufstellung des Verteilungsplans und die zu seiner Aufstellung erforderlichen Maßnahmen, insbesondere die Verwertung der Nachlaßgegenstände

pflichtwidrig unterlassen hat, hat nicht das Prozeßgericht, sondern das Nachlaßgericht zu entscheiden (RG. 72 263, JDR. 8 zu § 1985).

2. *Schmidt-Rimpler, Eigentümerdienstbarkeit. § 1991 Abs. 2 ist auch hier entsprechend anzuwenden (134).

III. Beschränkung der Haftung des Erben.

§§ 1975 ff. *Schmidt-Rimpler, Eigentümerdienstbarkeit, Exkurs 136 bis 156. Die Haftung des Erben ist grundsätzlich, d. h. ohne besondere Voraussetzungen, nur, weil der Erbe Erbe ist, unbeschränkt, weder cum noch pro viribus beschränkt. Der Wortlaut des Gesetzes ist in dieser Beziehung klar, weil § 2013 ausdrücklich erklärt, daß die Wendung „der Erbe hafte unbeschränkt" in der gesetzlichen Terminologie eine besondere Bedeutung hat, nämlich die, daß er im Sinne des § 2013 unbeschränkbar hafte; die Form dieser gesetzlichen Erklärung: „Haftet der Erbe unbeschränkt, so finden die §§ .... keine Anwendung", spricht dafür, daß das Gesetz eine Begriffsbestimmung in der Tat geben will, da es sich fast regelmäßig in dieser, an sich allerdings schiefen Weise ausdrückt, wie z. B. §§ 217 mit 208, 202 mit 205, 126, 292, 389, 1627, 1678, 1757 ergeben (141—144). Verf. stellt weiter kritisch die wider die grundsätzlich unbeschränkte Haftung vorgebrachten sachlichen Gründe dar und entwickelt die für sie sprechenden (144—156).

§ 1976. *Schmidt-Rimpler, Eigentümerdienstbarkeit. Der Gedanke der cum viribus beschränkten Haftung läßt ohne weiteres die Aufhebung der rechtsvernichtenden Konfusionswirkung als richtig erscheinen, ohne daß die Separation der Nachlaßmasse herangezogen zu werden braucht (128 ff.). Wenn der Nachlaßkonkurs eröffnet oder die Nachlaßverwaltung angeordnet ist, so stellt sich heraus, daß die Dienstbarkeit — nur der Nießbrauch kommt als solche in Frage — als wahres dingliches Recht fortbesteht und vom Erbfall an fortbestanden hat. Der hiernach eintretende Schwebezustand entbehrt der ausdrücklichen Regelung: es ist zunächst, ehe Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs vorliegt, der Nießbrauch als erloschen zu behandeln, und wenn der Erbe dingliche Rechte an der Sache neu bestellt, schließen diese ihn auch im Rahmen des Nießbrauchs aus; wenn aber Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs eintritt, geht der — nunmehr als fortbestehend sich ergebende — Nießbrauch diesen Rechten — vorbehaltlich der Bestimmungen über den guten Glauben — vor (132), ein Ergebnis, das de lege ferenda unzutreffend scheint (129); auch besteht er dauernd fort, was ebenfalls nicht zu billigen ist (133).

§ 1978. 1. *Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung (s. Vorbem. zu §§ 90 ff.). Die im § 1978 vorgesehene Haftung des Vermögenssubjekts aus der Verwaltung seines Vermögens gegenüber dessen Gläubigern ist keine Ausnahme, sondern ein Grundsatz, der Ausdehnung auf alle analogen Fälle verlangt (43).

2. OLG. **24** 64 (Braunschweig). Wenn über einen Nachlaß der Konkurs eröffnet wird und der Erbe noch nicht unbeschränkt haftet, wird der Nachlaß von dem sonstigen Vermögen des Erben getrennt, und zwar auch mit Wirkung für die Vergangenheit. Der Erbe wird so behandelt, als habe er fremdes Vermögen für die Nachlaßgläubiger verwaltet, und zwar seit der Erbschaftsannahme als Beauftragter, vorher als Geschäftsführer (§ 1978 Abs. 1). Als solcher muß er alles herausgeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat (§§ 667, 681), und für diese Eigenverbindlichkeit haftet er unbeschränkt, wenn auch im übrigen seine Haftung beschränkt ist. Der den Nachlaßgläubigern zustehende Anspruch auf Erfüllung dieser Verbindlichkeit gilt als „zum Nachlasse gehörend" (§ 1978 Abs. 2). Andererseits sind dem Erben seine Aufwendungen „aus dem Nachlasse" zu ersetzen. Er ist also Nachlaßgläubiger, und zwar nach § 224 Ziff. 1 KO. Massegläubiger. Sind mehrere Erben vorhanden, so läßt sich ihre gesamtschuldnerische Haftung auf Herausgabe nicht auf § 2058, sondern nur auf § 427 BGB. stützen, soweit nicht unerlaubte Handlungen vorliegen. Der Anspruch

auf Ersatz ihrer Aufwendungen andererseits steht den Miterben nicht nach den Grundsätzen der Erbengemeinschaft zur gesamten Hand, sondern, da es sich um eine teilbare Leistung handelt, anteilsweise zu (§ 420). Hat nur einer von ihnen Aufwendungen gemacht, so steht ihm allein der Erstattungsanspruch zu.

§ 1981. 1. *Reichel, Prozesse des vorläufigen Erben 63 ff. Die Nachlaßverwaltung ist schon vor der Erbannahme zulässig (vgl. § 216 KO.). Auch der vorläufige Erbe kann sie beantragen.

2. OLG. **24** 66 (Colmar). Geht die Behauptung des Nachlaßgläubigers dahin, daß durch die Vermögenslage der Erben oder durch unwirtschaftliche Verwaltung die Befriedigung der Nachlaßgläubiger gefährdet werde, so hat das Nachlaßgericht nach § 12 FGG. die erforderlichen Feststellungen zu treffen.

§ 1984. KGBl. **11** 126 (KG. XVIII. ZS). Der Umstand, daß über einen Nachlaß eine Nachlaßverwaltung angeordnet ist, hindert auch bei Unzulänglichkeit des Nachlasses nicht die Aufrechnung mit solchen Nachlaßforderungen, die der Nachlaßschuldner erst nach Einleitung der Nachlaßverwaltung erworben hat. Erst mit der Eröffnung des Konkurses tritt die konkursrechtliche Wirkung ein, daß die Gläubiger ihre Befriedigung nur anteilsmäßig fordern dürfen.

§ 1985. 1. SächsRpflA. **11** 492 (Dresden). Der Nachlaßverwalter ist der Träger eines Amtes und hat als solcher, wenn ein Dritter, der im Falle der Ungültigkeit des Testaments Miterbe sein würde, die Gültigkeit des von dem Erblasser errichteten Testaments bestreitet, ein rechtliches Interesse daran, daß im Verhältnisse zwischen ihm und dem Dritten die Gültigkeit des Testaments festgestellt werde, insbesondere um nicht einen Erstattungsanspruch des Dritten befürchten zu müssen, wenn er im Vertrauen auf die Gültigkeit des Testaments die darin ausgesetzten Vermächtnisse auszahlt. Hieran ändert der Umstand nichts, daß ein Testamentsvollstrecker bestellt ist, denn dessen Obliegenheiten sind zwar durch die Anordnung der Nachlaßverwaltung nicht aufgehoben, aber doch in den hier wesentlichen Punkten zunächst auf den Nachlaßverwalter übergegangen.

2. Abs. 2. *Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung (s. Vorbem. zu §§ 90 ff.). Die gleichmäßige Haftung des Verwalters gegenüber dem Erben und den Nachlaßgläubigern beweist die gläubigerähnliche Stellung des verwaltungsberaubten Erben gegenüber dem Nachlasse (83).

§ 1988. Melsbach, DNotV. **11** 671. Ist voraussichtlich die Masse nicht genügend, die Kosten eines Konkursverfahrens zu decken, so bleibt (vgl. § 1988 Abs. 1 BGB.) die Nachlaßverwaltung fortbestehen, und dem Grundsatze der Gläubigerkonkurrenz entspricht eine Verteilung des Nachlasses unter die Gläubiger nach Verhältnis ihrer Forderungen unter Einräumung eines Vorranges für die Vergütung des Nachlaßverwalters (§ 1987) und die sonstigen Kosten des Verfahrens.

§ 1990. 1. *Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung (s. Vorbem. zu §§ 90 ff.). Die beschränkte Haftung beruht hier — wie stets — auf einer Verwaltungsseparation zwischen Privatgut und Sondergut, indem tatsächlich die Verwaltung des Nachlasses auf den Gläubiger übertragen wird (83 ff.). — Diese Übertragung geschieht auf Grund einer Pfändung des Nachlasses, als eines Vermögens im ganzen, analog der Pfändung des Erbteils, die die Grundlage der Miterbenhaftungsbeschränkung nach § 2059 ist (126 ff.).

2. **RG.** R. **11** Nr. 3916. Für die Entscheidung, ob die Voraussetzung des § 1990 zutrifft, ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs des Nachlaßgläubigers maßgebend.

3. SeuffA. **66** 280, ThürBl. **11** 36 (Jena). Der Vorbehalt der Beschränkung der Haftung bezieht sich auf die Prozeßkosten nur insoweit, als sie in der Person des Erblassers entstanden waren. Wenn dagegen die Erben eine

prozessuale Lage entstehen lassen, die zur Folge hat, daß ihnen als der unterliegenden Partei nach § 91 ZPO. die Kosten auferlegt werden, so ist diese Folge durch ihre eigenen Handlungen oder Unterlassungen verursacht, die in keiner Weise mehr mit dem Verhalten des Erblassers in Verbindung gestanden haben.

4. Klagabweisung im Falle der Erschöpfung des Nachlasses? a) FrankfRundsch. **11** 165 (Frankfurt). Der von einem Nachlaßgläubiger belangte beschränkt haftende Erbe kann die Abweisung der Klage auf Grund der Einrede der Erschöpfung des Nachlasses beantragen; ihn trifft aber die Beweislast. b) Ebenso OLG. **24** 67 (München). c) Dagegen SeuffA. **66** 240 (Marienwerder). Die überwiegend vertretene Meinung, daß der vom Gläubiger in Anspruch genommene Erbe des Schuldners durch den Nachweis, es sei kein Nachlaß vorhanden, Abweisung der Klage, nicht nur Verurteilung unter Vorbehalt der beschränkten Haftung erlangen könne, wird nicht gebilligt. Die (unter Umständen langwierige und unvollständige) Feststellung etwa vorhandener Befriedigungsmittel ist nicht Aufgabe des Prozeßgerichts, sondern betrifft die Durchführung des Anspruchs und gehört in das Zwangsvollstreckungsverfahren. Nach der herrschenden Meinung müßte aber auch die Klage abgewiesen werden, wenn anfechtbare Vermögensschiebungen des Erblassers aufgedeckt würden, denn die durch anfechtbare Geschäfte entzogenen Vermögensstücke gehören nicht mehr zum Nachlasse, sondern werden nur bezüglich der Zwangsvollstreckung für den anfechtenden Gläubiger als zum Nachlasse gehörig behandelt (§ 7 AnfG.).

5. Vgl. auch unten Ziff. 4 zu §§ 2058, 2059 (Geltendmachung der Erschöpfungseinrede durch Vollstreckungsgegenklage).

§ 1991. *Schmidt-Rimpler, Eigentümerdienstbarkeit. Die Anwendung des Paragraphen führt hinsichtlich eines konfundierten Nießbrauchs zu folgenden Ergebnissen: Soweit der Nießbraucher, der die Sache ererbt hat, auf den Nießbrauch nur die Weigerung stützen will, die Sache zum Zwecke der Zwangsversteigerung herauszugeben, beschränkt sich die Wirkung des § 1991 darauf, ihn mit dieser Weigerung durchdringen zu lassen, ohne daß der Nießbrauch in Wahrheit fortbesteht. Ist dagegen die Sache für den Nachlaßgläubiger zur Zwangsversteigerung gelangt und würde der Nießbrauch an ihr, wenn er dem Erben-Eigentümer zugestanden hätte, fortdauern, so ist der Nießbrauch als wahrhaft fortbestehend zu behandeln: mit Wirkung gegen jedermann steht er als wahres dingliches Recht nunmehr dem Erben-Nießbraucher zu, geht allerdings den Rechten Dritter, die der Erbe inzwischen bestellt hat, nach (133 f.). Macht der Erbe von dem Ablösungsrechte des § 1992 Gebrauch, so ist nur bei der Wertberechnung das Eigentum unter Abzug des Nießbrauchswerts in Ansatz zu bringen (134).

§ 1992. **RG.** JW. **12** 40, PosMSchr. **11** 154, WarnE. **12** 37, R. **11** Nr. 3917. Der in der Literatur vertretenen Ansicht, daß § 1992 sich auch auf den Fall beziehe, daß die Überschuldung nicht bloß auf Vermächtnissen und Auflagen, sondern auch auf sonstigen Nachlaßverbindlichkeiten beruhe, wird nicht zugestimmt. Zwar nicht unbedingt der Wortlaut, wohl aber die Entstehungsgeschichte des § 1992 ergibt, daß § 1992 keine Anwendung findet, wenn schon die vom Erblasser herrührenden Verbindlichkeiten allein den Aktivbestand des Nachlasses übersteigen. Die Einfügung des § 1992 in das Gesetz beruht auf der Erwägung, daß es nicht angemessen erscheine, dem Erben, wenn die Überschuldung des Nachlasses nur auf Vermächtnisse und Auflagen zurückzuführen sei, das Recht einzuräumen, den Konkurs über den Nachlaß zu beantragen, nachdem man den Vermächtnisnehmern und Auflageberechtigten selbst (§ 219 Abs. 1 KO.) das Recht versagt habe, ihrerseits den Antrag auf Konkurseröffnung zu stellen. Deshalb sollte, abgesehen von der nicht immer ihren Zweck erfüllenden Nachlaßverwaltung, für diesen Fall durch § 1992 ein drittes Mittel gewährt werden, welches den Erben der Notwendigkeit ent-

hebe, den Konkurs zu beantragen. Sobald daher der Nachlaß zur Befriedigung der eigentlichen Nachlaßgläubiger nicht ausreicht, fallen die Gründe weg, die zur Vorschrift des § 1992 geführt haben. Denn jeder andere Nachlaßgläubiger ist — abgesehen von dem Ausnahmefalle des § 219 Abs. 1 Satz 1 KO. — zur Stellung des Antrags auf Konkurseröffnung berechtigt (§ 217 Abs. 1 KO.). Seine Interessen könnten gefährdet werden, wenn die Liquidation des Nachlasses dem Erben überlassen bliebe.

IV. Inventarerrichtung. Unbeschränkte Haftung des Erben.

§ 1994. 1. KGJ. **40** A 43, RJA. **11** 89, OLG. **24** 82 (KG.). Eine andere Glaubhaftmachung, als die im § 1994 Abs. 2 vorgesehene, liegt dem Gläubiger nicht ob, insbesondere hat er nicht die Erbeneigenschaft des Antragsgegners, ja nicht einmal den Tod des Erblassers glaubhaft zu machen, vielmehr liegen in dieser Beziehung dem Nachlaßgerichte die erforderlichen Ermittelungen ob.

2. Abs. 2. BayRpflZ. **11** 318, SeuffBl. **11** 636 (BayObLG.). Ob die Forderung glaubhaft gemacht, ist eine Frage des richterlichen Ermessens und kann daraus entnommen werden, daß die Erben die Berechtigung des Gläubigers zur Antragstellung nicht bestritten haben.

§ 2002. a) **RG. 77** 245, JW. **12** 40, R. **11** Nr. 3833. Die Bestimmung des § 2002 setzt ein von dem Erben selbst, nur unter Zuziehung einer zuständigen Behörde oder eines zuständigen Beamten oder Notars aufgenommenes Inventar voraus. Wesentlich für die Rechtswirksamkeit des Inventars ist daher dessen Unterschrift durch die Erben oder Bevollmächtigten, weil sonst von einer Aufnahme durch den Erben nicht die Rede sein kann. b) Dagegen Weißler, DNotV. **12** 138: Das Gesetz verlangt ein Inventar unter Zuziehung eines Beamten. In welcher Weise der zugezogene Beamte tätig werden soll, sagt es nicht; sicher ist, daß seine Mitwirkung eine Gewähr für die Richtigkeit des Inventars geben soll. Dieser Zweck wird am besten erreicht, wenn er das Inventar selbst aufnimmt. Von einer Unterschrift des Erben weiß das Gesetz nichts. Daß das im Auftrage des Erben aufgenommene Inventar nicht als von ihm herrührend gelten soll, ist nicht zu verstehen.

§ 2007. Langen, ABürgR. **36** 29, Zur Auslegung des § 2007 Satz 2 BGB. Die herrschende Ansicht, wonach lediglich dann, wenn der ursprüngliche und der anwachsende Erbteil verschieden mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert ist, der Erbe rücksichtlich des ihm demnächst anwachsenden Erbteils noch die Beschränkung seiner Haftung gelten lassen muß, und zwar im Verhältnisse zu allen Nachlaßgläubigern, nicht nur soweit Vermächtnisse und Auflagen in Frage kommen, entspricht der Entstehungsgeschichte des Paragraphen (Mugdan V 466) und dem mit ihm verfolgten Zwecke. Dabei ist nur übersehen, daß eine verschiedene Beschwerung wohl allerdings für die Zwecke der §§ 1935 und 2095 BGB. von Bedeutung ist, dagegen für die Frage nach getrennter Behandlung mehrerer Erbteile in Ansehung der Haftungsbeschränkung bei anderen Verbindlichkeiten als aus Vermächtnissen und Auflagen ganz unerheblich erscheint. Das Ergebnis wird aber allgemein als sachwidrig empfunden und daher (z. B. von Wilke und Strohal) eine einschränkende Auslegung dahin versucht: In den Fällen der Anwachsung haftet der Erbe den Nachlaßgläubigern gegenüber mit seinem Privatvermögen, wie wenn er die mehreren Erbteile sofort als einen Erbteil erworben hätte; eine Ausnahme besteht nur für Vermächtnisnehmer und Auflagebedachte, aber auch für sie nur dann, wenn Vermächtnis oder Auflage den ursprünglichen und den anwachsenden Teil verschieden beschweren, und zwar bestimmt sich ihnen gegenüber die Haftung mit dem Privatvermögen so, als ob die Erbteile verschiedenen Erben gehörten. Diese Auslegung ist angängig, wenn man den Eingang des § 2007 Satz 1 „Ist ein

Erbe zu mehreren Erbteilen berufen" durch die Worte auflöst: „Überall dort, wo, und in dem Umfange, wie ein Erbe zu mehreren Erbteilen berufen ist, bestimmt sich seine Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten in Ansehung eines jeden der Erbteile so, als ob die Erbteile verschiedenen Erben gehörten." Daher tritt die getrennte Behandlung hinsichtlich der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten gegenüber allen Nachlaßgläubigern ein, wo die mehreren Erbteile schlechthin als besondere gelten; gelten sie nur rücksichtlich bestimmter Verbindlichkeiten als besondere Erbteile, was in den Fällen der Erhöhung und Anwachsung für Vermächtnisse und Auflagen zutrifft, so greift die getrennte Behandlung ausschließlich bezüglich dieser Verbindlichkeiten Platz. Für den letzteren Fall schränkt dann Satz 2 des § 2007 die selbständige Behandlung mehrerer Erbteile auch in dem begrenzten Umfange noch weiter ein, indem sie nur eintreten soll, wenn die Erbteile verschieden beschwert sind.

§ 2008. Literatur: Joseph, Das Nachlaßinventar der Ehefrau-Erbin. Darmstadt 1911. (Diss.)

V. Aufschiebende Einreden.

§§ 2014 2015. 1. WürttZ. **11** 332 (Stuttgart). Während die frühere herrschende Ansicht (JDR. **1** 2 Ziff. 1, **4** Ziff. 3, **8** zu §§ 2014, 2015) den Vorschriften der §§ 2014, 2015 eine materiell-rechtliche Wirkung beilegen zu sollen glaubte, ist neuerdings mit Recht eine gegenteilige Meinung dahin zur überwiegenden Geltung gekommen, daß durch jene Vorschriften nur eine ungestörte Ermittelung des Nachlasses gesichert werden sollte (RGKomm. Anm. 4 zu § 2014). Es ist also in den §§ 2014, 2015 nur gesagt, daß der Erbe während dieser Zeit nicht zu zahlen brauche, dagegen bestimmt sich, was er nach Ablauf der dort genannten Fristen zu zahlen hat, nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 284 ff.). Deshalb sind Mietzinsen, die aus einem von dem Erblasser geschlossenen Vertrag in der Zwischenzeit fällig werden, vom Fälligkeitstag an zu verzinsen, ebenso hat der Erbe nach gehöriger Mahnung für Verzugszinsen aufzukommen. Der Umstand, daß es sich um einen Pflichtteilsanspruch handelt, begründet eine über die allgemeinen Grundsätze hinausgehende Zinspflicht nicht, insbesondere ist es (Mot. V 417) abgelehnt worden, den Umfang des Pflichtteilsanspruchs durch das Zugeständnis eines allgemeinen Rechtes des Pflichtteilsberechtigten auf die Nutzungen (und demgemäß durch Einräumung einer unbedingten Verzinslichkeit seines Anspruchs) zu erweitern.

2. RheinA. **108** I 182 (Düsseldorf). Der Erbe, dem die aufschiebenden Einreden aus §§ 2014, 2015 zustehen, gibt durch deren Gebrauch noch keinen Anlaß zur Klage. Auch der Mangel des Angebots einer vollstreckbaren Urkunde seitens des Erben gibt dem Kläger dann keinen Anlaß zur Klage, wenn er eine solche Urkunde vom Erben nicht verlangt hat.

Dritter Titel. Erbschaftsanspruch.

§§ 2018 ff. *Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung (s. Vorbem. zu §§ 90 ff.). Der Erbschaftsanspruch hat seinen Ursprung in dem — mit dem Erbfall auf den Erben übergehenden — Rechte am Nachlaß als einer Werteinheit, die sämtliche Einzelgegenstände in sich umfaßt, so daß mit dem Rechte an ihr zugleich auch ein dingliches Recht an den Gegenständen begründet ist. — Bei außerfamilienrechtlichen Akten, z. B. beim Erbschaftskaufe, bestehen für den Erwerber nur obligatorische Ansprüche auf Übertragung der Sachen, der Erbschaftsanspruch kann hier nicht gewährt werden (99).

§ 2027. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **9** Ziff. 3 zu § 2027 — auch R. **11** Nr. 130.

2. Abs. 1. a) OLG. **24** 81 Anm. 1, SeuffA. **66** 282, SchlHolstAnz. **11** 18 (Kiel). Die Auskunftspflicht des Erbschaftsbesitzers erstreckt sich auch auf dessen Voraus

(§ 1932) als gesetzliches Vermächtnis, und dies um so mehr, als man verschiedener Meinung darüber sein kann, ob ein Gegenstand zum ehelichen Haushalt und demgemäß zum Voraus zu rechnen ist. **b)** OLG. **24** 68 (Celle). Hat ein Miterbe zwei Jahre seit Eintritt des Erbfalls alles getan, was die Verwaltung mit sich brachte, so folgt seine Auskunftspflicht aus den §§ 666, 681 BGB. Diese Pflicht umfaßt aber auch die Auskunfterteilung sowohl über den ursprünglichen Bestand der Erbschaft wie auch über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände.

3. Abs. 2. **a)** OLG. **24** 68 (Naumburg). Zu den nach § 2027 Abs. 2 auskunftspflichtigen Personen gehört auch ein Miterbe, der nach dem Tode des Erblassers Nachlaßgegenstände an sich gebracht hat, bevor diese in den Besitz sämtlicher Erben gelangt sind (§ 857). Und zwar trifft ihn die volle Auskunftspflicht, nicht nur eine auf die nachweisbar weggenommenen Sachen beschränkte. **b)** OLG. **24** 70 (Braunschweig). „Aus" dem Nachlasse (§ 2027 Abs. 2) nimmt jemand auch dann eine Sache in Besitz, wenn der Erblasser daran bis zu seinem Tode nur den Besitz gehabt und dieser sich gemäß § 857 BGB. auf den Erben vererbt hat. Daß zu den Nachlaßgegenständen auch diejenigen zu rechnen sind, die dem Erblasser nicht gehören, ergibt sich überdies aus der Entstehungsgeschichte der §§ 2018 ff. (Mot. V 580).

§§ 2027, 2028. 1. R. **11** Nr. 523 (Jena). Die §§ 2027 Abs. 2, 2028 bezwecken den Schutz des Erben gegen dritte Personen und sind zwingender Natur. Wer, ohne Erbe zu sein, Nachlaßsachen, selbst wenn sie ihm vermacht sind, vor dem Erben in Besitz nimmt oder wer, mag er auch Miterbe sein, Hausgenosse des Erblassers gewesen ist, nimmt in dieser Eigenschaft gegenüber dem Erben oder Miterben eine besondere Stellung ein, deren Wirkung, insbesondere die Verpflichtung zur Auskunftserteilung, der Verfügungsmacht des Erblassers entzogen ist.

2. BayRpflZ. **11** 190 (Bamberg). Es ist denkbar, daß ein Miterbe, der ein über sein wirkliches Erbrecht hinausgehendes Erbrecht beanspruchend sich Nachlaßbestandteile angeeignet hat, Erbschaftsbesitzer im Sinne der §§ 2018, 2027 Abs. 1 ist. Für die Anwendung des § 2027 Abs. 2 spielt der gute oder böse Glaube desjenigen, der eine Nachlaßsache in Besitz nimmt, keine Rolle.

3. ZBlFG. **12** 296 (LG. Zwickau). In den Fällen der §§ 2027, 2028 hat das Amtsgericht nicht bei der Auskunftserteilung, die nur dem Auskunftsberechtigten gegenüber zu erfüllen ist, sondern ausschließlich bei der Abnahme des Offenbarungseids mitzuwirken.

4. Die Entsch. OLG. **20** 428 (Dresden) — JDR. **9** Ziff. 2 zu §§ 2027, 2028 — auch SeuffA. **66** 281.

§ 2028. **a)** BayRpflZ. **11** 190, R. **11** Nr. 2582 (Bamberg). Die Vorschrift des § 2028 gilt auch im Verhältnisse der Miterben zueinander (**RG. 58** 59), aM. Komm. der RGRäte Anm. 1 zu § 2028, dem nicht zugestimmt wird. **b)** Ebenso FrankfRdsch. **11** 264 (Frankfurt).

Vierter Titel. Mehrheit von Erben.

Vorbemerkung. In reicher Fülle haben im vorliegenden Berichtsjahre Schrifttum und Rechtsprechung sich bemüht, dem Wesen der Erbengemeinschaft gerecht zu werden, sei es in der Erörterung grundlegender Fragen oder in der Ausgestaltung weiterer Einzelheiten. Das **RG.** ist hierbei an erster Stelle zu nennen, so die in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entsch. **75** 179 über die Pfändung eines Erbteils, **76** 57 über die Haftung des Miterben, der zugleich Bürge des Erblassers ist, gegenüber seinen Miterben, **75** 26 über die Frage der notwendigen Streitgenossenschaft von Miterben, **75** 406 über die Bindung des Erben in dem Zustande der sog. schwebenden Ungewißheit. Der Erörterung der Frage einer subjektiv und objektiv beschränkten Teilung

des Nachlasses sind im Anschluß an die frühere Rechtsprechung die Aufsätze von Josef, Schneider und Gerner gewidmet (Ziff. II zu § 2042).

§ 2032. Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung (s. Vorbem. zu §§ 90 ff.). Über den Miterbennachlaß und die Erbteile als Sondervermögen s. 50 ff.

Literatur: Müller, BadNotZ. **11** 37, gibt einen Überblick über den Stand der Rechtsprechung hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit und Form der Pfändung und Verpfändung des Anteils eines Miterben am Nachlasse. — Jung, BayNotZ. **11** 328, Umwandlung einer Erbengemeinschaft in eine offene Handelsgesellschaft; (329): Übertragung des Grundbesitzes der Erbengemeinschaft auf die von den sämtlichen Miterben gebildete oH.

§ 2033. I. Form. Mengel, HessRspr. **12** 188. § 2033 gilt nur für Fälle, in denen vor der Erbauseinandersetzung ein Miterbe seinen Anteil am Nachlasse veräußern will. Hat eine Auseinandersetzung in der Weise stattgefunden, daß der Sohn seinen Anteil gegen Zahlung des Wertes seinem Vater überlassen hat, so bedarf eine solche Vereinbarung keiner besonderen Form.

II. Anteil an einzelnen Nachlaßgegenständen. **RG.** Bay.-RpflZ. **11** 365. Der Umstand, daß ein Miterbe über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen nicht allein verfügen kann, über einen einzelnen Nachlaßgegenstand vielmehr die Erben nur gemeinschaftlich zu verfügen befugt sind, ändert nichts daran, daß, wie das Gesetz im § 2033 Abs. 2 gerade anerkennt, dem Miterben auch an den einzelnen Nachlaßgegenständen immerhin ein Anteil zusteht, wenn dabei auch nicht Miteigentum nach Bruchteilen, sondern ein Gesamthandverhältnis in Frage kommt.

III. Verfügung über einen Erbanteil. 1. KGJ. **40** A 167, DNotV. **11** 968 (KG.). Die dingliche Übertragung eines Erbanteils fällt auch dann, wenn ein Grundstück zu der Erbschaft gehört, nicht unter § 892 Abs. 1, sondern unter § 413 BGB. Daher erwirbt, wenn der Miterbe den Erbanteil nacheinander an zwei Personen überträgt, der zweite Erwerber den Erbanteil auch dann nicht, wenn er von der ersten Übertragung nichts gewußt hat.

2. FrankfRundsch. **11** 129 (Frankfurt). Entsprechend dem Wesen der Errungenschaft nach nassauischem Rechte (während der Ehe sowie nach Eintritt des Leibzuchtsrechts des überlebenden Ehegatten) kann ein Eigentumserbe über einzelne der Leibzucht unterworfene Vermögensstücke oder seinen Anteil daran, insbesondere auch über einen Anteil an errungenschaftlichen Grundstücken nicht verfügen, wohl aber über seinen Anteil an dem gesamten Nachlasse. Durch eine solche Verfügung werden die Rechte des Leibzüchters nicht beeinflußt, es tritt nur derjenige, an den verfügt (veräußert, verpfändet) ist, an die Stelle des verfügenden Eigentumserben.

3. Kaufmann, BadNotZ. **11** 180. Die Voraussetzung für die Verpfändung eines Anteils am Nachlaß und für die sich hierauf stützende Eintragung im Grundbuche bildet das Bestehen eines Nachlasses. Dies ist nicht der Fall, wenn die an dem Grundstücke bestehende „unabgeteilte Gemeinschaft" sich als eine Gemeinschaft nach Bruchteilen charakterisiert.

4. Vgl. auch oben Ziff. 4 zu § 1630 (Übertragung von Erbteilen der Kinder an die Witwe) und unten zu § 2150 (Klage gegen einzelne Miterben auf Erfüllung eines Vermächtnisses).

IV. Pfändung eines Erbanteils. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **9** Ziff. 2 b zu § 2033 — auch R. **11** Nr. 131.

2. **RG. 75** 179 bestätigt die früheren Entsch. (z. B. **RG. 49** 406), wonach im Falle der Erwirkung eines dinglichen Arrestes in den Erbteil eines ungeteilten Nachlasses die Miterben des Schuldners als Drittschuldner im Sinne der §§ 829 Abs. 2, 3, 857 Abs. 1 ZPO. zu erachten seien, und zwar nicht nur für das Gebiet des

BGB. und des früheren PrALR., sondern auch des französischen Rechts (code civil art. 883).

3. BayRpflZ. **11** 70, SeuffBl. **11** 242, DJZ. **11** 1098 (BayObLG.). Die (nach § 859 ZPO. zulässige) Pfändung des Anteils an einem Nachlasse beschränkt den Miterben in der Verfügung über den Nachlaß als Ganzes und in der Befugnis, gemeinschaftlich mit den anderen Miterben über einen Nachlaßgegenstand zu verfügen. Diese Wirkung kann durch Eintragung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch ersichtlich gemacht werden.

4. *Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung (s. Vorbem. zu §§ 90 ff.). Die Pfändung des Erbteils durch einen Gläubiger begründet für diesen ein Verwaltungsrecht an dem Erbteil als einem Sondervermögen (126).

§ 2038. 1. BayRpflZ. **11** 190 (Bamberg) stimmt Komm. der RGRäte Anm. 7 zu § 2038 zu, wonach der Miterbe im Interesse einer ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses verpflichtet ist, den Miterben Auskunft über alle ihm bekannten Nachlaßgegenstände zu erteilen und erforderlichenfalls den Offenbarungseid zu leisten. Die Auskunftspflicht erstreckt sich auch auf die Forderungen des Erblassers gegen den Miterben selbst.

2. SächsRpflA. **11** 183 (Dresden, Straff.). Führt ein Miterbe im Einverständnisse mit den übrigen Erben bis zur Teilung das Geschäft des Erblassers auf gemeinschaftliche Kosten der Erben fort, so ist er auch allein sowohl Dritten wie Miterben und Bevollmächtigten dieser gegenüber zur Verfügung über die dem Geschäfte dienenden Räume befugt. Dann können sich aber ihm gegenüber auch die Miterben des Hausfriedensbruchs schuldig machen.

Literatur: Kretzschmar, SächsRpflA. **11** 529, Geltendmachung von Ansprüchen eines Miterben gegen den Nachlaß und umgekehrt von Ansprüchen der Erbengemeinschaft gegen einen Miterben.

§ 2039. 1. Kretzschmar aaO. Die Erbengemeinschaft ist berechtigt, von dem Schuldner-Miterben die Berichtigung seiner fälligen Schuld an den Nachlaß zu verlangen. Jedoch kommt in dieser Beziehung in Betracht, daß die Erbengemeinschaft wie jedes andere Rechtsverhältnis den allgemeinen Grundsätzen von Treu und Glauben untersteht. Mit Rücksicht hierauf kann der Schuldner-Miterbe die Berichtigung einer derartigen Schuld verweigern, wenn ihm, was er zu beweisen hat, ein ausreichendes Auseinandersetzungsguthaben zusteht; es müßten denn besondere Gründe, wie z. B. der Bedarf an sonst schwer zu beschaffenden baren Mitteln für die Zwecke der Liquidation des Nachlasses, die Einziehung des Anspruchs gerechtfertigt erscheinen lassen (vgl. **RG. 65** 5). Zur Klage berechtigt ist hier jeder einzelne Miterbe; er kann aber nur die Hinterlegung für alle Miterben — einschließlich des verklagten — verlangen. Dieselbe Beschränkung findet auch dann statt, wenn die sämtlichen übrigen Miterben klagen, da der verklagte Miterbe als Kläger fehlt.

2. **RG. 76** 57, SeuffA. **66** 450, JW. **11** 449. Beerbt der Bürge den Schuldner, so können bei ungeteilter und überschuldeter Erbschaft die Miterben Zahlung der vollen verbürgten Summe von dem Bürgen auf Grund der von ihm übernommenen Bürgschaft verlangen, auch wenn in der Person der Miterben die Forderung und die Hauptschuld nach Höhe ihrer Erbteile sich vereinigt haben. Der Bürge kann auch deshalb die Zahlung teilweise verweigern, weil es Treu und Glauben widerspräche (**RG. 65** 10), wenn die Miterben Zahlung desjenigen Teiles der Bürgschaftsschuld beanspruchen, den sie als Erben des Hauptschuldners schulden. Denn wenn der Bürge in dieser seiner Eigenschaft die Miterben befriedigt, geht deren Forderung gegen den Hauptschuldner und nunmehr gegen dessen Nachlaß auf ihn, den Bürgen, über (§ 774 BGB.). Der Bürge hat dann eine Forderung gegen den Nachlaß; es haften ihm also allerdings die Miterben nach dem Verhältnis ihrer Erbteile, aber

doch nur mit Mitteln des Nachlasses. Ist dieser Nachlaß überschuldet, aus ihm also eine Befriedigung der Erben nicht zu erwarten, so verstößt die Inanspruchnahme des Bürgen nicht gegen Treu und Glauben.

3. BadRpr. **11** 59 (BadVGH.). Der zum Nachlasse gehörige Anspruch auf Kranken- und Sterbegeld (§§ 6, 20 KrankVG.) kann auch dann, wenn ein Miterbe seine Beteiligung an der gerichtlichen Geltendmachung ablehnt, von den übrigen Miterben gemäß § 2039 dem ganzen Betrage nach eingeklagt werden, und die Leistung hat auf Grund jener Bestimmung an alle Erben (zutreffendenfalls durch Hinterlegung) auch in dem Falle zu erfolgen, daß wegen Nichtbeteiligung eines Miterben der Klaganspruch auf einen Teil der Forderung beschränkt worden ist.

4. ElsLothNotZ. **11** 485 (Colmar). Das Verlangen der Hinterlegung kann auch von einzelnen Miterben gestellt werden. Die Hinterlegung muß jedoch, wenn eine anderweitige Einwilligung der sämtlichen Berechtigten nicht vorliegt, bei der gesetzlichen Hinterlegungsstelle (§ 374 BGB.) und für alle Erben erfolgen. Als Hinterlegungsstelle kommt gemäß § 1 ElsLothG. vom 1. November 1899 die Kasse der Staatsdepositenverwaltung in Betracht.

5. **RG. 75** 26, R. **11** Nr. 357, läßt unentschieden, ob aus der Bestimmung des § 2039, wonach bei ungeteilter Erbmasse jeder einzelne Miterbe die Hinterlegung einer geschuldeten Sache für alle Erben verlangen kann, zu folgern ist, daß, wenn mehrere Erben in dieser Weise zusammen klagen, zwischen ihnen keine notwendige Streitgenossenschaft besteht. Jedenfalls besteht zwischen denjenigen Erben, die ihren Leistungsanspruch auf ein rechtskräftiges Feststellungsurteil zu gründen vermögen, und den übrigen Miterben keine notwendige Streitgenossenschaft.

§ 2040. 1. *Schneider, DNotV. **11** 657 f. Ein gemeinschaftlicher Verfügungsakt der Erben nach § 2040 BGB. ist zugleich eine vertragsmäßige Handlung zwischen den Erben selbst.

2. **RG.** BayRpflZ. **11** 87. Auch der Schuldnererbe ist in seiner Eigenschaft als Erbe des ursprünglichen Gläubigers zugleich gesamtberechtigter Gläubiger des von ihm selbst geschuldeten Nachlaßaußenstandes geworden. Wenn er in dieser Eigenschaft durch die anteilige Abtretung an seine Kinder gemeinschaftlich mit dem Miterben über den Außenstand verfügt hat, so liegt hierin eine möglicherweise anfechtbare Rechtshandlung im Sinne des § 31 KO.

§ 2041. 1. *Schneider, DNotV. **11** 655 f. Das Entgelt für einen Empfang aus der Erbschaftsmasse kann der Erbe nicht den einzelnen übrigen Miterben zukommen lassen, weil es kraft § 2041 BGB. von selbst in die Erbschaftsmasse fällt.

2. SächsRpflA. **11** 516 (Dresden). Wenn § 2041 bestimmt, daß im Verhältnisse der Miterben zueinander kraft Gesetzes, also ohne weitere Übertragung (§ 412) zum Nachlasse gehört, was durch ein auf den Nachlaß sich beziehendes Rechtsgeschäft erworben wird, so ist dabei nur vorausgesetzt, daß das Rechtsgeschäft subjektiv mit Beziehung auf den Nachlaß abgeschlossen ist und objektiv mit ihm in Zusammenhang gebracht werden kann (vgl. über den ähnlichen Fall des Vorbehaltsguts im § 1370 BGB. **RG. 72** 165). Unerheblich ist, daß der Miterbe den Vertrag im eigenen Namen geschlossen und sich dem Darlehnsnehmer gegenüber nicht als Vertreter der Erbengemeinschaft zu erkennen gegeben hat, dies ist nur von Bedeutung für die Frage, wieweit der Darlehnsnehmer in seinem guten Glauben geschützt wird, während die Rechte der Erbengemeinschaft von den zum Schutze des Drittschuldners bestimmten Rechtsnormen (§ 2041 Satz 2 in Verbindung mit § 2019 Abs. 2) in keiner Weise berührt werden.

§ 2042. I. Begriff der Erbauseinandersetzung. 1. **OLG. 23** 373 (KG.). Das Verhältnis des Vor- und Nacherben zueinander

bildet keine der Auseinandersetzung fähige Erbengemeinschaft, denn diese setzt das Vorhandensein von Miterben voraus, der Nacherbe ist aber nicht Miterbe, sondern er wird erst Erbe, nachdem zunächst der Vorerbe Erbe geworden ist (§§ 2100, 2139). Der Vorerbe hat sich daher nicht mit dem Nacherben auseinanderzusetzen, sondern diesem nach dem Eintritte der Nacherbfolge die Erbschaft herauszugeben (§ 2130).

2. **RG.** R. **11** Nr. 3490. Erbabfindung und Erbschaftskauf (§ 2371) sind in ihrer rechtlichen Gestaltung und in ihren rechtlichen Folgen voneinander gänzlich verschieden. Die Erbabfindung hat die Aufhebung der bisherigen Erbengemeinschaft mit dem abzufindenden Gemeinschaftsgenossen zum Ziele und kann nur zustande kommen durch einen Vertrag, den die sämtlichen Gemeinschaftsgenossen miteinander abschließen. Der Erbschaftskauf läßt dagegen die Gemeinschaft des Miterben sachlich unberührt; er kann auch mit einem Nichtmitgliede der Gemeinschaft und ebenso mit einem einzelnen Miterben als dem Erbschaftskäufer abgeschlossen werden und hat nur die Wirkung, daß in der Person des anteilsberechtigten Gemeinschaftsgenossen ein Wechsel eintritt.

3. OLG. **24** 109 (KG. III. ZS.) faßt die Bestimmung eines notariellen Vertrags: „Wir setzen uns in der Weise auseinander, daß der Kläger den gesamten Nachlaß übernimmt und an die Beklagte 10 000 M. zahlt .... Die Beklagte bevollmächtigt den Kläger, das Nachlaßgrundstück an sich aufzulassen" nicht als Erbanteilskauf im Sinne des § 2033 mit dinglicher Wirkung, sondern als Auseinandersetzung unter den Miterben auf, bei der, wie anzunehmen, auch solche Bestandteile, deren Zugehörigkeit zum Nachlasse den Beteiligten damals unbekannt gewesen sind, von der Auseinandersetzung mitumfaßt werden.

II. Subjektiv und objektiv beschränkte Teilung (vgl. JDR. **9** Ziff. III zu § 2042). 1. Josef, ZBlFG. **12** 104 (Unverteilte Nachlaßstücke . Die durch den Erbfall entstandene Gesamthandsgemeinschaft besteht an jedem einzelnen Nachlaßgegenstande, bis sie durch eine Rechtshandlung der Erben aufgehoben, insbesondere etwa in Gemeinschaft nach Bruchteilen umgewandelt ist. Ist also die Auseinandersetzung zwar erfolgt, sind jedoch ein Gegenstand oder einzelne Gegenstände unverteilt geblieben, weil die Erben sie von der Teilung ausgeschlossen haben oder weil ihnen deren Zugehörigkeit zum Nachlaß unbekannt war, so besteht an diesen Gegenständen die Gesamthandsgemeinschaft der Erben fort. Zu ihrer Beseitigung genügt bei bloßen Forderungen nach § 398 der Vertrag, durch den die Erben sich die Forderung in Bruchteilsgemeinschaft zuweisen. Bei unverteilt gebliebenen Buchhypotheken bedarf es zur Herstellung dieses Rechtszustandes einer Umschreibung im Grundbuche, bei Grundstücken bedarf es zur Umwandlung des Gesamthandseigentums einer Auflassung und das hierauf gerichtete Abkommen der Form des § 313. Besteht hiernach an den unverteilt gebliebenen Gegenständen die Erbengemeinschaft fort, so liegt insofern ein Nachlaß im Sinne des § 86 FGG. vor und das Nachlaßgericht hat folglich auf Antrag eines Beteiligten das Auseinandersetzungsverfahren einzuleiten, das dann lediglich den unverteilt gebliebenen Gegenstand betrifft und mit der Bestätigung ebenso endet wie die etwa bereits stattgehabte Auseinandersetzung. — Die gesetzlich geregelte Gesamthandsgemeinschaft besteht unter sämtlichen Miterben und kann durch Vertrag nicht eingeführt werden. Daher ist nichtig ein Abkommen, durch das einzelnen Erben ein Grundstück nach den Grundsätzen der Erbengemeinschaft zugewiesen wird (anders ZBlFG. **11** 283 [LG. Karlsruhe]). — Ist bei der Auseinandersetzung ein Beteiligter zugezogen, der in Wahrheit nicht zu den Beteiligten gehört, so ist der Nichterbe nach § 812 BGB. verpflichtet, das an ihn Gelangte zur Erbengemeinschaft zurückzugeben; insofern ist der Nachlaß also unverteilt und das erledigte Verfahren wieder aufzunehmen.

2. *Schneider, DNotV. **11** 652 ff. Eine subjektiv beschränkte Erbschaftsauseinandersetzung ist mit Hilfe des § 2040 BGB. nicht möglich, weil der Erbe, der auf diesem Wege einen Erbschaftsgegenstand erhält, auch auf Seite der Veräußerer steht und als solcher noch immer an der Rest-Nachlaßmasse teil nimmt.

3. Gerner, BadNotZ. **11** 125 (Über die Beschränkung der Erbengemeinschaft auf einen Teil der Gemeinschaftsteilhaber) — im Anschluß an Ertel, BadNotZ. **10** 175, JDR. **9** Ziff. III 2 b zu § 2042 —. Die Auseinandersetzung des § 2042 BGB. äußert dingliche Wirkung nur insoweit, als ein Gegenstand in sachenrechtlicher Form auf einen anderen übertragen wird. Abgesehen davon wirkt sie nur obligatorisch. Zwar wenn alle Nachlaßgegenstände sachenrechtlich auf andere Personen als die Gesamtheit der Gemeinschaftsgenossen übertragen sind, so sind alle Gesamthänder wirtschaftlich aus dem Gemeinschaftsverhältnis ausgeschieden, aber im rechtlichen Sinne nicht deshalb, weil jeder erhalten hat, was ihm gebührte, sondern weil kein gemeinschaftliches Vermögen mehr vorhanden ist. Ebensowenig wie durch Gesetz kann ein einzelner Miterbe im rechtlichen Sinne mit dinglicher Wirkung aus dem Grunde aus der Gemeinschaft — solange noch ein Nachlaß als solcher vorhanden ist — durch Vertrag ausscheiden, weil er sich durch Vertrag als abgefunden erklärt. Wird ein Miterbe durch Zuteilung von Nachlaßgegenständen abgefunden, so kann er tatsächlich nichts mehr aus dem verbleibenden Nachlasse fordern; die auf ihn übertragenen Gegenstände haben den Eigentümer gewechselt, sie sind aus dem gemeinschaftlichen Vermögen ausgeschieden. Hinsichtlich der anderen Nachlaßgegenstände ist der abgefundene Miterbe nach wie vor mitberechtigter Eigentümer geblieben, ein sachenrechtlich wirkendes Rechtsgeschäft ist hinsichtlich dieser übrigen Gegenstände nicht vorgenommen worden. — Der Abgefundene erscheint durch den schuldrechtlichen Ausscheidungsvertrag verpflichtet, jederzeit auf Verlangen der übrigen Gemeinschaftsgenossen zur Übertragung der noch übrigen Nachlaßgegenstände auf die von den übrigen Erben genannten Personen mitzuwirken. Die Gegenleistung dafür hat er durch Zuteilung von Nachlaßgegenständen bereits empfangen.

III. Wirkungen der Verurteilung zur Auseinandersetzung und Auskunftserteilung. SächsOLG. **32** 347, SeuffA. **66** 295, SeuffBl. **11** 253 (Dresden). Die in einem Urteil einem Miterben auferlegte Verpflichtung zur Erbauseinandersetzung kann nicht nach § 888 ZPO. erzwungen werden, denn die zwischen den Miterben selbst stattfindende Auseinandersetzung erfordert die Willenseinigung sämtlicher Miterben, und wenn die dazu nötigen Erklärungen von einem der Beteiligten nicht abgegeben werden, so muß darauf, unter Bezeichnung der einzelnen Erklärungen (§ 253 Abs. 2 ZPO.) geklagt worden; mit der Rechtskraft des Urteils gelten nach § 894 ZPO. die Erklärungen als abgegeben. Vgl. Josef, GruchotsBeitr. **49** 34; Kretzschmar, Erbrecht 466. Dagegen kann allerdings ein Miterbe zur Auskunftserteilung, zu der er verurteilt ist, gemäß § 888 ZPO. angehalten werden. Die Erklärung des Beklagten, daß er das Nachlaßverzeichnis bereits angefertigt habe und vorlegen werde, ist keine Erfüllung der Verpflichtung zur Vorlegung des Bestandsverzeichnisses (§ 260 Abs. 1 BGB.).

IV. Auf die Gemeinschaft gegründete Forderungen (§ 756 BGB.). DNotV. **11** 556, WürttJ. **23** 208 (Stuttgart). Bei der Erbauseinandersetzung kann nach § 2042 in Verbindung mit § 756 BGB. ein Teilhaber, der gegen einen anderen Teilhaber eine Forderung hat, die sich auf die Gemeinschaft gründet, bei der Aufhebung der Gemeinschaft die Berichtigung seiner Forderung aus dem auf den Schuldner entfallenden Teile des gemeinschaftlichen Gegenstandes verlangen. Welche Forderungen als auf die Gemeinschaft ge-

gründet anzusehen sind, ist streitig (vgl. Müller, R. **05** 581, DJZ. **05** 946, R. **08** 305 Nr. 1824). Die eine Ansicht (Kretzschmar, Erbrecht 437) geht dahin, es falle hierunter jede Schuld eines Miterben gegenüber dem Erblasser, auch wenn sie schon zu einer Zeit entstanden sei, in der von einer Erbengemeinschaft noch keine Rede sein konnte. Doch braucht sich nach dem Komm. der RGRäte der zahlungsunfähige Schuldnermiterbe seine Schuld, die auch als Aktivum des Nachlasses nur mit ihrem wahren wirtschaftlichen Werte, nach Befinden also mit Null einzustellen ist, nur anteilig uud nur zum eingestellten Nennbetrag auf seinen Anteil anrechnen zu lassen. Nach der anderen Ansicht können Schulden, die bereits vor dem Erbanfall zwischen dem Erblasser und Miterben bestanden, nicht zu den auf die Erbengemeinschaft sich gründenden Forderungen gerechnet werden, so WürttJ. **18** 199, WürttZ. **05** 202 (Stuttgart) — JDR. **4** Ziff. 2, **5** Ziff. 5 zu § 2042. Jedenfalls muß sich der Miterbe das, was er dem Nachlasse schuldet, anrechnen lassen, wenn eine dahingehende Einigung bei der Erbauseinandersetzung zustandegekommen ist.

§ 2043. **RG. 75** 406, JW. **11** 406, R. **11** Nr. 1580. Aus der Bestimmung des § 2043 ergibt sich, daß das Gesetz eine Bindung des Erben an die letztwillige Zuwendung bis zur Entscheidung beabsichtigt hat. Es handelt sich um einen Zustand, der im Anschluß an die ähnliche Vorschrift des § 184 BGB. derjenige der „schwebenden Ungewißheit" genannt wird. Ist in einem Testamente zugunsten einer juristischen Person ein der Königlichen Genehmigung bedürfendes Vermächtnis (Art. 6 § 1 PrAGBGB.) ausgesetzt, so bestehen schon vor Erteilung dieser Genehmigung zwischen dem Erben und dem Vermächtnisnehmer rechtliche Beziehungen, welche Gegenstand einer Feststellungsklage sein können. Daß die Zuwendung bis zur Erteilung der Genehmigung nicht schlechthin nichtig ist, ergibt sich schon daraus, daß die Genehmigung nach Art. 86 EGBGB. rückwirkende Kraft hat mit dem Erfolge, daß die Zuwendung vom Erbfall an Wirksamkeit erlangt.

§ 2047. *Kaufmann, Eigentum am Gesellschaftsvermögen (Fischers Abh.) 48 Anm. 8. Die Familienpapiere „bleiben" zur gesamten Hand gemeinschaftlich und werden nicht bruchteilsgemeinsam.

§ 2048. 1. OLG. **24** 83 (Dresden). Hat eine Erblasserin in ihrem Testamente bestimmt, daß, da ihr (inzwischen verstorbener) einer Sohn von ihr bereits ein Darlehen von 40 000 M. erhalten habe, auch die übrigen von ihr abstammenden Kindesstämme 40 000 M. aus ihrem Nachlasse vorweg bekommen sollen und erst der dann verbleibende Rest zu gleichen Teilen unter alle hinterlassenen Kindesstämme zu verteilen sei, daran aber den Satz geknüpft: „Natürlich haben die Erben meines eingangs genannten Sohnes obige 40 000 M. nicht in den Nachlaß zurückzuzahlen, sondern behalten sie in Anrechnung auf ihr Erbteil, wie die anderen Kindesstämme die gedachten 40 000 M. je auf ihr Erbteil anzurechnen haben", so läßt sich das nur als Teilungsanordnung im Sinne des § 2048, nämlich dahin verstehen, daß die Schuld des Sohnes seinem Stamme überwiesen werde. Für die Annahme, daß an der Zuwendung auch andere Erben des Sohnes (seine Witwe) haben teilnehmen sollen, fehlt es an jedem Anhalte, vielmehr liegt nur eine ungenaue Fassung bei der Wahl des Ausdrucks „die Erben meines eingangs genannten Sohnes" vor, indem damit, was die Bestimmung über Nichtrückzahlung der 40 000 M. betrifft, alle Erben, was dagegen die Bestimmung über die Anrechnung der 40 000 M. betrifft, die an dem Nachlasse des Erblassers erbberechtigten Erben des Sohnes gemeint sind.

2. Vgl. auch unten Ziff. 3 zu §§ 2078—2083 BGB.

§ 2057. Die Entsch. **RG. 73** 372 — JDR. **9** zu § 2057 — auch ElsLothNotZ. **11** 116.

II. Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern.

§ 2058. a) MecklZ. **29** 142 (Rostock, Straff.). § 2058 bezieht sich auf alle Nachlaßverbindlichkeiten, mögen sie auf dem öffentlichen Rechte beruhen oder aus einem privatrechtlichen Entstehungsgrunde herrühren. Die Erben haften daher als Gesamtschuldner für die gewöhnlichen Steuern, an deren Entrichtung der Erblasser etwa durch seine letzte Krankheit oder seinen Tod gehindert worden ist, desgleichen für die Steuern, die sie nach § 49 MecklStrSteueredikt vom 15. Juni 1897 u. 19. Mai 1903 nachträglich zu zahlen haben, und die Steuerstrafe, die § 49 der nachzuzahlenden Steuer gleich behandelt wissen will. **b)** Ebenso MecklZ. **29** 147 (Rostock, Straff.) wegen der Gesamthaftung nach § 49 MecklSchw. Kontributionsedikt vom 12. Mai 1903.

§§ 2058, 2059. 1. Meyer, R. **11** 64, bezeichnet **RG.** R. **09** Nr. 491 — JDR. **8** zu § 2040 — als irreführend, wenn dort gesagt ist, im allgemeinen könnten nach dem Tode des Schuldners seine Gläubiger nur dessen sämtliche Miterben bis zur Teilung des Nachlasses in Anspruch nehmen. Aus den §§ 2059, 2033 Abs. 2, 2040 Abs. 1 folgt dies nicht und § 747 ZPO. betrifft nur die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß. Wenn es auch meist im eigenen Interesse des Gläubigers liegen wird, alle Erben zu verklagen, so sind doch Fälle denkbar, in denen dem Gläubiger zunächst die Inanspruchnahme nur eines Miterben genügt, z. B. wenn voraussichtlich die anderen Miterben keine Schwierigkeiten machen werden oder ein Miterbe auf Reisen ist.

2. Hedemann, DJZ. **11** 619. Das praktische Bedürfnis drängt nach Lockerung der durch das BGB. geschaffenen Geschlossenheit des ungeteilten Nachlasses. So wird eine Klage des Nachlaßgläubigers auch nur gegen einen oder einzelne Miterben zugelassen (**RG. 68** 222, JDR. **7** Ziff. 1 zu §§ 2058, 2059), desgleichen die Zwangsvollstreckung aus getrennten Titeln, obwohl § 747 ZPO. von einem gegen alle Erben ergangenen Urteile spricht. Viel wichtiger aber ist es, daß auch Verschiedenartigkeit der mehreren Titel zugelassen wird (Hellwig, Lehrb. des ZPrRechts [3] 126, Planck [3] Anm. 1 a zu § 2059 BGB.). Vielleicht kann man sogar in einzelnen Fällen die Vollstreckung schon dann eröffnen, wenn erst gegen einen Teil der Miterben ein Titel vorliegt. Dies dann, wenn ein Miterbe zugleich Nachlaßgläubiger ist oder wenn die Nachlaßverbindlichkeit in der Abgabe einer Willenserklärung besteht (§ 894 ZPO.). In diesem Falle wird es regelmäßig genügen, daß der Miterbe als Gläubiger zur Vollstreckung in den Nachlaß einen Titel gegen alle übrigen Miterben erwirkt oder (im Falle des § 894 ZPO.) einen Vollstreckungstitel gegen diejenigen, welche die verlangte Willenserklärung nicht freiwillig abgeben, da es sich hierbei nicht um eine Vollstreckung in den „Nachlaß" oder um „gemeinschaftliche" Nachlaßgegenstände im Sinne des § 747 ZPO., sondern um Individualleistungen handelt.

3. Kretzschmar, SächsRpflA. **11** 529 ff. Ein Miterbe kann den ihm gegen die Erbengemeinschaft zustehenden fälligen Anspruch schon vor der Auseinandersetzung geltend machen. Für die Klage des Miterben, die zu diesem Zwecke nötig wird, sind die übrigen Miterben die Passivlegitimierten. Die Klage ist darauf zu richten, daß die verklagten Miterben verurteilt werden, wegen der Forderung des klagenden Miterben von x Mark die Zwangsvollstreckung in den ungeteilten Nachlaß des N. N. geschehen zu lassen. Die Klage kann gegen jeden Miterben besonders oder auch gegen alle zusammen erhoben werden. Auf Grund des gegen die sämtlichen übrigen Miterben erwirkten Urteils erlangt der Gläubiger-Miterbe die Zwangsvollstreckung in die Nachlaßgegenstände. Soweit einzelne Miterben die Forderung anerkennen, wird es einer Klage gegen sie nicht bedürfen, sondern eine von ihnen

errichtete vollstreckbare Urkunde im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. als Schuldtitel genügen; ganz zu entbehren dagegen dürfte ein Schuldtitel nicht sein.

4. OLG. **23** 264 (München). Ist der Kläger während des Rechtsstreits verstorben, so ergibt sich die Haftung der Erben für die bisher entstandenen Gerichtskosten aus § 2058 BGB. in Verbindung mit §§ 81, 84, 89 GKG. Reicht der Nachlaß zur Befriedigung der Gerichtskosten nicht aus, so können die Erben die Erschöpfungseinrede nach § 1990 BGB. geltend machen, dies können sie aber nur im Wege der Vollstreckungsgegenklage bei dem zuständigen Gerichte tun. Bis zur Erhebung der Einwendung bleibt bei der Zwangsvollstreckung die Beschränkung der Haftung der Erben unberücksichtigt.

5. Vgl. auch zu § 2150 (Haftung der Miterben für ein Vorausvermächtnis).

§ 2062. SeuffA. **66** 344 (KG.). Wenn, entgegen § 2062, die Nachlaßverwaltung auf den Antrag nur eines oder einzelner von mehreren Erben angeordnet ist, so ist gegen eine solche der gesetzlichen Grundlage entbehrende Anordnung nach § 19 FGG. die Beschwerde gegeben. Beschwerdeberechtigt ist nach § 20 FGG. aber nur derjenige Erbe, dessen Recht noch zur Zeit der Beschwerdeführung durch die Anordnung beeinträchtigt ist, darum weder derjenige, welcher den Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung selbst gestellt, noch derjenige, der dieser Anordnung später zugestimmt hat.

Dritter Abschnitt. Testament.

Literatur: Hönninger, BadNotZ. **11** 43, Heiteres und Ernstes über das Testament (Auszüge aus Werken von Jean Paul, Langbein und Rosegger). — Derselbe, BadNotZ. **11** 208, Interessante ältere Testamente. I. Testament einer treuen Seele (Anno 1655). II. Ein Katzentestament vom Jahre 1784.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

Vorbemerkung. Zu diesem Titel ist über eine außergewöhnlich große Zahl wichtiger Entscheidungen des RG. zu berichten, so zu § 2065 über die Wirksamkeit einer Zuwendung trotz Offenlassung der zugewendeten Summe, zu § 2069 über die Auslegung einer Erbeinsetzung zugleich im Sinne der Berufung der Abkömmlinge des eingesetzten Erben, zu § 2078 über die Bedeutung des dort vorausgesetzten Irrtums, zu §§ 2078—2083 über die Anerkennung einer nichtigen Teilungsanordnung.

§§ 2064 ff. BadRpr. **11** 58 (Karlsruhe). Für eine auf Feststellung der Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Testaments gerichtete Klage besteht keine notwendige Streitgenossenschaft (§ 62 ZPO.).

§§ 2065, 2086. Zuwendung unter Offenlassung der zugewendeten Summe. **RG.** JW. **12** 39. Das eigenhändige Testament der Erblasserin bestimmt zugunsten der Klägerin: „Meiner Nichte N. N. vermache ich ein Kapital von . . . . Es soll in guten Hypotheken zu 4 pCt. angelegt werden, und denke ich, daß sie von den Zinsen ein zwar bescheidenes, aber sorgenfreies Leben für ihr Alter haben soll." Das OLG. hat unter Billigung des RG. der Klägerin unter Berücksichtigung der Sachlage 20 000 M. zugesprochen. § 2086 ist nicht verletzt. Es ist möglich, daß die Erblasserin beabsichtigte, später noch die Summe einzusetzen, welche die Klägerin erhalten sollte, das schließt aber nicht aus, daß die Erblasserin wollte, die Verfügungen sollten auch wirksam sein in dem Falle, daß es nicht zur Ergänzung komme. Die Vorschrift des § 2065 steht nicht entgegen: es soll nicht gelten, was ein anderer bestimmt, sondern das Gericht hat dargelegt, was die Erblasserin gewollt und angeordnet hat. Die Formvorschrift des § 2231 Ziff. 2 ist beachtet, das OLG. hat lediglich dn Inhalt des formgültig errichteten Testaments klargelegt. — Vgl. auch zu § 2301 Ziff. 3.

§ 2069. a) **RG.** JW. **11** 544, WarnE. **4** 375, R. **11** Nr. 2166, 2167. Wenn § 2069 für den dort behandelten Sonderfall ausdrücklich vorschreibt, es sei die Erbeinsetzung einer Person regelmäßig dahin auszulegen, daß sie zugleich die Ersatzberufung ihrer Abkömmlinge enthalte, so ist damit grundsätzlich anerkannt, daß die bloße Einsetzung eines Erben eine Grundlage für die Ermittelung eines weitergehenden, durch Auslegung zu findenden Willens bilden kann. Kein ausschlaggebendes Gewicht ist auf die Auffassung des beurkundenden Notars zu legen, wenn es auf die Prüfung ankommt, welches der Wille des Erblassers gewesen sei, da ein solcher Wille auch dann, wenn er dem beurkundenden Beamten überhaupt nicht erkennbar geworden ist, Geltung beanspruchen kann, sofern er nur in der Niederschrift erkennbaren Ausdruck gefunden hat (JW. **10** 61, JDR. **8** Ziff. 1 zu § 2084). Dies besonders dann, wenn der Notar in der wesentlichsten Frage — ob die Erbeinsetzung ohne weiteres eine Ersatzberufung enthalte — eine rechtsirrige Anschauung hatte. b) Im Anschlusse hieran wird HessRspr. **12** 206 darauf verwiesen, daß das RG. die Entsch. HessRspr. **8** 100 (LG. Mainz), nicht aber HessRspr. **9** 163 (Darmstadt) — vgl. JDR. **6** und **7** zu § 2069 — gebilligt haben würde.

§ 2070. OLG. **24** 72 (KG.). Die Auslegungsregel des § 2070 spricht zwar nur von Abkömmlingen eines Dritten. Hieraus darf aber nicht geschlossen werden, daß für die Abkömmlinge des Erblassers das Gegenteil gilt. Denn hat der Erblasser seine Abkömmlinge ohne nähere Bestimmung bedacht, so führt schon die Anwendung der §§ 2066, 2067 BGB. zu dem Ergebnisse, daß die erst nach den in den §§ 2066, 2067 bezeichneten Zeitpunkten erzeugten Abkömmlinge im Zweifel nicht als bedacht anzusehen sind. Hiermit stimmt auch der im § 1923 Abs. 1 enthaltene allgemeine Grundsatz überein.

§ 2072. **RG.** R. **11** Nr. 1702. Die Auslegung eines Testaments, in dem ein der selbständigen Rechtspersönlichkeit ermangelndes und nur eine Einrichtung der Kirchengemeinde bildendes Hospital zum Erben eingesetzt ist, dahin, daß die Kirchengemeinde zur Erbin mit der Bestimmung berufen sei, die ganze Erbschaft zum Besten des Hospitals zu verwenden, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

§ 2078. 1. PosMSchr. **11** 100 (KG.). In der unrichtigen Angabe des Erblassers, daß gewisse Kinder schon abgefunden seien, ist nicht ohne weiteres ein Willensmangel zu erblicken, vielmehr kann dadurch die Absicht, den Kindern nichts zuzuwenden und dies nur in weniger schroffer Form auszudrücken, zum Ausdrucke gekommen sein.

2. **RG.** **77** 165, 174, JW. **12** 23. Zur Anwendung des § 2078 Abs. 2 wird nicht vorausgesetzt, daß der Erblasser, der zu seiner Verfügung durch die irrige Annahme oder Erwartung des Nichteintritts eines Umstandes bestimmt worden ist, eine irgendwie positive und deutliche Vorstellung von dem Nichteintritte des in der Zukunft liegenden Umstandes gehabt habe. Über den Eintritt oder Nichteintritt künftiger Umstände kann man in der Gegenwart positive und deutliche Vorstellungen überhaupt nicht haben, höchstens kann es zu einer mehr oder minder erschöpfenden Erwägung künftiger Möglichkeiten kommen. Auch wenn solche Erwägungen, weil dem Vorstellungskreise des Erblassers fernliegend, ganz unterblieben sind, kann von einer „irrigen Annahme des Nichteintritts" gesprochen werden. Dann ist es gerade die Negative, das Nichtbedenken des dennoch eingetretenen Umstandes, was den Irrtum des Erblassers ausmacht. Steht ferner fest, daß zwischen diesem Nichtbedenken und dem Inhalte der letztwilligen Verfügung ein ursächlicher Zusammenhang besteht, so ist die Anfechtung zulässig. Dieser Zusammenhang wird aber zu bejahen sein, wenn — um Satz 2 des § 2079 in die Negative umzukehren — anzunehmen ist, daß der Erblasser bei Kenntnis der Sachlage, d. h. hier, wenn er den wider Erwarten eingetretenen Umstand als möglich bedacht hätte, die Verfügung nicht getroffen haben würde. — Vgl. auch zu § 2271.

§§ 2078—2083. 1. *Schwartze, Der Inhalt des Erbscheins. Die Anfechtbarkeit einer Verfügung von Todes wegen ist kein Grund, den Erbschein zu versagen. Erst die gültig erklärte Anfechtung beseitigt das Erbrecht und ist vom Erbscheinrichter zu berücksichtigen (87, 93; abweichend Strohal II 139 § 67).

2. **RG.** JW. **11** 804, R. **11** Nr. 3151. Auf Grund des durch Pfändung an einem Erbteil erlangten dinglichen Pfandrechts sind die Gläubiger eines Miterben befugt, die Gültigkeit eines der Durchführung ihrer Ansprüche entgegenstehenden Testaments anzugreifen.

3. **RG.** JW. **11** 804, R. **11** Nr. 3201. Unerörtert kann bleiben, welche Wirkung der Anerkennung einer nichtigen Erbeinsetzung zukommt (vgl. hierüber JW. **10** 998, **11** 342; **RG. 72** 209, JDR. **8**, **9** Ziff. 1 zu § 2385). Jedenfalls kann eine nichtige letztwillige Verfügung, welche nur eine Teilungsanordnung enthält und als solche den Erben nur eine schuldrechtliche Verpflichtung auferlegt, dadurch eine gewisse Wirksamkeit erwerben, daß durch Anerkenntnisvertrag (§ 781 BGB.) ein neuer selbständiger Anspruch auf die in der letztwilligen Verfügung bestimmte Verpflichtung begründet wird. Vgl. auch Ziff. I 1 zu § 2242.

§ 2080. Vgl. zu § 2271.

§ 2081. PosMSchr. **11** 100 (KG.). § 2081 enthält nur eine Formvorschrift für gewisse Anfechtungserklärungen auf Grund der §§ 2078, 2079, nicht aber einen besonderen Fall der Anfechtung selbst.

§ 2082. KGJ. **40** A 47 (KG.). Der Beginn der Frist für die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung durch eine nach der Errichtung der Verfügung pflichtteilsberechtigt gewordene Person ist gehemmt, solange diese ein späteres, sie berücksichtigendes Testament, wenn auch aus Rechtsirrtum, für rechtswirksam hält. Die gegenteilige Meinung KGBl. **10** 40 (KG. III. ZS.) — JDR. **9** Ziff. 1 zu § 1931 — widerspricht der Auslegung, die der entsprechende § 1944 Abs. 2 Satz 1 BGB. gefunden hat (KGJ. **34** A 79, RJA. 8 81; OLG. **16** 252, JDR. **6** u. **8** zu § 1944).

§ 2084. 1. **RG.** JW. **11** 283, R. **11** Nr. 1155. Zur Auslegung einer letztwilligen Verfügung können auch mündliche gelegentliche Äußerungen des Erblassers herangezogen werden.

2. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **9** Ziff. II 4 zu § 2084 (Zuwendung an eine erlaubte Privatgesellschaft oder an einen rechtsfähigen Verein) — auch R. **11** Nr. 352.

§ 2085. **RG.** R. **11** Nr. 1156. § 2085 gibt nicht eine Auslegungsregel, sondern stellt eine sog. ergänzende Rechtsvorschrift dar, die auch zur Anwendung kommt, wenn das Testament vor 1900 errichtet ist. Dies ist die Meinung selbst derer, welche bezüglich der Auslegungsregeln anderer Meinung sind.

§ 2086. Vgl. oben zu §§ 2065, 2086.

Zweiter Titel. Erbeinsetzung.

§ 2087. I. Einsetzung zum Voll- oder Vorerben? 1. Witte, ZBlFG. **11** 735 (Einige testamentrechtliche Fragen), legt ein eigenhändiges Testament des Inhalts „Ich X. X. setze hiermit meine Ehefrau zum Universalerben meines sämtlichen Vermögens ein — Ich bestimme jedoch, daß bei einer Wiederverheiratung meiner Frau meine drei Kinder ihr Vatererbteil von meiner Frau ausgezahlt erhalten", dahin aus, daß die Witwe, für den Fall und solange sie Witwe bleibe, Alleinerbin sei, sobald sie aber wieder heirate, $^{3}/_{4}$ des dann noch vorhandenen Nachlasses an ihre drei Kinder herausgeben müsse und selbst nur zu $^{1}/_{4}$ Erbe bleibe. Im übrigen werden die gegen die Einrichtung des eigenhändigen Testaments bestehenden Bedenken erörtert.

2. SchlHolstAnz. **11** 145 (KG.) legt die Bestimmung eines gemeinschaftlichen Testaments „Wenn einer von uns mit dem Tode abgehen wird, so soll der Über-

lebende im ungeteilten und ungestörten Besitz und Genuß unserer beiderseitigen gemeinschaftlichen sowie der von dem Erstverstorbenen hinterlassenen Güter verbleiben und soll demselben auch während dieses Besitzes die alleinige Verwaltung und freie Verfügung zustehen", im Sinne der Einsetzung des überlebenden Ehegatten zum Vollerben aus. Die Worte „während dieses Besitzes" sind nicht notwendig im Sinne einer Einschränkung des Verfügungsrechts des eingesetzten Erben auf seine Lebenszeit zu deuten, sondern lassen sich ungezwungen auch als eine nur sprachliche Verknüpfung des ersten und zweiten Satzteils des Testaments auffassen. Gegen die Annahme, daß der überlebende Ehegatte nur als Vorerbe eingesetzt und daher ein Fall der sog. konstruktiven Nacherbfolge (§ 2104) gegeben sei, spricht der Umstand, daß dem überlebenden Ehegatten die vorher erwähnten Befugnisse nicht nur in Ansehung des Nachlasses des Erstversterbenden im Gegensatze zu dem eigenen Vermögen des Überlebenden, sondern in Ansehung der „beiderseitigen gemeinschaftlichen Güter" zugewiesen sind. Daraus ergibt sich als Wille der Erblasser, daß beim Tode des Erstversterbenden der zu dessen Nachlasse gehörende Anteil am Gesamtgute von dem zum Vermögen des Überlebenden gehörenden Anteile nicht abgesondert werden, der Überlebende vielmehr die beiderseitigen Anteile als ein einheitliches Vermögen mit allen ihm an seinem eigenen Vermögen zustehenden Befugnissen zur Verfügung haben solle.

II. Erbeinsetzung oder Vermächtnis? 1. Die Entsch. SächsOLG. **31** 163 — IDR. **9** Ziff. IV 2 a zu § 2087 — nochmals SächsOLG. **32** 237.

2. **RG.** R. **11** Nr. 2912. Die Erbeinsetzung begründet begriffsmäßig zwar immer die Rechtsnachfolge in das Gesamtvermögen des Erblassers und, wenn es sich um mehrere Erben handelt, in ideelle Bruchteile des Gesamtvermögens. Dies schließt aber nicht aus, daß ein solcher wahrer Erbeinsetzungswille auch in der Weise zum Ausdrucke kommt, daß der Erblasser seinen Nachlaß im einzelnen vergibt, insbesondere den mehreren Bedachten nur bestimmte Summen zuwendet. In diesem Falle bedarf es zur Ermittelung des Erbschaftsbruchteils noch einer Rechnungsoperation, die das Verhältnis jener Einzelzuwendungen zum Gesamtwerte des Nachlasses klarstellt.

3. **RG.** R. **11** Nr. 2921. Die Entscheidung, ob eine Erbeinsetzung oder ein Vermächtnis anzunehmen sei, richtet sich danach, ob eine dem Nachlasse gleichwertige Einheit zugewendet ist. Die Zuwendung darf in diesem Sinne, also als Erbeinsetzung aufgefaßt werden, wenn dem Bedachten die Vertretung und Regulierung des Nachlasses übertragen sein soll, derart, daß diejenigen, welche Ansprüche auf den Nachlaß machen, sich an ihn zu halten haben und er über die Befriedigung der Gläubiger zu befinden hat. Von diesem Gesichtspunkt aus ist es nicht rechtsirrig, wenn im gegebenen Falle die Zuwendung des Bauernguts als des Hauptbestandteils des Nachlasses für eine Erbeinsetzung, dagegen die Zuwendung des Mobiliarnachlasses und des Nießbrauchs am Bauerngute für ein Vermächtnis erachtet worden ist.

§ 2089. *Hothorn, Rechtsstellung des befreiten Vorerben 40. Wenn bei Einsetzung von Vorerben und Nacherben der Nachlaß unter die Vorerben bruchteilsmäßig in einer den ganzen Nachlaß erschöpfenden Weise verteilt ist, die für die Nacherben getroffene Verteilungsanordnung aber entgegen dem rkennbar auf Verteilung des ganzen Nachlasses gerichteten Willen des Erblassers so ausgefallen ist, daß die auf die Nacherben kommenden Bruchteile das Ganze nicht erschöpfen, so muß § 2089 entsprechende Anwendung finden, obwohl die Nacherben während der Vorerbfolge keine Erbteile, sondern nur Anwartschaften haben; andernfalls würde das wenig befriedigende, den

Absichten des Erblassers widersprechende Ergebnis sein, daß die gesetzlichen Erben nach § 2104 hinsichtlich des versehentlich in Ansehung der Nacherbfolge freigebliebenen Bruchteils als Nacherben berufen sein würden.

§ 2094. *Hothorn, Rechtsstellung der befreiten Vorerben 51. Wenn die die gesetzliche Erbfolge ausschließenden, eingesetzten Erben Vorerben sind, kann es unter Umständen auch zur Anwachsung kommen. Ist der weggefallene Miterbe befreiter Vorerbe gewesen, so sind die Miterben, zu deren Gunsten sich die Anwachsung vollzieht, in Ansehung des angewachsenen Bruchteils nicht befreite Vorerben, da die Rechtsstellung, die sich aus einer Befreiungsanordnung für den Vorerben ergibt, höchstpersönlicher Natur ist; das muß in Ermangelung einer eine andere Regelung vorsehenden Anordnung des Erblassers selbst dann gelten, wenn der Vorerbe, zu dessen Gunsten sich die Anwachsung vollzieht, hinsichtlich des Erbteils, auf den er ursprünglich eingesetzt war, die befreite Rechtsstellung einnahm.

§ 2096. Über die rechtliche Stellung des Ersatznacherben s. unten Ziff. III zu § 2100 BGB.

Dritter Titel. Einsetzung eines Nacherben.

Vorbemerkung. An erster Stelle ist die eingehende systematische Schilderung der Rechtsstellung des befreiten Vorerben durch Hothorn zu erwähnen, über welche der Verfasser selbst bei den einzelnen Paragraphen dieses und des vorhergehenden Titels berichtet. Das RG. hat sich ausführlich in einer bemerkenswerten Entscheidung (Ziff. I 1 zu § 2100) über die Rechtsstellung des Vorerben verbreitet. Hervorzuheben sind ferner die Entsch. (zu § 2100) über die Berufung des Ersatznacherben und die bedingte Nacherbeinsetzung. Das KG. (Ziff. 2 zu § 2108) verneint die Möglichkeit, daß der Vorerbe ein ihm gehöriges Vermögensstück zum Bestandteile der Vorerbschaft macht. Über den Nachweis der Entgeltlichkeit einer Verfügung des Vorerben im Grundbuchverkehr verhält sich eine Reihe neuer Entscheidungen der OLG., ohne daß aber dabei wesentliche neue Gesichtspunkte hervorgetreten sind.

Literatur: Hothorn, Die Rechtsstellung des befreiten Vorerben. Leipzig 1911.

§§ 2100 ff. *Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung (s. Vorbem. zu §§ 90 ff.) Das Anwartschaftsrecht des Nacherben ist ein Interessensubjektsrecht, das dem Verwaltungssubjektsrechte des Vorerben gegenüber als Belastung, als beschränktes Recht am Vermögen erscheint (69 ff.).

§ 2100. I. Rechtliche Stellung des Vorerben. 1. **RG.** SeuffBl. **11** 393, PosMSchr. **11** 42, JW. **11** 283, R. **11** Nr. 1158, HessRspr. **12** 18. Zwar ist auch der Vorerbe wahrer Erbe und als solcher Herr über den Nachlaß. Der § 2112 gestattet ihm deshalb grundsätzlich die Verfügung über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände, jedoch nicht, ohne ihn in derselben Gesetzesstelle sowie in zahlreichen anderen, den Gesetzestitel über die Einsetzung eines Nacherben füllenden Vorschriften dinglich und schuldrechtlich derart in dieser Verfügungsmacht einzuengen, daß § 2306 geradezu von dem durch die Einsetzung eines Nacherben „beschränkten Erben“ redet. Nach § 2129 Abs. 2 ist sogar völlige Entziehung der Verfügungsmacht denkbar, ohne daß der Erbe deshalb aufhört, Vorerbe zu sein, und selbst der sog. befreite Vorerbe ist, wie § 2136 ergibt, von den gesetzlich dem Vorerben auferlegten Beschränkungen und Verpflichtungen nicht völlig entbunden. Noch weniger darf das Wesen der Vorerbenstellung darin gesucht werden, daß dem Vorerben die Verfügung über den Nachlaß im eigenen Interesse, zu eigenem Nutzen und Vorteil zustehen müsse. Im Gegenteil ergeben zahlreiche Bestimmungen des Gesetzes, daß er sich auch bei der Verfügung über den Nachlaß von der Rücksicht auf die Interessen des Nacherben

leiten lassen soll (vgl. §§ 2130, 2131, 2120, 2127, 212), und selbst bei Einräumung der freien Verfügungsmacht über die Erbschaft (§ 2137 Abs. 2) muß es der Erblasser nicht notwendig auf den Vorteil des Vorerben abgesehen haben. Häufig genug wird hierbei das Vertrauen des Erblassers eine Rolle spielen, der Vorerbe werde die Interessen des Nacherben bedenken, auch ohne dabei an die lästigen Kontrollvorschriften des Gesetzes gebunden zu sein.

2. Weber, DNotV. **11** 576, faßt — gegen Hothorn, der dem Nacherben den Schutz der §§ 894, 895 BGB. abspricht — das Recht des Nacherben nicht nur als eine Verfügungsbeschränkung, sondern als ein positives Recht (Erbrecht) auf, welches den vom Gesetzgeber gewollten und gerechtfertigten Schutz der §§ 894, 895 auch dem Nacherben gewähre.

II. Vorerbschaft oder Nießbrauchsvermächtnis? 1. Elf.-LothJZ. **11** 197 (Colmar). In der Verfügung, daß die Erbschaft zunächst jemandem zur Nutznießung, nach dessen Tode aber einem anderen zufallen soll, kann unter Umständen die Einsetzung des ersteren als Vorerben, des letzteren als Nacherben erblickt werden, sofern nur erhellt, daß nach dem Willen des Erblassers beide die Stellung von Gesamtnachfolgern haben sollen. Vgl. auch unten zu § 2270 und zu § 2338.

2. Ebenso **RG.** ElfLothJZ. **11** 617.

III. Rechtliche Stellung des Ersatznacherben. 1. ZBlFG. **11** 549 (Dresden) stimmt OLG. **18** 332 (KG.) nicht zu, worin (zwar nur für das frühere Recht, aber aus allgemeinen Erwägungen) ausgesprochen ist, daß der Ersatzerbe vor dem Wegfalle des erstberechtigten Nacherben kein selbständiges Recht auf den künftigen Anfall der Erbschaft habe und daß daher bis zu diesem Zeitpunkte die Zustimmung des Ersatznacherben nicht erforderlich sei.

2. OLG. **23** 336, SeuffA. **66** 382, RJA. **11** 147, MecklZ. **30** 40 (Rostock). § 52 GBO. dient auch der Sicherung der Rechte des Ersatznacherben. Die Berufung eines Ersatznacherben weist allerdings im Vergleiche zu den sonstigen Fällen einer bedingten Nacherbeinsetzung die Besonderheit auf, daß auch während des Schwebens der Bedingung bereits ein — unbedingt eingesetzter — Nacherbe vorhanden ist, dessen Rechte von dem Vorerben zu berücksichtigen sind. Eintritt oder Ausfall der Bedingung entscheidet nicht darüber, ob eine Nacherbfolge in Kraft tritt, sondern darüber, in wessen Person sie Wirksamkeit erlangt. Aber das Gesetz bestimmt nicht, daß der unbedingt berufene Nacherbe den bedingt berufenen in der Wahrung der Rechte gegenüber dem Vorerben zu vertreten habe. Dieser leitet sein Recht nicht von jenem ab, und nirgends ist bestimmt, daß die Rechtsstellung des Ersatzerben, dessen Einsetzung im § 2096 als eine aufschiebend bedingte Verfügung hingestellt wird, sich von der eines unter einer sonstigen Bedingung berufenen Erben zu seinen Ungunsten unterscheiden solle. Im Gegenteile besteht für ihn die für die letzteren Fälle nach § 2108 Abs. 2 Satz 2 (§ 2074) geltende Beschränkung der Vererblichkeit der Anwartschaft nicht (Planck Anm. 2, RGKomm. Anm. 1 zu § 2096). Die Selbständigkeit seines Anwartschaftsrechts wird daher dadurch nicht berührt, daß der Ersatznacherbe nur beim Wegfalle des erstberufenen Nacherben Erbe wird.

3. Über die Bestellung eines Pflegers für die Nacherben (Ersatznacherben) vgl. oben zu § 1913 Ziff. 1.

IV. Bedingte Nacherbeinsetzung. ElfLothNotZ. **11** 289 (Colmar.) Die Verfügung in einem Erbvertrage, durch die sich Ehegatten gegenseitig als Alleinerben des Erstversterbenden einsetzen und weiter bestimmt haben, daß der Überlebende im Falle seiner Wiederverheiratung von da an Vorerbe des Erstversterbenden werden solle, ist rechtsgültig, weil sie eine bedingte Nacherbeinsetzung enthält. Der dem Alleinerben zu erteilende Erbschein muß die durch die bedingte Nacherbfolge angeordnete Beschränkung enthalten.

§§ 2101, 2162, 2178. RG. JW. **11** 362. Der Erwerb des Zugewendeten durch die bedachte Nachkommenschaft in den Fällen der §§ 2101, 2162, 2178 tritt nicht vor deren Dasein ein, sondern erscheint durch ihre Entstehung bedingt.

§ 2108. Über die Nichtanwendbarkeit des § 2108 auf bedingte Nachvermächtnisse vgl. unten zu § 2190.

§ 2111. 1. *Hothorn, Rechtsstellung des befreiten Vorerben 127. Bei Veräußerung des Miterbenanteils durch einen Vorerben gegen Entgelt greift § 2111 nicht ein. Das Surrogationsprinzip bezieht sich nur auf Fälle teilweiser Veränderungen im wirtschaftlichen Bestande des Nachlasses.

2. KGJ. **40** A 183, ZBlFG. **11** 661, NaumbAK. **11** 41 (KG.). Die als Vorerbin eingesetzte Witwe ist nicht berechtigt, eine auf ihren Namen eingetragene Hypothek auf den Namen der Erben ihres verstorbenen Ehemanns, also in der Weise, daß sie als Vorerbin und dabei das Recht der Nacherben eingetragen werde, umschreiben zu lassen. Denn wenn auch das Gesetz während der Dauer der Vorerbschaft die Erbschaftsmasse als ein selbständiges Sondervermögen von dem anderweiten freien Vermögen des Erben unterscheidet (vgl. auch § 773 ZPO.), so läßt doch nur in den besonders bestimmten Fällen (§§ 2019, 2041, 2111 BGB.) das Gesetz unter Anwendung des Surrogationsgrundsatzes an Stelle der der Erbschaft entzogenen Gegenstände andere Gegenstände mit dinglicher Wirkung in die Erbmasse eintreten. Einer dieser Fälle liegt hier nicht vor, insbesondere trifft § 2111 Abs. 1 nicht zu, weil die Witwe die Hypothek nicht durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erworben, sondern bereits vor dem Erbfalle besessen hat. Der § 2111 Abs. 2 bezweckt nur, eine für den Nießbrauch geltende Vorschrift (BGB. § 1048, vgl. §§ 588, 1378) in entsprechender Weise auf die Vorerbschaft zu übertragen, kann also nicht dazu benutzt werden, den Austausch eines Gegenstandes der Vorerbschaft mit einem solchen des freien Vermögens zu ermöglichen. Der dinglichen Wirkung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung des Vorerben, daß er in der Verfügung über bestimmte Gegenstände seines freien Vermögens zugunsten der Nacherben in gleicher Weise wie hinsichtlich der zur Vorerbschaft gehörigen Gegenstände beschränkt sein wolle, steht die Vorschrift des § 137 BGB. entgegen. Ob zur Sicherung des Rechtes der Nacherben aus der von der Vorerbin etwa übernommenen Verpflichtung die Eintragung einer Vormerkung möglich sein würde, wird dahingestellt gelassen.

Literatur: Kretzschmar, ZBlFG. **12** 1, Die Verfügungsmacht des Vorerben, erörtert die Einschränkungen, die nach dem Gesetze das Recht des nicht befreiten Vorerben zur Verfügung über die Erbschaftsgegenstände erfahren hat, und zwar einerseits bei rechtsgeschäftlichen Verfügungen, andererseits im Falle der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder des Konkurses des Vorerben.

§ 2112. *Hothorn, Rechtsstellung des befreiten Vorerben 116 ff., insbes. 123. Wenn der Vorerbe bei der Erbauseinandersetzung einen Erbschaftsgegenstand übernimmt unter Anrechnung auf seinen Anteil und unter Zuzahlung des den Wert seines Anteils an der Erbschaft übersteigenden Betrags aus Eigenmitteln, so ist der Vorerbe in Ansehung derjenigen Wertquote, die dem aus Eigenmitteln zugezahlten Betrag entspricht, nicht als Erbe, sondern als freiberechtigter Dritter zu behandeln. Ist der aus der Erbschaft erworbene Gegenstand ein Grundstück, so würde der Nacherbrechtsvermerk unter Angabe der dem Nacherbrecht unterliegenden Wertquote (Bruchteils) einzutragen sein.

§ 2113. I. Abs. 1. Verfügung über Grundstücke. 1. Die Entsch. des KG. — JDR. **9** Ziff. 2 zu § 2113 — auch SeuffA. **66** 302.

2. **RG.** R. **11** Nr. 3834. Hat der Nacherbe sich dem Vorerben gegenüber verpflichtet, der Veräußerung eines Nachlaßgrundstücks zuzustimmen, so erwächst

daraus für den Erwerber noch nicht das Recht, die Feststellung der Rechtsverbindlichkeit des Kaufvertrags gegenüber dem Nacherben zu betreiben.

3. OLG. **24** 84 (Breslau). Ist ein Grundstück auf den Namen der Eheleute als Miteigentum zur gesamten Hand eingetragen und verfügt der überlebende Ehegatte über das Grundstück durch Eintragung einer Hypothek, so ist diese Verfügung zwar, wenn der überlebende Ehegatte nur Vorerbe war, nach Eintritt der Nacherbfolge an sich unwirksam, wird aber nach § 185 BGB. wirksam, wenn der Nacherbe zugleich Erbe des Verfügenden geworden ist und für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. Behauptet der Nacherbe, daß seine Haftung als Erbe auf den Bestand des Nachlasses beschränkt sei, so hat er dies nachzuweisen; die in der Literatur (Plank, Staudinger, Strohal) vertretene Auffassung, daß die Konvaleszenz des § 185 BGB. nur dann eintrete, wenn der Erbe schlechthin unbeschränkt hafte, also die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung nicht mehr habe, findet im Gesetze selbst keine Stütze.

4. *Hothorn, Rechtsstellung des befreiten Vorerben 77. a) Wenn bei Einsetzung eines Vorerben die Einräumung der befreiten Rechtsstellung selbst aufschiebend bedingt ist, so kann der Vorerbe, der zunächst gewöhnlicher Vorerbe war und während dieser Zeit eine gegen den Grundsatz des § 2113 Abs. 1 verstoßende Verfügung vorgenommen hat, die bei Eintritt der Nacherbfolge platzgreifende Unwirksamkeit nicht durch eine Genehmigung, die er nach Erlangung der freien Rechtsstellung erteilt, abwenden. b) Vgl. ferner unten zu § 2120 BGB.

II. Abs. 2. Schenkungen und unentgeltliche Verfügungen 1. *Hothorn, Rechtsstellung des befreiten Vorerben. a) (89): Rechtsgeschäfte des Vorerben, bei denen sich Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen, fallen unter § 2113 Abs. 2, wenn die von seiten des Vorerben zu erbringende Leistung mittels einer Verfügung dem Vorerbschaftsvermögen entzogen wird, die Gegenleistung aber in das freie, private Vermögen des Vorerben oder in das Vermögen eines Dritten gelangt. Man kann hier von relativer — d. h. in Ansehung der Vorerbschaft relativer — Unentgeltlichkeit sprechen. — Insbesondere die Tilgung von Eigenverbindlichkeiten durch den Vorerben aus dem Stamme der Erbschaft ist unter diesem Gesichtspunkte zu betrachten. b) (105): Die im § 2113 Abs. 1 BGB. geforderte Voraussetzung, daß die Verfügung das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen müsse, um bei Eintritt der Nacherbfolge unwirksam zu werden, gilt auch für die Fälle des § 2113 Abs. 2; sie liegt aber dann nicht vor, wenn der Vorerbe zum Besten des Nachlasses Geld aufnimmt, also eine Eigenverbindlichkeit begründet und auf einem Vorerbschaftsgrundstücke zur Sicherheit eine Hypothek bestellt. c) (109): Die Bestimmung des § 2113 Abs. 2 Satz 2 gewährt dem gewöhnlichen Vorerben keine Befreiung von der Beschränkung des § 2113 Abs. 1 für den Fall, daß der auf Grund einer sittlichen oder Anstandspflicht zu veräußernde Gegenstand ein Grundstück ist. Abhilfe ist durch entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 2120 zu schaffen.

2. Weber, DNotV. **11** 574, wendet sich gegen die Unterscheidung, die Hothorn zwischen Abs. 1 u. 2 des § 2113 BGB. in der Weise macht, daß der Abs. 1 als Ausfluß der Bedingtheit des Gesamtrechts des Vorerben aufzufassen, der Abs. 2 dagegen nicht auf diese Bedingtheit, sondern auf die Notwendigkeit einer mit dinglicher Wirkung ausgestatteten Remedur zurückzuführen und diese dingliche Rechtswirkung als Ausfluß eines auf unentgeltliche Verfügungen gemünzten Veräußerungsverbots anzusehen sei. Weber hält es bei der zweifellos anzuerkennenden allgemeinen dinglichen Gebundenheit der Erbschaftsgegenstände an die Erbschaft und im Hinblick auf den Wortlaut des Gesetzes für logischer, auch die Vorschrift des Abs. 2 auf diese Gebundenheit zurückzuführen und als Ausfluß des Rechtes des Nacherben zu betrachten.

3. v. Bruch, DJZ. **11** 927. Die Einwilligung, die nach dem Tode eines Gesellschafters dessen als befreite Vorerbin eingesetzte Witwe in die Fortführung der Firma gemäß § 24 Abs. 2 HGB. erteilt, ist keine unentgeltliche Verfügung im Sinne des § 2113 Abs. 2 BGB., da die Handelsfirma lediglich der Name eines Rechtssubjekts, nicht aber die Bezeichnung des Handelsgeschäfts und daher als ein Persönlichkeitsrecht niemals Objekt von Vermögensrechten sein kann. Es genügt daher ihre Einwilligungserklärung allein, ohne daß es der Zustimmung der Nacherben bedarf. Durch diese Erklärung wird aber auch über die Genehmigungsbefugnis, einen Ausfluß des Persönlichkeitsrechts des Erblassers, abschließend verfügt, deshalb kann es auch nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge auf die Einwilligung der Nacherben nicht mehr ankommen.

4. ZBlFG. **11** 445 (Dresden). Die Annahme, daß durch eine Schenkung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen werde, erfordert das Vorliegen besonderer Umstände, aus denen sich die in den Geboten der Sittlichkeit oder des Anstandes begründete Verpflichtung zu der Schenkung ergibt (vgl. **RG. 70** 19 u. 386). Ob durch ein Testament eine derartige Verpflichtung begründet wird, muß in Ermangelung des Einverständnisses aller Beteiligten im Prozeßweg entschieden werden.

III. Abs 3. Kretzschmar, ZBlFG. **12** 5. Kommt der Verfügung des Vorerben auf Grund der Vorschriften zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, Gültigkeit zu so kann der Nacherbe eintretendenfalls von dem Vorerben die Herausgabe der Gegenleistung auch dann verlangen, wenn er die ihm gegenüber unwirksame Verfügung genehmigt. Bei unentgeltlichen Verfügungen hat der Nacherbe gegen den Vorerben einen Anspruch auf Schadensersatz, daneben haftet ihm der Beschenkte gemäß § 816 Abs. 1 Satz 2 auf die Bereicherung.

§ 2115. 1. Kretzschmar, ZBlFG. **12** 1. Unter einer Verfügung, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, ist nur eine solche Zwangsvollstreckung zu verstehen, die wegen einer Geldforderung in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen des Schuldners betrieben wird, nicht also eine solche, bei der die zu der Verfügung erforderliche Willenserklärung des Verfügenden auf Grund eines wider ihn ergangenen Urteils als abgegeben gilt (§§ 894, 895, 897 ZPO.).

2. Kretzschmar, ZBlFG. **12** 8, hält die Vorschrift des § 2115 Satz 1 nicht einwandfrei für den Fall, daß das Recht des Nacherben, wie es die Regel bildet, vererblich ist, da in diesem Falle dem Nacherben das Recht zuzubilligen sei, der Zwangsvollstreckung sofort (und nicht erst beim Eintritte des Falles der Nacherbfolge) zu widersprechen und dadurch z. B. die Löschung von Zwangseintragungen sofort herbeizuführen. Unter Umständen läßt sich durch Anwendung des § 226 BGB. helfen, wenn die Zwangseintragung aufrecht erhalten wird, obwohl der Gläubiger durch das Fortbestehen der Eintragung keinen Vorteil hat. Andernfalls bleibt nur das Mittel der Zwangsverwaltung übrig (vgl. § 784 Abs. 2 ZPO.).

3. OLG. **22** 370, DJZ. **11** 764 (KG.). Der § 2115 bewirkt nicht die „Unpfändbarkeit" einer zum Nachlasse gehörigen Forderung, so daß ihr gegenüber nach § 394 BGB. nicht aufgerechnet werden könnte, sondern versagt nur, wenn ein persönlicher Gläubiger des Vorerben eine Pfändung in Nachlaßsachen vornimmt, dieser Pfändung für den Fall des Eintritts der Nacherbfolge gegenüber dem Nacherben die Wirksamkeit. Die Pfändung kann aber nicht abgelehnt werden; es „soll" nur nach § 773 ZPO. mit Rücksicht auf das Recht des Nacherben die Veräußerung oder Überweisung der gepfändeten Sachen unterbleiben, und dem Nacherben steht nur die Widerspruchsklage zu.

§ 2120. *Hothorn, Rechtsstellung des befreiten Vorerben 74. a) Eine Anordnung, daß der Vorerbe in Fällen, in denen die Grundsätze einer ordnungsmäßigen Verwaltung dies erfordern, im Verfügungsrechte befreit sein solle, darf nicht als wirksam angesehen werden; ➾ höchstens dann, wenn Grund zur Annahme besteht, daß der Erblasser den Vorerben im Verfügungsrechte grundsätzlich hat freistellen und gewissermaßen bloß mit der Auflage hat belasten wollen, davon nur in Fällen, wo es die Grundsätze ordnungsmäßiger Verwaltung heischen, Gebrauch zu machen ⇽ b) (154): Bi befreiter Vorerbschaft besteht kein Anspruch des Vorerben gegen den Nacherben auf Erteilung der Einwilligung, da es an der Voraussetzung fehlt, daß der Vorerbe nicht mit Wirksamkeit gegenüber dem Nacherben verfügen könne; über die Konsequenzen der Meinung des RG., wonach solchenfalls eine Klage auf Einwilligung zulässig ist, vgl. vor allem 156 ff. c) (156): Wenn bei gewöhnlicher Vorerbschaft der Nacherbe zur Abgabe der Einwilligungserklärung zu einer Verfügung gezwungen werden soll, so kann im Prozesse nur der Beweis der Ordnungsmäßigkeit, nicht der Entgeltlichkeit geführt werden, und die erzwungene oder freiwillig gegebene Einwilligungserklärung würde nur die Frage nach der Ordnungsmäßigkeit, nicht aber die Unwirksamkeit ausschließen, die eintreten müßte, wenn die angeblich ordnungsmäßige Verfügung nur scheinbar entgeltlich erfolgt wäre. — Dieser bei gewöhnlicher Vorerbschaft bereits erkennbare Verzicht des Gesetzes auf Schutz des Nacherben gegenüber scheinbarer Entgeltlichkeit muß natürlich erst recht bei befreiter Vorerbschaft gelten.

§ 2121. PosMSchr. **11** 8 (Königsberg). § 2121, der auch für den Fall der befreiten Nacherbfolge gilt, gibt nur einen Anspruch auf Mitteilung eines Bestandsverzeichnisses, nicht auf Leistung des Offenbarungseids (OLG. **18** 364, **19** 325). Einen Anspruch auf Leistung des Offenbarungseids geben dem Nacherben nur die §§ 2127, 260 BGB., wenn Grund zu der Annahme besteht, daß der Vorerbe durch seine Verwaltung die Rechte des Nacherben erheblich verletzt. Von dieser Verpflichtung kann der Erblasser den Vorerben befreien (§§ 2136, 2137).

§ 2128. *Hothorn, Rechtsstellung des befreiten Vorerben 205. a) Unter den Rechten des Nacherben im Sinne des § 2128 sind in Parallele zur Bestimmung des § 2130 die Rechtsbeziehungen des Nacherben zum Erbschaftsvermögen als Ganzem zu verstehen; bei Gefährdung eines einzelnen Erbschaftsgegenstandes ist daher die Voraussetzung des § 2128 nicht gegeben. b) Eine Befreiung des Vorerben nur von § 2128 Abs. 2 ist möglich; hingegen ist eine Befreiung von § 2129 Abs. 1 ohne Befreiung von § 2128 Abs. 2 nicht für zulässig zu halten, weil sonst die als Rechtssätze absoluter Natur anzuerkennenden Bestimmungen über die Zwangsverwaltung illusorisch würden. — Vgl. insbes. 209.

§ 2130. *Hothorn, Rechtsstellung des befreiten Vorerben 217. a) Der Begriff der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung ist nach objektiven, den Anschauungen des Verkehrs zu entnehmenden Grundsätzen und nicht unter Zuhilfenahme des § 2131 BGB. zu bestimmen. b) Verhältnis des § 2130 zu § 2131. — § 2130 bezeichnet die vom Vorerben als Ergebnis der Verwaltung zu erbringende Leistung, während § 2131 nur den Maßstab der Haftung für die bei nicht ordnungsmäßiger Beschaffenheit des Nachlasses vorliegende Unmöglichkeit der Leistung gewährt. c) Befreiung von § 2131 unter Aufrechterhaltung der Vorschrift des § 2130 bedeutet eine Modifikation des in Ansehung der Erbschaftsverwaltung bestehenden Legalschuldverhältnisses, dergestalt, daß der Vorerbe nur noch für vorsätzlich ordnungswidrige Verwaltung haftet (vgl. § 276 BGB.), auch wenn eine Benachteiligungsabsicht, wie sie § 2138 fordert, nicht nachzuweisen ist. — Würde von der Beschränkung der § 2130 befreit, § 2131 aber nicht aufgehoben

sein, so würde letztere Bestimmung doch gegenstandslos sein, weil nicht gesagt ist, was in Ansehung der Verwaltung zu fordern ist.

§ 2134. Zur Frage der Tilgung von Eigenverbindlichkeiten des Vorerben aus dem Stamme der Erbschaft vgl. *Hothorn Ziff. II 1 a zu § 2113.

Literatur: Kretzschmar, SächsRpflA. **11** 337, erörtert die Rechtsstellung des befreiten Vorerben in folgenden Abschnitten: I. Allgemeines. II. Anordnung der Befreiung. III. Herausgabe der Erbschaft. IV. Erbschein und grundbuchrechtliche Verhältnisse. — Minden, ZBlFG. **12** 222, Die Beziehungen des Vorerben und Nacherben im Grundbuchverkehr (beleuchtet nach einer geschichtlichen Einleitung die Umkehr der Rechtsprechung über die Rechtsstellung des befreiten Vorerben). — Landauer, ZBlFG. **12** 433, Die richterliche Prüfung bei Verfügungen des befreiten Vorerben (desgl.).

§ 2136. I. Rechtsstellung des befreiten Vorerben. 1. *Hothorn aaO. 53 ff. a) Die aus einer Befreiungsanordnung sich ergebende Rechtsstellung ist als eine solche höchstpersönlicher Natur aufzufassen, die auf den Erben des Vorerben, der bis zum Eintritte der Nacherbfolge in die Vorerbenstellung einrückt, nicht übergeht. b) (44): Der Vorerbe kann gewöhnlicher und befreiter Vorerbe zugleich sein; dieser Fall kann eintreten, wenn dem Vorerben zu Bruchteilen mehrere Nacherben gesetzt sind und die Rechtsverhältnisse den verschiedenen Nacherben gegenüber verschieden ausgestaltet sind; er ist sogar dann möglich, wenn dem Vorerben nur ein Nacherbe gesetzt ist, wenn nämlich der Nacherbe auf einzelne Bruchteile unter verschiedenartigen Bedingungen eingesetzt ist. Vgl. 48 aaO.

2. Weber, DNotV. **11** 576 — gegen Hothorn 153 ff., der in dem Nacherbeneintrage mit Befreiungsvermerk einen Verzicht des Gesetzes auf Schutz des Nacherben, und zwar nicht nur gegen scheinbar entgeltliche, sondern auch gegen offenbar unentgeltliche Verfügungen erblickt: — Diese Ansicht widerspricht nicht nur dem Willen des Gesetzgebers, sondern auch dem Wortlaute, Sinn und Zweck der § 2113 BGB. und § 52 GBO. und wird nur aus allgemeinen Erwägungen hergeleitet, welche, selbst wenn man ihre Richtigkeit zugeben wollte, niemals dazu führen können, den Nacherben gegenüber unentgeltlichen Verfügungen des Vorerben schutzlos zu stellen.

II. Nachweis der Entgeltlichkeit. 1. *Güthe, DNotV. **11** 9—24. Die Rechtsprechung, insbesondere die des RG. und des KG., hat den früher in der Vorerbenfrage eingenommenen starren, mathematischen Standpunkt neuerdings zugunsten des gegenteiligen den Lebensverhältnissen Rechnung tragenden juristischen Standpunkts mehr und mehr eingeschränkt. Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, daß zwischen der oberstrichterlichen Auffassung und der herrschenden Meinung immer noch ein grundsätzlicher Gegensatz besteht. Nach der herrschenden Meinung genügt zum Nachweise der Entgeltlichkeit die bloße Erklärung des befreiten Vorerben über den Empfang des Entgelts, falls nicht besondere Umstände gegen die Richtigkeit der Erklärung sprechen; nach der Ansicht des KG. genügt die Erklärung des Vorerben nur dann, wenn besondere Umstände für ihre Richtigkeit sprechen. Richtig und den Lebensverhältnissen entsprechend ist nur die erste Auffassung.

2. Kretzschmar, SächsRpflA. **11** 337. Der Standpunkt des **RG. 61** 228, **65** 214, **69** 257, der beim Nachweise der Offenkundigkeit der Entgeltlichkeit einer Verfügung des Vorerben die Beibringung der Zustimmung des Nacherben für entbehrlich erachtet, kommt auf einen bloßen Notbehelf hinaus. Eine für den Nacherben bindende Feststellung über die Entgeltlichkeit der Verfügung kann im Grundbuchverfahren nicht getroffen werden, die Erhebung des Beweises hierüber gehört in den Prozeß, in dem von dem Nacherben die Unentgeltlichkeit der Verfügung geltend gemacht wird.

3. Landauer aaO. 447. Der befreite Vorerbe hat im Falle der Verfügung über ein im Grundbuch zu seinen Gunsten eingetragenes Recht nur das seiner Verfügung zugrunde liegende Geschäft vorzulegen, und es ist, falls dieses Grundgeschäft nach Name und Art die Merkmale der Entgeltlichkeit an sich hat, seine Verfügung insolange für berechtigt zu erkennen, als dem Grundbuchrichter nicht nach den Regeln der in Grundbuchsachen geltenden Beweisgrundsätze der Mangel der Befugnis erkennbar gemacht ist. Bloße Bedenken des Grundbuchrichters aber können zur Aberkennung der Verfügungsbefugnis nicht ausreichen.

4. Aus der Rechtsprechung. a) Die Entsch. des KG. — DJZ. **11** 220 (Abtretung einer Nachlaßhypothek zur Sicherung der Forderung aus einem der Vorerbin gewährten Darlehen) — JDR. **9** Ziff. III 2 a zu § 2136 — auch KGJ. **40** A 174, DNotV. **11** 931, SeuffBl. **11** 249. b) Die Entsch. des KG., DNotV. **10** 915 (Abtretung einer mehr als die Hälfte des Nachlasses ausmachenden Hypothek, Bescheinigung des Notars über den Empfang der Gegenleistung) — JDR. **9** Ziff. III 4 zu § 2136 — auch KGJ. **40** A 180, DNotV. **11** 933, OLG. **23** 340. Ähnlich OLG. **23** 341 (KG.) unter näherer Erörterung der an die Bescheinigung des Notars gemäß Artt. 54, 56 PrFGG. zu stellenden Anforderungen. c) RJA. **11** 123 (KG.). Eines Nachweises der Entgeltlichkeit bedarf es regelmäßig nicht, wenn eine Eintragungsbewilligung des Vorerben Bestandteil eines zweiseitigen entgeltlichen Geschäfts ist (KGJ. **38** A 223, JDR. **9** Ziff. III 1 a zu § 2136). Das gleiche gilt, wenn die von einem Vorerben erklärte Auflassung auf einem zweiseitigen entgeltlichen Geschäfte beruht. d) ElsLothJZ. **11** 381, ElsLothNotZ. **11** 197, R. **11** Nr. 2168 (Colmar). Der Beweis der Einwilligung des Nacherben zu der Verfügung des befreiten Vorerben über ein Nachlaßgrundstück ist auch dann erforderlich, wenn ein unentgeltliches Rechtsgeschäft, zu dem der Vorerbe nach § 2113 Abs. 2 nicht befugt ist, durch ein äußerlich als entgeltlich erscheinendes verdeckt sein kann. e) MecklZ. **29** 293 (Rostock). Der Umstand, daß eine Ersparnisanstalt die Erwerberin einer Grundschuld ist, ist nicht hinreichend, um die Unentgeltlichkeit als offenkundig erscheinen zu lassen. f) OLG. **23** 342 (KG.). Die ohne Gewährung eines Entgelts erklärte Enthaftung eines Trennstücks ist ein entgeltliches Geschäft, wenn eine Gegenleistung für sie dadurch gewährt wird, daß das enthaftete Trennstück von dem Eigentümer der Benutzung für die Anlegung einer öffentlichen Straße zugeführt und dadurch der Wert des für die Hypothek noch haftenden Restgrundstücks gesteigert wird.

III. Löschung des Nacherbenvermerkes. a) OLG. **24** 85 (Bay. ObLG.). Ist der Vorerbe als Eigentümer und gemäß § 52 GBO. das Recht des Nacherben und die Befreiung des Vorerben im Grundbuch eingetragen, so kann im Falle der Veräußerung und Auflassung des Grundstücks an einen Dritten der Nacherbenvermerk nur auf Bewilligung des Nacherben im Grundbuche gelöscht werden. b) Dagegen OLG. **24** 87 (KG.). Ist der Nachweis erbracht, daß die Auflassungserklärung der als befreiten Vorerbin des Grundstückseigentümers eingetragenen Witwe ein entgeltliches Geschäft ist, so scheidet durch die Übertragung des Eigentums auf einen Dritten das Grundstück aus der Erbschaft aus. Der Nacherbenvermerk ist also gegenstandslos geworden und nach § 22 Abs. 1 GBO. zur Löschung reif.

§ 2139. Über die Verpflichtung des Nacherben zur Aufnahme eines durch den Tod des Vorerben unterbrochenen Verfahrens vgl. **RG. 75** 363 (unten zu § 242 ZPO.).

§ 2143. *Schmidt-Rimpler, Eigentümerdienstbarkeit. Bis zum Eintritte der Nacherbfolge ist ein konfundierter Nießbrauch als erloschen zu behandeln, bei Eintritt der Nacherbfolge stellt sich aber heraus, daß er als wahres Recht seit dem Erbfalle fortbestanden hat. Die Behandlung des Schwebezustandes ist die gleiche wie bei § 1976 (157 f., vgl. auch dens. zu § 1976).

Vierter Titel. Vermächtnis.

§ 2147. **RG.** R. **11** Nr. 3202. Ein Erbe kann auch mit einem Vermächtnisse beschwert werden, dessen Wert den des Erbteils übersteigt. Er haftet dann, wenn er die Erbschaft angenommen hat und ein Grund für eine beschränkte Haftung nicht vorliegt, auch mit seinem eigenen Vermögen.

§ 2150. RheinA. **108** I 214 (Cöln). Auch das Vorausvermächtnis begründet wie das Vermächtnis lediglich eine Forderung des Bedachten gegen den oder die Beschwerten auf Leistung des vermachten Gegenstandes (§ 2174). Hinsichtlich des obligatorischen Anspruchs haften Miterben als Gesamtschuldner (§ 2058). Die Klage auf Erfüllung des Vermächtnisses kann daher gegen jeden der Miterben mit der aus § 2059 sich ergebenden Beschränkung erhoben werden. Eine notwendige Streitgenossenschaft in dem Sinne, daß die Klage gegen alle Erben oder Miterben erhoben werden müsse (§ 62 ZPO.), liegt nicht vor. Das Gegenteil kann auch nicht aus §§ 2033 ff. gefolgert werden, denn durch ein gegen den einzelnen Miterben ergehendes Urteil werden die Rechte der gesamten Erben „an den einzelnen Gegenständen" an sich noch nicht berührt, auch wenn das Vermächtnis einen bestimmten Nachlaßgegenstand betrifft. Erst die Vollstreckung eines solchen Urteils wirkt wie eine rechtsgeschäftliche Verfügung im Sinne des § 2033 Abs. 2. Deshalb besteht für die Zwangsvollstreckung allerdings gemäß § 747 ZPO. eine notwendige Streitgenossenschaft. Daraus ist jedoch nicht zu entnehmen, daß auch die Klage gegen die sämtlichen Erben oder Miterben gerichtet werden müsse (**RG. 68** 221). Die gegenteilige Auffassung würde in Fällen, wo von mehreren Erben nur einer oder nur einige die Erfüllung des Vermächtnisses weigern, zu einer sinnlosen Klagenhäufung führen.

§ 2156. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **9** zu § 2156 — auch R. **11** Nr. 141, BayRpflZ. **11** 68.

§ 2169. 1. *Ehni, WürttZ. **11** 193, 225 u. 257. Gegenstand des Verschaffungsvermächtnisses kann nicht nur ein einzelner nicht dem Erblasser gehörender Gegenstand sein, sondern auch ein fremder Vermögenskomplex. So kann ein Erblasser, der seinen Ehegatten zum Alleinerben einsetzt, diesem in der Form des Verschaffungsvermächtnisses die Herausgabe eines Bruchteils des ehelichen Gesamtvermögens an die Verwandten des Verstorbenen auferlegen. Vgl. auch unten Ziff. II zu § 2269.

2. **RG.** FrankfRundsch. **45** 108, WarnE. **11** 319, R. **11** Nr. 1763. § 2169 bedeutet: ist ein vermachter Gegenstand zur Zeit des Erbfalls in der Erbschaft nicht vorhanden, so gilt das Vermächtnis regelmäßig als nicht gewollt. Nur wenn der Bedachte nachweist, daß der Erblasser ihm den Gegenstand zuwenden wollte ohne Rücksicht darauf, ob er sich in der Erbschaft befände oder nicht, ist der Beschwerte verpflichtet, den vermachten Gegenstand dem Bedachten zu verschaffen.

3. OLG. **24** 78, HansGZ. **11** Beibl. 107 (Hamburg). Ein „Verschaffungsvermächtnis" im Sinne der §§ 2169, 2170 ist nicht unwirksam, wenn die Erben auf Grund des § 1477 Abs. 2 BGB. in der Lage sind, bei der Auseinandersetzung mit der Witwe über das Gesamtgut der allgemeinen Gütergemeinschaft das vermachte Grundstück zu erwerben, um es dann dem Vermächtnisnehmer zur Verfügung zu stellen. Die Vererblichkeit des im § 1477 Abs. 2 BGB. begründeten Übernahmerechts ist nicht zu bezweifeln.

§ 2174. **RG.** R. **11** Nr. 1326. Durch die Bestimmung, daß ein Vermächtnis „aus" bestimmten, dem Erblasser gehörigen Hypotheken bezahlt werden solle, braucht nicht die Fälligkeit des Vermächtnisses bis zur Heimzahlung der Hypotheken aufgeschoben zu sein, die Anordnung des Erblassers kann auch dahin

verstanden werden, den Erben lediglich eine Anleitung zu geben, aus welchen Mitteln sie die Vermächtnisse bezahlen könnten.

§ 2175. *Schmidt-Rimpler, Eigentümerdienstbarkeit. Wenn der Nießbraucher an einer Sache diese ererbt, sie aber einem Dritten vermacht wird, so findet § 2175 keine Anwendung, ist aber aus § 2165 in Verbindung mit dem allgemeinen Konfusionsprinzipe zu folgern, daß der Nießbrauch fortbesteht, aber den vor der Übereignung etwa bestellten Rechten Dritter nicht vorgeht (158 f.).

§ 2176. Über die zu dem Erwerb eines einer Kirchengemeinde vermachten Grundstücks erforderliche landesherrliche Genehmigung und die des Oberkirchenrats in Preußen s. OLG. **24** 89 (KG.).

§ 2190. **RG.** JW. **11** 282. § 2108 regelt nur den Fall der Nacherbfolge, während auf (bedingte) Nachvermächtnisse die §§ 2190, 2074, 2177 BGB. Anwendung finden. Nach dem früheren PrALR. transmittierte der unter einer Bedingung eingesetzte Fideikommissar (Nacherbe oder Nachvermächtnisnehmer), wenn er den Erblasser überlebte, sein Sukzessionsrecht auf seine Erben, auch wenn er vor dem Sukzessionsfalle verstarb.

Sechster Titel. Testamentsvollstrecker.

Vorbemerkung. Zu diesem Titel ist fast ausschließlich über die Rechtsprechung des RG. und des KG. zu berichten, die in großer Zahl über wichtige Fragen auf dem Gebiete der Testamentsvollstreckung sich auszusprechen Gelegenheit gehabt haben. So hat das RG. (zu § 2197) nunmehr der Ansicht beigepflichtet, welche die Ernennung des alleinigen Erben oder Vorerben zum Testamentsvollstrecker für unzulässig erachtet. Bei § 2201 bestimmt das KG. des näheren den Zeitpunkt, mit welchem die Ernennung des Testamentsvollstreckers wirksam wird. Die Rechtsstellung des TV. wird vom RG. (zu § 2203) dahin festgestellt, daß der TV. ein Amt bekleidet, also nicht gesetzlicher Vertreter der Erben ist, andererseits aber im wesentlichen einem Bevollmächtigten des Erblassers gleich zu behandeln ist und daher die Erben nicht verpflichtet, wenn er bewußt sein Amt zum Nachteile der Erben mißbraucht hat und dieses sein Vertragsgegner hätte erkennen müssen. Der nach § 2287 BGB. dem Vertragserben zustehende Anspruch auf Herausgabe des Geschenkes wird von dem RG. (Ziff. I 2 zu § 2205) als ein individueller angesehen, dessen Geltendmachung nicht der Verwaltung des TV. untersteht.

Literatur: Jnhulsen, BayNotZ. **11** 460. Die Unterscheidung zwischen Repräsentanten und benefiziarisch Berechtigten im englischen Nachlaßrechte.

§ 2197. 1. Unzulässigkeit der Ernennung des alleinigen Erben oder Vorerben zum Testamentsvollstrecker (vgl. JDR. 8 zu § 2197). **RG. 77** 177, JW. **12** 41, R. **12** Ziff. 75, 76. Unwirksam ist eine letztwillige Verfügung, wodurch der Erblasser seinen alleinigen Erben oder Vorerben zum Testamentsvollstrecker, insbesondere auch zu dem Zwecke ernennt, daß der Vorerbe bis zum Eintritt einer angeordneten Nacherbfolge die Rechte des Nacherben ausübe und dessen Pflichten erfülle (§ 2222). Der Erbe ist begriffsmäßig Herr des Nachlasses, und es wäre deshalb widersinnig, ihm in der Eigenschaft eines Testamentsvollstreckers an demselben Nachlasse bloße Verwaltungsrechte einzuräumen, die nur als Beschränkung seiner Rechte gedacht sind (§ 2306). Dasselbe gilt von dem Vorerben in den Grenzen seiner Verfügungsmacht. Andererseits würde ihm die Testamentsvollstreckereigenschaft nicht gestatten, die ihm als Vorerben gezogenen Schranken zum Nachteile des Nacherben zu überschreiten, schon deshalb nicht, weil sowohl der Vorerbe (§ 2120) als auch der Testamentsvollstrecker (§ 2216) zur ordnungsmäßigen, d. h. zu einer die Rechte der Nacherben berück-

sichtigenden Verwaltung verpflichtet ist. Denkt man sich endlich den Erben als Testamentsvollstrecker im Sinne von § 2222 zugleich zur Wahrung der Rechte des Nacherben berufen, so wäre er damit in einen so schroffen Interessenwiderstreit hineingestellt, daß von einer gedeihlichen Führung des Amtes (§ 2202), die vor allem Unbefangenheit des Amtsträgers voraussetzt, nicht die Rede sein könnte.

2. Gegenstandslosigkeit der Ernennung eines Testamentsvollstreckers. PosMSchr. **11** 114 (Königsberg). Enthält ein Testament lediglich die Einsetzung des Alleinerben und die Ernennung eines Testamentsvollstreckers, so ist diese Ernennung ohne jeden Inhalt, da weder eine letztwillige Verfügung auszuführen, noch eine Auseinandersetzung zwischen Miterben zu bewirken, noch eine bloße Nachlaßverwaltung im Sinne des § 2209 angeordnet ist. Begrifflich ist ein solcher „Testamentsvollstrecker" nur als Beistand der Erbin gedacht und ein solcher geworden, und seine Ernennung ist nicht dadurch wirksam geworden, daß ihm das Nachlaßgericht ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt hat.

§ 2200. Beschwerderecht. a) Des Erben. RJA. **11** 15 (KG.). Daß gegen den Beschluß, durch den das Nachlaßgericht die Ernennung eines Testamentsvollstreckers ablehnt, die Beschwerde überhaupt zulässig ist, wird jetzt allgemein angenommen (KGJ. **34** A 331, Boschan, Nachlaßsachen II 174 § 42, Lafrenz, JW. **03** 413 Nr. 4). Da dem Erben das Recht zuzusprechen ist, für die Befolgung der Anordnungen des Erblassers Sorge zu tragen, so legitimiert ihn die Beeinträchtigung dieses Rechtes zur Einlegung der Beschwerde (§ 20 FGG.). Hat der Erblasser eine Testamentsvollstreckung angeordnet, so sind daher die Erben berechtigt, deren Durchführung auch dann zu überwachen, wenn der Testamentsvollstrecker nur für den Erbteil eines Miterben tätig werden soll. Dieses Recht steht ferner nicht nur den Erben in ihrer Gesamtheit, sondern auch jedem einzelnen Miterben als Sonderrecht zu. b) Des zum Testamentsvollstrecker Ernannten. KGJ. **40** A 41, 42 (KG.). Hat das Nachlaßgericht auf Ersuchen des Erblassers gemäß § 2200 einen Testamentsvollstrecker ernannt und hebt demnächst das Beschwerdegericht diese Ernennung auf, so steht dem Ernannten nach der Annahme des Amtes (§ 2202) gegen die Aufhebung seiner Ernennung die weitere Beschwerde zu, weil er von da ab ein eigenes Recht auf seine Amtsbefugnisse hat und durch die Entscheidung des Beschwerdegerichts in diesem Rechte beeinträchtigt wird (§ 20 FGG.).

§ 2201. 1. RJA. **11** 92, DJZ. **11** 1393 (KG.). Der Zeitpunkt, der für die Wirksamkeit der Ernennung maßgeblich ist, ist nicht, wie in der Literatur vielfach vertreten wird, derjenige, in dem der Ernannte durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte das Amt annimmt, sondern derjenige, in dem er, abgesehen von dem Mangel der Geschäftsfähigkeit, in die Lage kommt, sich über die Annahme oder Ablehnung des Amtes zu erklären. Regelmäßig ist dies der Zeitpunkt, in dem der Ernannte vom Erbfall und nach der Testamentseröffnung von seiner Ernennung Kenntnis erlangt, ausnahmsweise, nämlich bei aufschiebend bedingter oder befristeter Ernennung oder in den Fällen des § 2197 Abs. 2, der §§ 2198—2200, ein späterer Zeitpunkt. Durch nachträglichen Wegfall des Grundes der Unwirksamkeit wird die Ernennung nicht wirksam. Von einer Entlassung kann keine Rede sein, wenn der Entlassene nie Testamentsvollstrecker gewesen ist.

2. *Schwartze, Der Inhalt des Erbscheins. Unwirksam ist derjenige zum Testamentsvollstrecker ernannt, der zu der Zeit, da er das Amt anzutreten hat, nach § 1910 auch für einzelne Vermögensangelegenheiten einen Pfleger erhalten hat. Die abweichende Ansicht von Strohal (Erbrecht I § 40 Anm. 11) ist nach dem Wortlaute des § 2201 nicht begründet (80).

§ 2203. Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers. 1. **RG. 76** 125, R. **11** Nr. 2354. Der Testamentsvollstrecker ist — anders als der Nachlaßpfleger hinsichtlich der Erhaltung und Verwaltung des Nachlasses — nicht der gesetzliche Vertreter der Erben, er bekleidet vielmehr, wie der Vormund und Pfleger, ein Amt, wenn auch nur ein solches privater Natur. Er verwaltet den Nachlaß zur Ausführung des Willens des Erblassers mit der Wirkung, daß die von ihm vorgenommenen dinglichen und obligatorischen Verfügungshandlungen im Bereiche des Nachlaßvermögens für den Erben oder, wenn eine Erbengemeinschaft besteht, für diese rechtlich wirksam sind.

2. **RG. 75** 299, JW. **11** 399, SchlHolstAnz. **11** 155, R. **11** Nr. 1764. Mag auch § 2202 von dem „Amte" des Testamentsvollstreckers sprechen, so hat doch seine Vertretungsmacht ihren alleinigen Rechtsgrund in dem Testament als einem rechtsgeschäftlichen Akte. Die Stellung des Testamentsvollstreckers ist nach außen (§ 2208) und innen (§ 2218) keine wesentlich andere als die eines Bevollmächtigten, nur daß der Testamentsvollstrecker stets lediglich den Willen des Erblassers zur Ausführung zu bringen und nur im Interesse des Nachlasses zu handeln hat. Deshalb kommt auch für den Testamentsvollstrecker der für die Vollmacht (**RG. 52** 99, **71** 219) anerkannte Grundsatz zur Anwendung, daß aus einem durch einen Vertreter (Testamentsvollstrecker) abgeschlossenen Rechtsgeschäfte Rechte gegen den Vertretenen (Nachlaß) dann nicht hergeleitet werden können, wenn der Vertreter bewußt die Vollmacht zum Nachteile des Vertretenen mißbraucht hat und dies der Dritte hätte erkennen müssen.

3. Baer, SeuffBl. **11** 472 ff. Der Testamentsvollstrecker ist nicht verpflichtet, einen Pflichtteilsanspruch bei der Teilung des Nachlasses zu befriedigen.

4. a) BuschsZ. **42** 198 (AG. Paderborn). Der Testamentsvollstrecker ist zu dem Aufgebotsantrage zum Zwecke der Todeserklärung eines Erben jedenfalls dann legitimiert, wenn zu vermuten ist, daß der Tod des Verschollenen bereits vor dem Tode des Erblassers eingetreten ist, denn nur dadurch kann er seiner Verpflichtung zur Ausführung der letztwilligen Verfügung des Erblassers und zur Bewirkung der Auseinandersetzung unter den Miterben nachkommen. b) Ebenso Cönen aaO. 199, der auch die Antragsbefugnis des Nachlaßpflegers bejaht.

§ 2205. I. Verwaltung. 1. KGJ. **40** A 204, DNotV. **11** 929, RJA. **11** 125 (KG.). In den Kreis der Verwaltung des Testamentsvollstreckers fällt das Recht und die Pflicht, die Eintragung des Erben als Eigentümers eines Nachlaßgrundstücks herbeizuführen. Hierzu gehört auch die Erteilung der im § 22 Abs. 2 GBO. geforderten Zustimmung zu der Eintragung des Erben, zwar nicht in dessen Vertretung, wohl aber kraft eigenen Rechtes (aM. Kretzschmar, ZBlFG. **2** 720).

2. **RG. 77** 5, JW. **11** 767, R. **11** Nr. 2919, 2920. Zur Verwaltung des Nachlasses, die dem Testamentsvollstrecker untersteht, gehört der Anspruch aus § 2287 auf Herausgabe des Geschenkes nicht, vielmehr ist der Anspruch aus § 2287 nur dem Vertragserben in seiner Person als ein individueller, selbständiger und nicht aus der Person des Erblassers abgeleiteter Anspruch erwachsen (vgl. § 2287). Ein nur einzelnen Erben zustehender, möglicherweise sogar gegen die Miterben gerichteter Anspruch kann nicht Bestandteil des Nachlasses sein, welcher doch den Vorschriften über die Erbengemeinschaft (§§ 2032, 2039) unterstellt ist. Andernfalls käme der Testamentsvollstrecker in die Lage, eine Rechtshandlung desjenigen anzugreifen und unwirksam zu machen, auf dessen Willen er sein Amt und seine Befugnisse zurückführen muß. Zwar ist der Testamentsvollstrecker nicht Beauftragter des Erblassers, aber gleichwohl kann es nicht seine Aufgabe sein, dem erkennbaren Willen des Erblassers zuwiderzuhandeln, vgl. auch § 2208.

II. Verfügung über Nachlaßgegenstände. KGJ. **40** A 213, DNotV. **11** 935 (KG.). Aus der Amtsstellung des Testamentsvollstreckers folgt, daß er zur Verfügung über Nachlaßgegenstände, also auch zur Auflassung von Nachlaßgrundstücken, die einer juristischen Person durch Erbgang angefallen sind, nicht den Nachweis der gemäß Artt. 6, 7 PrAGBGB. erteilten Genehmigung zu erbringen hat. Ebensowenig ist er dabei an die öffentlich-rechtliche Beschränkung gebunden, die für eine erbende Kirchengemeinde (z. B. nach § 50 Ziff. 1 PrG. vom 20. Juni 1875) in dem Erfordernisse der Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde zur Veräußerung von Grundstücken liegt. Denn das in der Erbschaft enthaltene Grundstück fällt der Kirchengemeinde von vornherein nur mit der Beschränkung der Verfügungsmacht zu, die durch das Vorhandensein eines Testamentsvollstreckers für den Erben bedingt wird.

III. Unentgeltliche Verfügungen. **RG. 75** 299, SchlHolstAnz. **11** 155 hat SchlHolstAnz. **10** 136 (Kiel) — JDR. **9** zu § 2205 — aufgehoben, indem es die Sachlage dahin würdigt, daß der Nachlaß durch die Abtretung einer Hypothek unmittelbar Gläubiger des Begünstigten geworden und der Umstand, daß der Ersatzanspruch sich als wertlos erwiesen habe, für die Entscheidung der Frage, ob die Verfügung als unentgeltliche zu gelten habe, rechtlich bedeutungslos sei. Vgl. auch Ziff. 2 zu § 2202.

§ 2206. Die Entsch. **RG. 74** 215 — JDR. **9** zu § 2206 — auch WürttRpflZ. **11** 133.

§ 2211. 1. Beginn der Verfügungsbeschränkung des Erben und der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers. KGJ. **40** A 196, DNotV. **11** 933 (KG.). Vor der Erklärung des Testamentsvollstreckers über die Annahme seines Amtes kann weder der Testamentsvollstrecker, noch der Erbe über einen Nachlaßgegenstand verfügen. Frühere Handlungen des Testamentsvollstreckers sind als solche unwirksam und werden als Verfügungen eines Nichtberechtigten angesehen (KGJ. **25** A 285, OLG. **6** 186 — JDR. **2** zu §§ 2197 u. 2202). Die Verfügungsbeschränkung des Erben aber tritt nach der richtigen Auslegung des § 2211 (vgl. Planck Anm. 3, Dernburg V § 139 Nr. V) schon mit dem Erbfall ein und wird (von Ausnahmen abgesehen, vgl. § 2217) erst mit dem Wegfalle der Testamentsvollstreckung beseitigt.

2. Eintragung der Ernennung des Testamentsvollstreckers bei der Eintragung des Vorerben. KGJ. **40** A 190 (KG.). Zulässig ist bei Eintragung des Vorerben und des Rechtes der Nacherben im Grundbuche die gleichzeitige Miteintragung der durch die Ernennung von Testamentsvollstreckern eingetretenen Verfügungsbeschränkung, da nicht § 137, sondern § 2211 BGB. eingreift, und zwar finden die §§ 52, 53 GBO. auch dann Anwendung, wenn es sich um Grundstücke oder Rechte an Grundstücken handelt, die nicht zur Erbschaft gehören, sondern durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft für diese erworben sind (dingliche Surrogation). Der Beschränkungsvermerk kann dahin lauten: „daß Testamentsvollstrecker ernannt sind," ohne Nennung ihrer Namen (KGJ. **36** A 189) und bezeichnet nicht den Umfang der Vertretungsmacht der Testamentsvollstrecker, sondern drückt nur die Verfügungsbeschränkung der Erben aus. Ob die Testamentsvollstrecker ihr Amt angenommen haben, ist dem Grundbuchrichter nicht nachzuweisen, dagegen hat dieser zu prüfen, ob überhaupt Testamentsvollstrecker rechtswirksam ernannt sind. Vgl. zu § 2365.

§ 2216. RG. (Straff.) JW. **11** 507. Ein Testamentsvollstrecker macht sich nicht schon dadurch der Untreue (§ 266 StGB.) schuldig, daß er trotz vorhandener Barmittel ein Nachlaßgrundstück bei dessen Zwangsversteigerung

nicht ersteht, sondern es kommt auch in Betracht, ob das Grundstück für den Nachlaß gehalten werden konnte und die Erben in der Lage und geneigt waren, das Grundstück selbst oder durch einen Dritten zu verwalten, endlich, ob der Festlegung des Kapitals durch den Grundstückserwerb nicht eine andere bessere Kapitalsanlage vorzuziehen war.

§ 2217. KGJ. **40** A 207, DNotV. **11** 937, ZBlFG. **11** 413 (KG.). Die Entstehungsgeschichte des § 2217 ergibt, daß durch dessen Abs. 1 Satz 1 weder die Verpflichtung des Testamentsvollstreckers zur Überlassung von Nachlaßgegenständen ohne Verlangen des Erben, noch auch das Recht des Testamentsvollstreckers hierzu ausgeschlossen werden sollte. Der Testamentsvollstrecker ist hiernach berechtigt, sämtliche Nachlaßgegenstände als zur Erfüllung seiner Obliegenheiten entbehrlich dem Erben zur freien Verfügung zu überlassen. Auch auf diese Fälle kommt Satz 2 des Abs. 1 zur Anwendung, denn diese Vorschrift setzt nur die „Überlassung" eines Nachlaßgegenstandes an dem Erben voraus. Die (dingliche) Wirkung der Überlassung ist in allen Fällen ein endgültiges Erlöschen des Rechtes des Testamentsvollstreckers zur Verwaltung der überlassenen Gegenstände. Um eine dauernde Übertragung der gesamten Obliegenheiten auf einen anderen im Sinne von KGJ. **32** A 90 — JDR. **5** Ziff. 1 zu § 2199 — handelt es sich dabei nicht, weil der Testamentsvollstrecker die Aufsichtsbefugnisse behalten hat. Vgl. auch zu § 2219.

§ 2218. OLG. **23** 221, KGBl. **11** 109 (KG. X. ZS.). Aus der dem Testamentsvollstrecker durch § 2218 eingeräumten Rechtsstellung, wonach er einem Bevollmächtigten der Erben gleichzuachten ist, folgt, daß es zur Wirksamkeit der Pfändung eines Erbauseinandersetzungsanspruchs genügt, wenn der gerichtliche Pfändungsbeschluß nur dem Testamentsvollstrecker und nicht auch den Miterben zugestellt wird.

§ 2219. KGJ. **40** A 207, 213, DNotV. **11** 937, ZBlFG. **11** 413 (KG.). Pflichtverletzungen des Testamentsvollstreckers beeinträchtigen nicht die Wirksamkeit seiner Rechtshandlungen, sondern begründen nur seine Schadensersatzpflicht.

§ 2222. KGJ. **40** A 196 (KG.). Ist ein Testamentsvollstrecker zur Ausübung der Rechte des Nacherben bis zum Eintritte der Nacherbfolge ernannt, so ist dies bei der Eintragung des Vorerben und des Rechtes des Nacherben von Amts wegen in das Grundbuch einzutragen (§ 52 GBO.). Vgl. auch Ziff. 1 zu § 2211.

§ 2226. WürttRpflZ. **11** 358 (Stuttgart). In Angelegenheiten, die den Testamentsvollstrecker in dieser seiner Eigenschaft und nicht den Nachlaß angehen, trifft die Kostenpflicht den Testamentsvollstrecker persönlich. Der Umstand, daß er sein Amt gekündigt hat, ist auf seine Verpflichtung zur Tragung der Kosten ohne Einfluß.

§ 2227. SeuffBl. **11** 740, R. **11** Nr. 3835 (KG.). Ist der Testamentsvollstrecker wegen eines in seiner Person eingetretenen Grundes (z. B. Krankheit, Konkurs) einmal rechtsgültig aus seinem Amte entlassen, so hat er keinen Anspruch auf Wiedereinsetzung, wenn der Grund nachträglich weggefallen ist. Das Recht des Testamentsvollstreckers auf sein Amt ist kein absolutes, es ist ihm nur zur Förderung eines fremden Interesses verliehen und kann die durch das Gesetz abgegrenzte Dauer des Amtes selbst nicht überdauern.

Siebenter Titel. Errichtung und Aufhebung eines Testaments.

Vorbemerkung. In dem vorliegenden Berichtsjahr ist über eine größere Zahl wichtiger Entscheidungen des RG. zu berichten, insbesondere zur Auslegung der §§ 2241, 2242 BGB. Das RG. versteht unter dem im § 2242 Abs. 1 vorausgesetzten „Protokolle" dasselbe, welches § 2241 im Auge hat, eine Auffassung, die Herzfelder,

ZBlFG. **12** 101, nicht gelten lassen will, indem er das Erfordernis des „v. g. u." nur auf den im § 2241 Ziff. 3 vorgesehenen Inhalt erstrecken will. Hervorzuheben sind ferner die Entscheidungen über die an die Beurkundung der Vorlesung und Genehmigung von „Einschiebseln" und die Eigenhändigkeit der Unterschrift des Erblassers zu stellenden Anforderungen (Ziff. III und IV zu § 2242), über den Begriff des „Lesevermögens" im Sinne des § 2238 Abs. 2, über die Möglichkeit, eine in der Überschrift fehlende Ortsbezeichnung aus dem gesamten Inhalte des Protokolls zu entnehmen (Ziff. 2 zu § 2241), über die Durchstreichung der Zeitangabe in einem eigenhändigen Testamente, die Anbringung von Entwertungsvermerken und die Bedeutung ununterschriebener Randvermerke (Ziff. 1—3 zu § 2255). Den Regreßanspruch eines durch Errichtung eines formwidrigen Testaments Geschädigten — der IV. ZS. hatte das Testament wegen Verletzung des § 2242 Abs. 2 für nichtig erklärt — hat der III. ZS. des RG. zurückgewiesen, weil der Testamentsrichter bei seiner Beurkundung von der damaligen herrschenden Auffassung über den Begriff des „Protokolls" ausgegangen sei und habe ausgehen können — ein für den Beteiligten wenig erfreuliches Ergebnis! Nicht beizutreten wird dem KG. III. ZS. sein, wenn es (Ziff. V 3 zu §§ 2242) an die Beobachtung der Formvorschrift des § 2242 Abs. 2 deshalb strengere Anforderungen gestellt hat, weil es sich um ein dorfgerichtliches Testament handle. — Das eigenhändige Testament hat diesmal die Rechtsprechung weniger beschäftigt; hervorzuheben ist die Entsch. des OLG. Jena (Ziff. 4 zu § 2231) über das Erfordernis der richtigen Datierung und die von der Regel zuzulassenden, in der Natur der Sache begründeten Ausnahmen.

§ 2229. RG. R. **11** Nr. 2914. Allerdings ist eine vertragsmäßige Anerkennung eines nichtigen Testaments mit der Wirkung denkbar, daß der Anerkennende dem anderen Teile gegenüber die Nichtigkeit des Testaments als solche nicht geltend machen kann. Dagegen kann durch ein solches Anerkenntnis niemals ein rechtsungültiges Testament als solches rechtlichen Bestand gewinnen. Wenn also auch ein rechtsverbindliches Anerkenntnis vorläge, so könnte doch deshalb dem Antrage, daß die Rechtsbeständigkeit des Testaments festgestellt werde, nicht entsprochen werden.

Literatur: Francke, ThürBl. **58** 1, Das eigenhändige Testament in den Urteilen und Schriften der Jahre 1907, 1908 und 1909.

§ 2231. Eigenhändiges Testament. 1. Nachtrag. Form. a) KGJ. **40** A 58 (KG.). Eine hinter der Unterschrift eines eigenhändigen Testaments gesetzte besonders unterschriebene, aber nicht besonders datierte „Nachschrift" wird durch das am Kopfe des Testaments befindliche Datum nicht gedeckt und ist daher formungültig, denn nachträgliche Änderungen positiven Inhalts, mögen sie im Texte des Testaments oder darunter vorgenommen werden, stellen sich als neue letztwillige Verfügungen dar, die den Formvorschriften des § 2231 Nr. 2 entsprechen müssen, OLG. **7** 361 (KG.), **RG. 71** 293. Wäre die Nachschrift nicht an demselben Tage geschrieben, so wäre sie außerdem deswegen ungültig, weil das Zeitdatum nicht der Wahrheit entspräche, **RG. 51** 166, **52** 281, **64** 423, KGJ. **31** A 103, **37** A 120. Die Entsch. des KG. III. ZS. (OLG. **10** 307, **16** 50) sind nicht als grundsätzliche anzusehen. **b)** HansGZ. Beibl. **11** 233, OLG. **24** 92, R. **11** Nr. 2915 (Hamburg). Die im § 2231 Ziff. 2 vorgeschriebene Form wird nicht dadurch gewahrt, daß in gültiger Form (z. B. in einem Nachtrage) erklärt wird, eine andere, nicht in gültiger Form abgegebene Erklärung solle gelten, denn dann ist diejenige Erklärung, auf die es ankommt, immer noch nicht in der vorgeschriebenen Form in die Erscheinung getreten.

2. Unterschrift. ElſLothNotZ. **11** 278 (Colmar). Die Unterschrift eines eigenhändigen Testaments kann auch in den Schriftzeichen einer fremden Sprache geleistet werden.

3. Eigenhändigkeit. R. **11** Nr. 2916 (Colmar). An der Eigenhändigkeit fehlt es, wenn der Erblasser zwar die Feder in der Hand hält und mechanisch tätig wird, ein anderer aber ihn zu den niederzuschreibenden Worten leitet, so daß die Hand des Erblassers durch einen fremden Willen bestimmt wird. — Durch die Echtheit der Unterschrift unter einem Testamente steht nur fest, daß der Text vom Erblasser als sein Wille erklärt, nicht aber, daß er eigenhändig geschrieben ist. Die Eigenhändigkeit des Textes muß daher im Bestreitungsfall auch dann bewiesen werden, wenn die Unterschrift als echt anerkannt ist.

4. Richtiges Datum. OLG. **24** 95 (Jena). Wenn auch grundsätzlich zu verlangen ist, daß das Datum des eigenhändigen Testaments richtig ist, also seinen Zahlen und seiner Monatsbezeichnung nach wirklich den Tag der Testamentserrichtung angibt, so sind doch drei Ausnahmen zuzulassen. a) Wird das Testament stückweise errichtet und ist nur das letzte Stück (vielleicht nur das Datum selbst) wirklich an dem Tage, den das Datum ausweist, zustandegekommen, so genügt es, wenn das Datum des letzten Stückes richtig ist. b) Ist das Datum aus Versehen falsch geschrieben, so gilt das wirklich gemeinte Datum, wenn das Versehen als solches aus dem sonstigen Inhalte des Testaments sicher zu erkennen ist (**RG. 64** 423, JDR. **6** Ziff. 2 a zu § 2231). c) Die nachträgliche Verbesserung eines Schreibfehlers im Datum ist statthaft, wenn sie gerade nur deshalb geschieht, um das wirkliche Datum herzustellen, d. h. das Datum des Tages, an dem der ganze Text geschrieben worden ist. Es ist nicht angängig, das Testament im Falle b gültig sein zu lassen, ihm aber die Gültigkeit zu nehmen, sobald der Erblasser (Fall c) die falsche Zahl in die Zahl verbessert, die ihm und jedem Laien oder doch der großen Masse der Laien als die „richtige" erscheinen mußte. Dies hat auch entsprechend zu gelten, wenn im Falle zu c nicht nebenher der Tatbestand zugleich der Ausnahme b gegeben ist.

5. Vgl. auch **RG.** oben zu §§ 2065, 2086 (Offenlassung der zugewendeten Summe im eigenhändigen Testamente).

§ 2235. **RG.** WarnE. **11** 319, R. **11** Nr. 1764. Der Umstand, daß der Gerichtsschreiber zu den gesetzlichen Vertretern der bedachten Kirchengemeinde gehörte, genügt nicht, um dessen Mitwirkung bei der Testamentserrichtung auszuschließen (WarnE. **09** Nr. 32). Vgl. zu § 2239.

§ 2238. Abs 2. Lesevermögen. **RG. 76** 94, JW. **11** 489, R. **11** Nr. 1951, 1951 a, b. Der aus § 1922 des I. Entw. wörtlich und unbeanstandet übernommene § 2238 Abs. 2 spricht ohne Beifügung des bestimmten oder unbestimmten Artikels von „Geschriebenem" schlechthin und deutet schon hiermit an, daß nur ein abstraktes Lesevermögen verlangt wird. Lesen können heißt: den Sinn des Geschriebenen erfassen können. Der Erblasser muß ferner der Sprache mächtig sein, in der das von ihm übergebene Schriftstück abgefaßt ist, und endlich müssen ihm die ihr eigentümlichen Schriftzeichen so weit geläufig sein, daß er sie zu Wörtern und Sätzen zusammenfassen und auf diesem Wege sich mit dem Sinne des Geschriebenen geistig vertraut machen kann. Ein Mehreres aber wird vom Gesetze nicht verlangt. Wollte man weiter gehen und die Wirksamkeit letztwilliger Verfügungen von der größeren oder geringeren Leserlichkeit des betreffenden Schriftstücks oder von der größeren oder geringeren Lesegewandtheit des Erblassers abhängen lassen, so würde damit, entgegen dem Wortlaut und dem Zwecke des Gesetzes, die Rechtssicherheit gerade auf einem Gebiet in Frage gestellt, wo sie vom Gesetze mit besonders fest umgrenzten Kautelen umgeben ist. Daß die Voraussetzungen des § 2238 Abs. 2 gegeben seien, hat derjenige, der sich darauf beruft, zu beweisen, wenn sonst ein äußerlich ordnungsmäßiges

Testament vorliegt, da es sich hierbei um einen außergewöhnlichen, regelmäßig nicht zu vermutenden Mangel handelt.

§ 2239. **RG.** WarnE. **11** 319, R. **11** Nr. 1765. Darin, daß der Gerichtsschreiber bei der Testamentsaufnahme sich einmal auf kürzere Zeit entfernt, ohne daß die eigentliche Verhandlung während seiner Abwesenheit Fortgang findet, liegt kein Verstoß gegen § 2239, der eine unitas actus nicht erfordert. Vgl. zu § 2235.

§ 2241. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **9** Nr. b zu § 2241 — (Versehentlich unrichtige Datierung macht das notarielle Testament nicht nichtig) auch SeuffA. **66** 241, ElsLothNotZ. **11** 126, R. **11** Nr. 524, JW. **11** 183.

2. Angabe des Ortes der Verhandlung. **RG.** SeuffA. **66** 474, JW. **11** 589, WarnE. **11** 375, R. **11** Nr. 2586. Zwar ist richtig, daß die Ortsbezeichnung W. auf der verwendeten Stempelmarke und in der Aufschrift auf dem das Testament enthaltenden Umschlage, weil einen Bestandteil des vorzulesenden, zu genehmigenden und zu unterschreibenden Protokolls nicht enthaltend, nicht genügt, die Formvorschrift des § 2241 Ziff. 1 zu erfüllen. Allein im Texte des Protokolls ist beurkundet: Justizrat H. zu W. habe sich in die Wohnung der Witwe W. hier begeben und habe sie dort vorgefunden. Als Zeugen sind demnächst zwei „von hier" stammende Personen namhaft gemacht. Alle diese Ortsadverbien nehmen deutlich auf die vorausgehende Ortsbezeichnung W. Bezug und stellen für jeden Leser klar, daß nirgends anders als hier in W. verhandelt ist. Damit ist der Vorschrift des § 2241 Ziff. 1, die für die Beurkundung des Ortes und Tages der Verhandlung einen bestimmten Platz im Protokoll, etwa in der Überschrift, nicht anweist, durchaus genügt.

3. Angabe des Tages der Verhandlung. SeuffBl. **11** 707, R. **11** Nr. 3665 (KG.). Durch § 2241 Ziff. 1 ist die Angabe des Tages der Verhandlung für ein zwingendes Formerfordernis erklärt, dessen Fehlen nach § 125 BGB. die Nichtigkeit des Testaments zur Folge hat (**RG. 74** 423, JW. **07** 143 Nr. 25 — JDR. **9** Ziff. b zu § 2241 —). Wie diese Angabe zu geschehen habe, besagt das Gesetz nicht, so daß grundsätzlich sowohl im öffentlichen wie im eigenhändigen Testamente (§ 2231 Ziff. 2) der Tag auch in anderer, als der bisher üblichen kalendermäßigen Weise angegeben werden kann (RJA. **4** 143). Fehlt aber jede Angabe des Tages der Verhandlung, so wird der Vorschrift des § 2241 Ziff. 1 nicht dadurch genügt, daß das Protokoll besagt, die Verhandlung habe an demselben Tage stattgefunden, an dem der Antrag auf Testamentsaufnahme bei dem Gerichte gestellt worden war, und zwar auch dann nicht, wenn dieser Tag sich aus den Testamentsakten urkundlich und mit voller Sicherheit ergibt. Denn es handelt sich lediglich um eine Formfrage, nicht um eine Auslegung des letzten Willens, so daß § 2084 außer Betracht bleibt (**RG. 50** 215, **51** 106, KGJ. **31** A 108). Die Bezugnahme auf ein außerhalb des Errichtungsakts liegendes Ereignis entspricht nur dann der Vorschrift des § 2241, wenn es ohne weiteres, insbesondere unter Verwertung allgemein bekannter Tatsachen gelingt, den Tag der Verhandlung aus dem Protokolle selbst nach dem Kalender zu bestimmen. Der Aktenvermerk über die Testamentserrichtung und die Aufschrift auf dem Umschlag, in welchem das Testament nach der Errichtung verschlossen wurde, sind selbständige Schriftstücke und nicht etwa Bestandteile des Testaments. **RG. 61** 7, JW. **08** 336 Nr. 21 u. KGJ. **38** A 137 — JDR. **4** Ziff. 3 c, **7** Ziff. 3 a **9** Ziff. 6 zu § 2231 — kommen bei dem öffentlichen Testamente nicht in Frage.

4. Bezeichnung des Erblassers. Hemberger, BadNotZ. **11** 41 (Mitteilung einer nicht näher bezeichneten Entsch.). Enthält ein (Dorf-)Testament zwar in seinem Eingang und in seinem verfügenden Teile nicht die ausdrückliche Bezeichnung des Erblassers, so kann es doch aufrechterhalten bleiben, wenn die

Persönlichkeit des Erblassers durch den ganzen Inhalt des Protokolls und durch seine Unterschrift (mit dem Zusatz als Testierer) unzweifelhaft festgestellt ist.

5. Bezeichnung der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen. a) SächsOLG. **32** 327, ZBlFG. **11** 664 (Dresden). Ist im Eingange des Protokolls der Name des mitwirkenden Richters nicht angegeben, das Protokoll aber hinter dem Schlußvermerke „die mitwirkenden Personen sind während der ganzen Verhandlung zugegen gewesen und haben das Protokoll unterschrieben wie folgt" von dem Richter mitunterzeichnet, so wird durch diesen Vermerk in Verbindung mit der Unterschrift die Person des mitwirkenden Richters mit der erforderlichen Sicherheit bezeichnet. Der Feststellungsvermerk und die Unterschriften der mitwirkenden Personen gehören mit zu dem Protokoll im Sinne des § 2241 BGB. (**RG. 50** 16). b) DJZ. **11** 1094 (KG.). Dem Erfordernisse der Bezeichnung der mitwirkenden Personen genügt eine im Texte des Protokolls enthaltene Bezugnahme auf die am Schlusse befindlichen Unterschriften der Amtspersonen. Solche Bezugnahme liegt vor, wenn der Zusammenhang des Protokolls ersichtlich macht, daß die unterzeichneten, als solche erkennbaren Amtspersonen es gewesen sind, vor denen der Beteiligte erschienen ist. Ist die Behörde am Eingange des Protokolls angegeben, so wird dadurch klargestellt, daß der sodann beurkundete Hergang sich vor Vertretern dieser Behörde abgespielt hat.

§ 2242. I. Protokoll. Erfordernis seines Inhalts (§ 2241 Ziff. 1 u. 2). 1. **RG.** JW. **11** 804, PrVerwBl. **33** 235, R. **11** Nr. 3203, DJZ. **11** 1391. Wenn auch das Wort „Protokoll" in den verschiedenen Gesetzesvorschriften nicht immer die gleiche Bedeutung hat und deshalb angenommen werden darf, daß gewisse in das „Protokoll" aufzunehmende Feststellungsvermerke der Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung nicht bedürfen (vgl. **RG. 62** 1, **63** 31, **69** 79), so ist es doch nicht möglich, das im § 2241 und im § 2242 Abs. 1 gebrauchte Wort „Protokoll" in einem verschiedenen Sinne zu verstehen. Mit dem Ausdrucke „das Protokoll" im § 2242 wird auf das im § 2241 behandelte Protokoll zurückverwiesen. Es gehört hiernach zu den wesentlichen Formvorschriften des Testaments, daß in dem auf Vorlesung von dem Erblasser zu genehmigenden und zu unterschreibenden Protokolle der Ort der Verhandlung und die bei der Verhandlung mitwirkenden Personen bezeichnet sein müssen. Ist erst in dem Schlußvermerke gesagt, daß außer dem Bürgermeister S. — es handelte sich um ein gemäß § 2249 aufgenommenes Testament — die Zeugen H. und Z. bei der Verhandlung mitgewirkt haben, und ist dieser Schlußvermerk durch die Worte: „Vorgelesen und vom Erblasser genehmigt" deutlich von dem vorgehenden Teile des Protokolls getrennt, so können diese Worte trotz der erst hinter dem Schlußvermerke befindlichen Unterschrift des Erblassers nicht auf den Schlußvermerk mitbezogen werden. Es ist auch nicht möglich, in der im verlesenen Protokollteile vorkommenden Wendung: „vor dem mitunterzeichneten Bürgermeister", womit darauf verwiesen wird, daß außer dem Erblasser auch der Bürgermeister das Protokoll unterzeichnet hat, einen Hinweis auf die erst im Schlußvermerk angeführten Zeugen zu finden (vgl. **RG. 50** 20, JDR. **1** Ziff. 2 zu § 2242). Vgl. ferner Ziff. 2 u. 3 zu §§ 2078—2083.

2. Herzfelder, ZBlFG. **12** 101 ff. § 2242 Abs. 1 Satz 1 erstreckt sich nicht auf den im § 2241 Nr. 1 und 2 geforderten Inhalt des Protokolls, sondern nur auf § 2241 Nr. 3 (anders **RG. 50** 215, JDR. **1** Ziff. 3 c zu § 2242).

II. Feststellung der Genehmigung. OLG. **24** 96 (Jena). Die Feststellung im Protokolle, daß die Erblasserin, nachdem ihr die Urkundspersonen den Inhalt des Protokolls bekannt gegeben hatten, versichert habe, sie habe diesen ver-

standen, enthält nicht notwendig die Feststellung ihrer Genehmigung. Diese kann auch nicht in dem Vorgange gefunden werden, daß sie das Protokoll mit ihrem Handzeichen unterkreuzt hat und dies festgestellt ist. Denn das Unterkreuzen war nach dem Gesetze nicht erforderlich, es ist aber sehr wohl denkbar, daß den Urkundspersonen die Bestimmung des § 2242 Abs. 2 nicht gegenwärtig war und sie deshalb die Unterzeichnung durch die Schreibensunkundige für notwendig gehalten haben. Ist dem so, so kann die Feststellung der Unterzeichnung diejenige der Genehmigung nicht enthalten, weil das Gesetz verlangt, daß beide Feststellungen nebeneinander getroffen werden.

III. Abs. 1 Satz 1. Vermerk der Vorlesung und Genehmigung von Einschiebseln. **RG.** JW. **11** 766, SächsRpflA. **11** 467, BayRpflZ. **11** 798, SeuffBl. **11** 798, DJZ. **11** 1219, R. **11** Nr. 3493. Ein notarielles Testament bestimmt: „Sollte meine Tochter K. St. vor meinem Ehemanne sterben, so soll mein Ehemann deren ganzen Nachlaß erben". Zwischen den Worten „Ehemann" und „sterben" befindet sich das Zeichen |‾. Am Schlusse des Protokolls, und zwar hinter dem Vermerk über die erfolgte Vorlesung, Genehmigung und Vollziehung heißt es: „Zusatz am Zeichen |‾ erbenlos". Dann folgen die Unterschriften der Erblasserin, des Zeugen und des Notars. — Das RG. hält das Testament für gültig. Nicht erforderlich und auch in JW. **04** 208 — JDR. **3** Ziff. 1 b zu § 2242 — nicht gefordert ist, daß der Vermerk, das Protokoll sei vorgelesen, genehmigt und unterschrieben, dem gesamten Protokollinhalte räumlich nachfolgen müsse. Der Vorschrift im § 2242 Abs. 1 ist genügt, wenn aus dem Protokolle selbst mit Sicherheit hervorgeht, daß diejenigen Feststellungen und Erklärungen, welche es nach § 2241 daselbst enthalten muß, vorgelesen, von dem Erblasser genehmigt und von ihm unterschrieben sind. Die Unterzeichnung des Protokolls durch die Erblasserin ist nicht zweifelhaft, da ihre Unterschrift dem Zusatze folgt. Es ist aber auch in dem Protokolle deutlich zum Ausdrucke gebracht, daß der Zusatz Gegenstand der Vorlesung und Genehmigung gewesen ist. Durch das Auslassungszeichen |‾ ist auf den Zusatz verwiesen, und daß an jener Stelle das Wort „erbenlos" eingeschaltet ist, ist durch die Bemerkung „Zusatz am Zeichen |‾" ersichtlich gemacht. Damit ist beurkundet, daß der in Frage kommende Satz in der Fassung, die er durch den Zusatz erhalten hat, von der Erblasserin erklärt und Bestandteil des Protokolls geworden, also auch in dieser Fassung vorgelesen und genehmigt ist. Das Verfahren des Notars entspricht der Vorschrift des Art. 64 Abs. 2 PrFGG.; dort ist nicht vorgeschrieben, daß der Zusatz notwendig vor dem Feststellungsvermerke seine Stelle haben muß.

IV. Eigenhändigkeit der Unterschrift. a) **RG.** SeuffBl. **11** 666 hält an der Ansicht GruchotsBeitr. **53** 98 u. WarnE. **09** Nr. 31 — JDR. **8** Ziff. 3b zu § 2231 — fest, wonach der Begriff der Eigenhändigkeit nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß ein Dritter dem Erblasser eine Unterstützung bei der von ihm gewollten Unterschrift gewährt hat, sofern nicht die Hand des Erblassers bei der Niederschrift gänzlich unter die Herrschaft und Leitung des Dritten gekommen ist. b) **RG.** SeuffA. **66** 474, JW. **11** 589, WarnE. **11** 375, R. **11** Nr. 2587. § 2242 fordert nicht die selbständige, sondern die eigenhändige Unterschrift des Erblassers. Auch wenn ein Dritter „mitbestimmend" an der Herstellung der Unterschrift mitgewirkt hat, so genügt es doch, wenn auch der Erblasser eigenhändig und so, wie er es selbst wollte, das Testament unterschrieben hat, insbesondere, wenn seine Schreibtätigkeit nicht etwa nur auf Herstellung einzelner Teile der Unterschrift beschränkt gewesen ist, während im übrigen der Dritte ergänzend eingegriffen hätte.

V. Feststellung der Erklärung des Erblassers, daß er

nicht schreiben könne. 1. Die Entsch. **RG.** JW. **10** 150 — JDR. **9** Ziff. 4 a zu § 2242 — auch **RG. 75** 374.

2. **RG.** III. ZS. JW. **11** 456, ZBlFG. **12** 24, WarnE. **11** 312, R. **11** Nr. 1937. Im Anschluß an JW. **09** 314 — JDR. **8** Ziff. 1 b zu § 2242 —, worin der IV. Sen. des RG. ein Testament wegen Verletzung des § 2242 Abs. 2 BGB. für nichtig erklärt hatte, nahm der zum Erben Eingesetzte den Staatsfiskus von Sachsen-Koburg-Gotha auf Grund Art. 18 §§ 1, 3 KobGothaAGBGB. in Anspruch. Die Klage ist abgewiesen. Die Frage einer Fahrlässigkeit des beurkundenden Richters ist zu verneinen, wenn er bei Anwendung der erforderlichen Aufmerksamkeit und Sorgfalt annehmen durfte, daß die Vorlesung und Genehmigung des Schlußvermerkes in den Testamentsprotokollen zum Ausdrucke gekommen sei. Dies hat das Berufungsgericht mit Recht angenommen, wenn es tatsächlich feststellt, daß die Vorlesung und Genehmigung des „Protokolls" beurkundet worden sei und der Richter als „Protokoll" die gesamtprotokollarische Niederschrift angesehen und danach angenommen hat, daß das gesamte Protokoll infolge der festgestellten Vorlesung und Genehmigung vom Erblasser genehmigt und diese Genehmigung im Protokolle festgestellt sei. Diese Annahme des Richters entsprach der zur Zeit der Aufnahme herrschenden Rechtsauffassung, wie sie namentlich auch in dem Urt. des IV. Sen. vom 11. Juli 05 (JW. **05** 540) — dort unrichtig als Urt. vom 29. Juni 1905 V. 100. 05 bezeichnet — ausgesprochen ist. Bereits in JW. **10** 150 — JDR. **8** Ziff. 4 zu § 2242 — hat der III. Sen. ausgeführt, daß jenes Urt. vom 11. Juli 1905 unter „Protokoll" die ganze Niederschrift verstehe. Eine Fahrlässigkeit des Richters ist auch nicht darin zu erblicken, daß er nicht nach dem klaren Gesetzestexte die Erklärung des Erblassers, daß er nicht schreiben könne, im Protokolle festgestellt hat. Denn wenn es sich auch empfehlen wird, daß die Urkundspersonen sich an die Gesetzesworte des § 2242 Abs. 2 halten, so genügt es doch, wenn die Erklärung des Erblassers, nicht schreiben zu können, überhaupt in irgendeiner Weise aus dem Protokoll ersichtlich ist (**RG. 56** 368, **65** 375, **69** 83).

3. OLG. **24** 97 (KG. III. ZS.). Der Schlußvermerk eines dorfgerichtlichen Testaments „das Protokoll sei der Erblasserin vorgelesen, von ihr eigenhändig unterzeichnet und wie folgt unterschrieben", worunter sich drei Kreuze mit den Worten „Handzeichen der Auguste S." befinden, genügt nicht zur Feststellung, daß die Erblasserin erklärt habe, sie könne nicht schreiben, und daß der Gemeindevorsteher diese Erklärung in den mitgeteilten Worten des Schlußvermerkes habe feststellen wollen und festgestellt habe. Es ist vielmehr durchaus möglich, daß die Erblasserin eine Erklärung, sie könne nicht schreiben, nicht abgegeben, sondern das ihr vorgelegte Protokoll einfach mit drei Kreuzen statt mit ihrer Namensunterschrift versehen und daß der Gemeindevorstand dieses Handzeichen entsprechend einer weitverbreiteten Auffassung als einen vollgültigen Ersatz der Namensunterschrift angesehen habe. Die Erwägungen KGJ. **37** A 124 — JDR. **8** Ziff. 1 d zu § 2242 — werden gegenüber einem dorfgerichtlichen Testamente nicht für durchgreifend erachtet, zumal im vorliegenden Falle die Feststellung fehlt, daß der Erblasser seinen Namen nicht habe schreiben können.

4. DNotV. **11** 678 (LG. Graudenz). Der Schlußvermerk in einem gemeinschaftlichen Testamente „Dieses Protokoll wurde nunmehr vorgelesen, von den Eheleuten genehmigt und unterschrieben von dem Ehemanne. Die Ehefrau hat nur unterkreuzt", läßt erkennen, daß er mit dem Worte „unterschrieben" enden sollte. Der Zusatz wurde erst gemacht, als sich auf Befragen der Urkundsperson herausstellte, daß die Ehefrau nicht schreiben könne: sie muß dies also erklärt haben.

§ 2246. Abs. 2. HessRspr. **11** 173 (Darmstadt). Für den Hinterlegungsschein (§ 13 VO. vom 19. August 1899) ist in Hessen eine Schreibgebühr nicht in Ansatz zu bringen.

§ 2249. 1. WürttRpflZ. **11** 165, WürttZ. **11** 312, DJZ. **11** 1563, R. **11** Nr. 1327 (Stuttgart). Ein Ortsvorsteher, der gemäß § 2249 ein Nottestament aufnimmt, handelt lediglich als Urkundsperson, nicht in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt. Für seine Verstöße haftet daher nicht die Gemeinde (vgl. Artt. 202, 204 WürttAG.).

2. a) ZBlFG. **11** 418 (Cassel). Der um die Aufnahme eines Nottestaments angegangene zuständige Gutsvorsteher macht sich einer Verletzung der Amtspflicht schuldig, wenn er, statt selbst das Testament aufzunehmen, einen unzuständigen Gemeindevorsteher herbeigeholt und selbst bei der Testamentsaufnahme als Zeuge mitgewirkt hat. b) **RG.** JW. **11** 714, ZBlFG. **12** 206, R. **11** Nr. 2889, WarnE. **11** 424 verneint nach Lage des besonderen Falles das Verschulden des Bürgermeisters einer kleinen abgelegenen Landgemeinde und des das Amt eines Gutsvorstehers bekleidenden Pächters einer kleinen Domäne, wenn sie sich mit Rücksicht auf das zu befürchtende baldige Ableben des Erblassers schnell entscheiden mußten und daher fahrlässigerweise die Zuständigkeit des Gemeindevorstehers statt der des Gutsvorstehers zur Aufnahme des Nottestaments angenommen haben.

3. Vgl. auch oben Ziff. I 1 zu § 2242 (Begriff des Protokolls nach §§ 2241, 2242).

§ 2250. *Schwartze, DNotV. **10** 873 (Die Ablehnung einer Beurkundung bei ansteckenden Krankheiten). Bei dem Tatbestande des § 2250 hat der Erblasser die Befugnis, die Hilfe des Richters oder Notars anzurufen. Die §§ 203, 204 ALR. I. 12 sind nach Art. 89 Nr. 1 PrAGBGB. in Kraft geblieben als öffentliches Beamtendienstrecht. Im früheren Landrechtsgebiete darf der Richter eine Testamentsaufnahme und jede andere Beurkundung ablehnen mit der Begründung, daß ihm eine offenbare und augenscheinliche Lebensgefahr bevorstehe. Diese Lebensgefahr besteht bei gemeingefährlichen Krankheiten im Sinne des § 1 RGes. vom 13. Juni 1900. Wegen sonstiger ansteckender Krankheiten darf der Richter eine Beurkundung nicht verweigern. In den anderen Landesteilen Preußens ist die Beurkundungspflicht des Richters im Falle des Herrschens ansteckender Krankheiten in keiner Weise eingeschränkt, ebensowenig in Sachsen (§ 8 SächsAusfVO. vom 16. Juni 1900). Die Ablehnung der Beurkundung durch den Richter unter Berufung auf § 204 ist ein Akt der Rechtsprechung, eine Verfügung, die durch die Sachbeschwerden (§§ 20 f. FGG.) beseitigt werden kann. Die Ablehnung der Beurkundung durch den Richter unter Anerkennung, daß § 204 nicht Anwendung finde, ist Verweigerung der Ausübung der richterlichen Gewalt. Hiergegen hat sich die Dienstaufsichtsbeschwerde zu richten. Die Beeinträchtigung seines Rechtes aus § 204 durch das Beschwerdegericht braucht sich der Richter nicht gefallen zu lassen, er hat das Recht der weiteren Beschwerde. Für die Beurkundungspflicht der preußischen Notare gilt dasselbe wie für die preußischen Richter. ➾ Josef, DRZ. **11** 408 ist anderer Ansicht. Die Aufhebung des § 204 hat er nicht bewiesen. Die Streitfrage kann durch die Justizverwaltung ohne Eingriff in die Rechtsprechung nicht entschieden werden. Ob die Beurkundung an Gerichtsstelle oder in der Behausung vorgenommen werden soll, kommt nicht in Betracht. Der Pestkranke vermag an Gerichtsstelle nicht zu erscheinen. Die Aufschiebung der Amtshandlung bis zur Beseitigung der Lebensgefahr würde die Beurkundung meist vereiteln, weil der Kranke inzwischen gestorben ist. „Triftige Gründe" (Art. 83 PrFGG.) müssen bei Richtern und Notaren dieselben sein. Eine verschiedene Behandlung ist innerlich nicht begründet. Für das Landrechtsgebiet sind Richter und Notare durch Art. 83 erst gleichgestellt. In den früheren Notariatsordnungen fehlten die Worte: „ohne triftigen Grund". Rausnitz, Anm. 1 zu Art. 83, bestreitet, daß die Lebensgefahr ein triftiger Grund an sich ist. ⇽

§ 2255. 1. Durchstreichung der Zeitangabe in einem eigenhändigen Testamente. **RG.** SächsRpflA. **11** 102, SeuffA. **66**

283, JW. **11** 283, R. **11** Nr. 1009. Zu einem Widerruf im Sinne des § 2255 mag es zwar genügen, wenn der Erblasser das Datum eines eigenhändigen Testaments mit dem Willen durchstreicht, das für die Formgültigkeit der letztwilligen Verfügung wesentliche Zeugnis über die Errichtungszeit zurückzunehmen. Wenn dagegen nichts anderes vorliegt, als daß der Erblasser nur die Zeitangabe, und auch diese nur teilweise, mit Bleistiftstrichen, die in wirrer Weise nach verschiedenen Richtungen hin- und hergezogen sind, nicht auch die Unterschrift durchstrichen hat, während die Vermächtnisse, die gänzlich aufgehoben werden sollen, mit Tinte durchstrichen sind, so ist ein angebotener Gegenbeweis nicht abzulehnen, wenn hierdurch bewiesen werden kann, daß der Erblasser zwar mit der Absicht der Errichtung einer neuen letztwilligen Verfügung sich getragen habe, daß er aber bis zur Errichtung einer neuen letztwilligen Verfügung die nicht mit Tinte durchstrichenen Vermächtnisse habe aufrechterhalten wollen und demgemäß das Durchstreichen der Zeitangabe nicht die Bedeutung der Zurücknahme des Zeugnisses, sondern nur den Sinn gehabt habe, daß der Erblasser für die neu zu errichtende letztwillige Verfügung sich die Notwendigkeit der Beifügung einer anderen, der neueren Verfügung entsprechenden Zeitangabe habe anmerken wollen.

2. Anbringung von Entwertungsvermerken (Annulliert). **RG.** JW. **11** 545, PosMSchr. **11** 76, HansGZ. **11** Beibl. 163, WarnE. **11** 319, R. **11** Nr. 2588, 2589 — gegen KGJ. **36** A 77 (JDR. **7** Ziff. 2 zu § 2255) —. Als eine Veränderung an der Urkunde kann sehr wohl auch die Anbringung von sog. Entwertungsvermerken auf ihr angesehen werden, wenn sie nach der Auffassung des Verkehrs zum Ausdrucke bringen, daß die Urkunde nicht mehr gelten soll, die also die körperliche Vernichtung der Urkunde gewissermaßen zu ersetzen bestimmt sind (vgl. Gierke, DPrivR. II 183 § 112 vor Anm. 142). Dies jedenfalls dann, wenn der Entwertungsvermerk so auf der Urkunde angebracht ist, daß er sofort ins Auge fällt und jeden Beschauer ohne weiteres erkennen läßt, daß die Urkunde als solche nicht mehr in Betracht kommen soll. Deshalb steht der Ansicht, daß die Anbringung des Vermerkes „Annuliert" auf der Urkunde als eine Veränderung der Urkunde im Sinne des § 2255 gelten könne, rechtlich nichts im Wege. Dies um so weniger, wenn der Erblasser den kaufmännischen Kreisen angehört, die das Wort „Annulliert" besonders gern gebrauchen, um die Ungültigkeit des in der Urkunde Erklärten damit zum Ausdrucke zu bringen. Daß dieser Ausdruck auch in kaufmännischen Kreisen nicht häufig gerade bei letztwilligen Verfügungen als Entwertungsvermerk in dem erörterten Sinne benutzt wird, steht der Anwendbarkeit des § 2255 nicht entgegen, da es nicht erforderlich ist, daß es sich um einen üblichen Ausdruck für den Willen handelt, gerade eine letztwillige Verfügung aufzuheben.

3. Ununterschriebene Randbemerkung. **RG.** JW. **11** 590, WarnE. **11** 376, R. **11** Nr. 2590, 3103. Die Widerrufsform des § 2255 kann auch auf einzelne im Testament enthaltene Verfügungen Anwendung finden (**RG. 71** 302). Randbemerkungen, wie bei der Erbeinsetzung einer Stiftung der ununterschriebene Zusatz „keine Kaufmannstöchter", sind nicht als solche Veränderungen an dem eigenhändigen Testamente zu erachten, durch die nach der allgemeinen Verkehrsanschauung der Wille, die ursprüngliche Erbeinsetzung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt, besonders wenn festgestellt werden kann, daß der Erblasser seine Erbeseinsetzung auch für den Fall habe aufrechterhalten wollen, daß sich der spätere Zusatz als unwirksam erweisen sollte.

§ 2256. R. **11** Nr. 3104 (KG.). Das von dem Gesetz einem Widerrufe durch Testament schlechthin gleichgestellte Rechtsgeschäft der Rücknahme eines öffentlichen Testaments aus der amtlichen Verwahrung ist als eine letztwillige Ver-

fügung zu behandeln. Mängel im Willen des Erblassers, das Testament zurückzunehmen (wenn auch nicht der bloße Mangel des Aufhebungswillens), können hiernach gemäß §§ 2078 ff. die Anfechtung der Rücknahme begründen. Ausreichend für die Anfechtung ist es, wenn der Erblasser irrigerweise annimmt, sein neues Testament sei gültig, und wenn er durch diese Annahme zur Rücknahme des früheren Testaments mitbestimmt ist.

§ 2259. 1. OLG. **23** 372, RJA. **11** 95 (KG.). Der § 261 BGB. kann nicht auf den Fall des § 83 Abs. 2 FGG. bezogen werden, der außerhalb des BGB. steht und von anderen allgemeinen Grundsätzen beherrscht wird und bei dem das öffentliche Interesse mit in Betracht kommt und das Offizialprinzip des § 12 FGG. zur Anwendung kommt. Dem aber würde es nicht entsprechen, wenn der Eidespflichtige das feste Recht hätte, den Eid vor einem anderen als dem an sich zuständigen Gerichte zu leisten, vielmehr entscheidet § 73 FGG. für die Frage der örtlichen Zuständigkeit.

2. a) HessRspr. **12** 230 (LG. Mainz). Nach hessischem Landesrecht (Art. 132 AGBGB.) haben die von dem Notar an das Amtsgericht abgelieferten Urschriften letztwilliger Verfügungen in amtlicher Verwahrung des Amtsgerichts zu verbleiben. **b**) Ist aber die Verfügung in Preußen errichtet, so gilt preußisches Recht. HessRspr. **12** 288 (Darmstadt).

§ 2260. BuschsZ. **41** 215 (LG. Karlsruhe). Ein Testament ist auch beim Ausbleiben aller Beteiligten zu verkünden. Eine wörtliche Vorlesung ist nicht erforderlich, vielmehr entscheidet über die Art und Weise der Verkündung das richterliche Ermessen.

§ 2261. OLG. **24** 98 (München). Der Notar, dem nach Art. 2 BayG. vom 9. August 1902 über das Nachlaßwesen (vgl. Art. 147 EGBGB.) die Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen übertragen ist, tritt hierbei an die Stelle des „Nachlaßgerichts", nicht des „anderen Gerichts" nach § 2261. Seine hierbei entwickelte Tätigkeit, wozu auch die Behandlung der Verfügung nach deren Eröffnung gehört, erfolgt nicht im Wege des Ersuchens des Gerichts, auch nicht nach § 2259 Abs. 2, sondern auf Grund seiner selbständigen Amtsverpflichtung hierzu. Es erscheint deshalb der Beschwerdeweg nach § 160 GVG., § 194 FGG. nicht gegeben. Kommt der Notar seinen Amtspflichten nach Art. 2 aaO. nicht nach, so steht die Entscheidung hierüber der Dienstaufsichtsbehörde zu.

Achter Titel. Gemeinschaftliches Testament.

Literatur: Ehni, WürttZ. **11** 193, 225, 257, „Gemeinschaftliches Testament", Kann ein Ehegatte statt über seinen Nachlaß über einen Bruchteil des ehelichen Gesamtvermögens verfügen?

Vorbemerkung. Hervorzuheben sind (zu § 2269) die Aufsätze von Höniger und Ehni, welche den Versuch unternehmen, bestimmte, im Gesetze nicht vorgesehene wirtschaftliche Ergebnisse in den hierfür nicht bestimmten Formen zu erreichen. Besonders reichhaltig ist die Rechtsprechung zu § 2269 und zu den §§ 2270, 2271. Das RG. (Ziff. 3 zu § 2271) läßt auch die Anfechtung unwiderruflich gewordener gemeinschaftlicher Testamente durch die im § 2080 genannten Personen unter den dort vorgesehenen Voraussetzungen zu.

§ 2265. RG. JW. **11** 766, R. **11** Nr. 2917. Unter Umständen können allerdings mehrere in einer Urkunde vereinigte letztwillige Verfügungen als Einzeltestamente angesehen werden, wenn jedes von ihnen den Formerfordernissen des Gesetzes genügt (**RG. 72** 205). Dies trifft nicht zu, wenn über das Testament zweier Verlobter nur ein Protokoll in einer Urkunde aufgenommen ist, welches von jedem von ihnen, von dem Notar und den Zeugen nur einmal unterschrieben ist. An der Einheitlichkeit des Testaments ändert auch der Umstand nichts, daß im

Protokolle selbst und in der vom Notar gefertigten Aufschrift von letztwilligen Verfügungen die Rede ist. Inhaltlich enthält jedes gemeinschaftliche Testament mehrere letztwillige Verfügungen (**RG. 50** 309). Ohne Bedeutung würde es sein, wenn der Notar das Testament nicht für ein gemeinschaftliches gehalten und sich aus diesem Grunde für zuständig gehalten hätte.

§ 2267. Vgl. unten zu § 2270.

§ 2269. I. Höniger, DNotV. **11** 663 — im Anschluß an den Aufsatz DNotV. **08** 62, JDR. **7** Ziff. 1 zu § 2269 —. Auch bei der Gütergemeinschaft besteht ein erhebliches Bedürfnis, dieselbe wirtschaftliche Lage wie beim Elterntestamente nach § 2269 BGB. herbeizuführen, den überlebenden Ehegatten also in den Alleingenuß des gesamten Vermögens beider zu bringen. Bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft wird dies nicht erreicht; denn die Kinder werden zur Hälfte am Gesamtgute nutzungsberechtigt. Höchstens könnten die Abkömmlinge — entsprechend ihrem Pflichtteilsrechte — nach § 1512 BGB. insgesamt auf ein Viertel beschränkt werden, so daß dem überlebenden Ehegatten drei Viertel des Gesamtguts zukommen. Unmöglich aber ist es (§ 1518), den Gesamtgutsanteil der Kinder zugunsten des überlebenden Elternteils mit einem Nießbrauche zu belasten; denn eine solche Nießbrauchbestellung ist nichtig. Mittelbar kann ein solcher Nießbrauch nur in der Weise durchgesetzt werden, daß man den sich dagegen auflehnenden Abkömmling nach § 1512 auf die Hälfte seines Anteils beschränkt, da er dann voraussichtlich bei Lebzeiten des letzten Elternteils auf alle Nutzungen verzichten wird, um bei der Auseinandersetzung nach dessen Tode mit der vollen Quote teilzunehmen. Dem Bedürfnisse, bei Gütergemeinschaft den überlebenden Ehegatten in den Alleingenuß des Gesamtvermögens zu bringen, wird am besten durch Ausschluß der fortgesetzten Gütergemeinschaft und Einsetzung des überlebenden Ehegatten zum Alleinerben im Elterntestamente nach § 2269 BGB. entsprochen. Die Brauchbarkeit dieses Weges hängt von dem Verhältnisse der Summe der beiden Pflichtteile zum Testamentserbteil ab. Dieses ist aber, wie an einer algebraischen Rechnung mathematisch bewiesen wird, für den den Pflichtteil Fordernden ungünstig, denn er bekommt beide Male zusammengerechnet selbst in den günstigsten Fällen immer weniger als $^{11}/_{16}$ seines Testamentserbteils. Ist beträchtliches Vorbehalts- oder Sondergut auf seiten des Erstversterbenden vorhanden, so ist dies für den den Pflichtteil Fordernden vorteilhaft, im umgekehrten Falle fällt es zu seinem Nachteil in das Gewicht.

II. a) *Ehni, WürttZ. **11** 193, 225 u. 257. Durch § 2269 ist die Möglichkeit geschaffen, daß Ehegatten über den beiderseitigen Nachlaß als Einheit verfügen; sie können z. B. ihre beiderseitigen Verwandten je zur Hälfte als Erben einsetzen. Die Bedachten werden dabei Erben lediglich des überlebenden Gatten. In der Form des Verschaffungsvermächtnisses (vgl. oben zu § 2169) ist es möglich, einen Bruchteil des ehelichen Gesamtvermögens auch den Verwandten des zuerst sterbenden Ehegatten als Zuwendung von diesem zu verschaffen, so daß die beiderseitigen Verwandten je von dem ihnen verwandten Gatten bedacht sind. Vorteil für die Erbschaftssteuerpflicht. Geeignet ist diese Einsetzungsweise insbesondere als bedingte Zuwendung für den Fall der Wiederverheiratung des überlebenden Gatten, da hier § 2269 versagt. b) Mayer, WürttZ. **11** 329, hält die von Ehni vorgeschlagene Vermächtnisanordnung für unzulässig, da sie den Gegenstand des (Verschaffungs-) Vermächtnisses nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit angebe, sondern auf ein nach jetzigem Rechte nicht mehr zulässiges Universalfideikommiß hinauslaufe. Auch andere möglichen Konstruktionsversuche hält er für unpraktisch und zu kompliziert, vielmehr empfiehlt er, die Testamente dem Geiste des jetzigen Rechtes anzupassen und hiernach die Wege des § 2269 BGB., der Nacherbschaft, des Nießbrauchs und der Testamentsvollstreckung einzuschlagen.

III. Alleinerbe oder Vorerbe? 1. Ermittelung des wirklichen Willens des Erblassers. a) ElsLothNotZ. **11** 294, ElsLothJZ. **11** 597 (Colmar). Die Auslegungsregel des § 2269 trifft nicht zu, wenn ein anderer Wille der Erblasser nachweisbar ist. Deshalb ist im gegebenen Falle die Einsetzung des überlebenden Ehegatten als Vorerben und der beiderseitigen Verwandten als Nacherben des zuerst verstorbenen Ehegatten als angeordnet erachtet worden, obwohl der überlebende Ehegatte als Alleinerbe des Hausgrundstücks eingesetzt war, da im übrigen sich die Ehegatten gegenseitig den Nießbrauch an dem gesamten Nachlaßvermögen mit der Bestimmung vermacht haben, daß der Überlebende von allen im Gesetze vorgeschriebenen Beschränkungen befreit sein soll und ermächtigt wird, das zum Gesamtgute der Eheleute gehörige Haus ohne Zustimmung der beiderseitigen Erben zu veräußern und denjenigen Teil des Kaufpreises, der auf die Erben des Vorverstorbenen entfällt, nach seinem Ermessen wieder anzulegen. b) **RG.** JW. **11** 220, NaumburgAK. **11** 27, WarnE. **4** 141. Bevor die Auslegungsregel des § 2269 angewendet werden darf, ist zu prüfen, ob nicht der wirkliche Wille des Erblassers ermittelt werden könne, und zu diesem Zwecke ist auf den gesamten Inhalt des Testaments einzugehen. Dabei bleiben die bisherigen Auslegungsregeln, wie sie durch das Gesetz und die Praxis gebildet waren, insoweit von Bedeutung, als der Erblasser unter ihrem Einflusse tatsächlich das aus ihrer Anwendung folgende Ergebnis gewollt hat (**RG. 59** 84). Als Erbe hat der überlebende Ehegatte — abgesehen von der aus der Wechselseitigkeit des Testaments folgenden Gebundenheit — volle Freiheit, über das ererbte Vermögen zu verfügen, dann aber erscheint es, wenn diese Verfügungsfreiheit gewollt ist, widerspruchsvoll, den Zusatz zu machen, daß nur das beim Tode des Längstlebenden noch vorhandene Vermögen den Kindern zufallen soll.

2. Auslegung im Sinne des § 2269. a) PosMSchr. **11** 54 (Mitteilung von Meckbach). Der Ausdruck „fideikommissarische Substitution" in einem vor 1900 errichteten wechselseitigen Testamente reicht allein nicht aus, einen von der maßgebenden Auslegungsregel des § 2269 abweichenden Willen der Erblasser zweifelsfrei festzustellen. Mit der Auslegung des Testaments im Sinne des § 2269 ist auch die Verstattung des überlebenden Ehegatten zu letztwilligen Verfügungen über sein gesamtes, den Nachlaß des Erstverstorbenen umfassendes Vermögen wohl vereinbar. Denn die im § 2271 Abs. 2 BGB. vorgesehene Bindung des überlebenden Ehegatten an die von ihm selbst in dem gemeinschaftlichen Testamente getroffenen korrespektiven Verfügungen ist nicht zwingendes Recht, kann vielmehr durch abweichende Bestimmung in dem gemeinschaftlichen Testament ausgeschlossen werden (Planck, Anm. IV 3 a zu § 2271, OLG. **12** 386, KGJ. **39** A 81). b) OLG. **24** 100 (KG.). Haben sich Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testamente lediglich gegenseitig zu Erben eingesetzt, in einem Nachtrag aber bestimmt, daß nach dem Tode des Überlebenden der ganze hinterbliebene Nachlaß in zwei gleiche Teile geteilt werden und je eine Hälfte an die alsdann vorhandenen gesetzlich erbberechtigten Verwandten des Mannes und der Frau fallen solle, so steht die Bestimmung des Nachtrags der Auslegung des Testaments im Sinne des § 2269 nicht entgegen. Die Ehegatten betrachten danach das in der Hand des Überlebenden befindliche Vermögen als eine Einheit, was begrifflich mit der Einsetzung von Nacherben nach dem Überlebenden als Vorerben nicht vereinbar wäre.

3. Auslegung im Sinne der Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft. a) OLG. **24** 102 (Braunschweig) billigt die Auslegung eines Testaments, worin der überlebende Ehegatte zum alleinigen Erben bzw. Vorerben mit der Maßgabe eingesetzt ist, daß nach seinem Tode als Nacherben erhalten sollen: die Pflegetochter M. 5000 M. und B. und C. je 300 M., in dem

Sinne, daß der Mann nur als befreiter Vorerbe und die M. als Nacherbin berufen sei, unter Offenlassung der Frage, ob auch die ferner Bedachten B. und C. als Nacherben oder nur als Vermächtnisnehmer anzusehen seien. In Summenzuwendungen kann unter Umständen die Einsetzung von Erben erblickt werden. Die nur im Zweifel geltende Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 ist deshalb nicht verletzt. Der Nachtrag des Testaments „Mein Mann soll zur freien Verfügung über die Erbschaft berechtigt sein" schließt sich genau an den Wortlaut des § 2137 Abs. 2 an. b) Stocker, BadNotZ. **11** 129, teilt einen Beschluß des LG. Karlsruhe mit, welcher ein Testament, worin die Eheleute sich gegenseitig zu Erben eingesetzt und ferner bestimmt haben, daß nach dem Tode des Längstlebenden der gemeinsame Nachlaß je hälftig auf die beiderseitigen Verwandten fallen solle, als ein solches im Sinne des § 2269 auffaßt, trotz der weiteren Bestimmung: „Der Längstlebende von uns bleibt in vollem und ungestörtem Besitz unseres gesamten Vermögens und kann darüber verfügen, so daß die bezeichneten Nacherben nur auf das Anspruch haben, was nach dem Tode des Längstlebenden von uns noch vorhanden ist."

IV. Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten als Vollerben. 1. **RG. 77** 111, JW. **11** 985. Der im Sinne des § 2269 zum Erben eingesetzte Überlebende ist Vollerbe, hat grundsätzlich die volle Verfügungsfreiheit über den Nachlaß unter Lebenden, auch die Vornahme von Schenkungen nicht ausgeschlossen, und ist entsprechend dem § 2287 nur an böslichen Schenkungen verhindert. Wird die Schenkung gleichzeitig durch mehrere Beweggründe von sittlich verschiedenem Werte beeinflußt, so kommt es darauf an, welcher als der eigentlich treibende und bestimmende anzusehen ist.

2. SchlHolstAnz. **11** 273, SeuffA. **67** 30 (Kiel). Zwar hat das Gesetz die Unwirksamkeit frauduloser Schenkungen, durch die die Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments von dem überlebenden Ehegatten vereitelt werden, ausdrücklich nur beim Erbvertrage (§ 2287) anerkannt, allein die Rechtslage ist bei dem durch Erbvertrag gebundenen Erblasser und dem überlebenden Ehegatten die gleiche, deshalb muß angenommen werden, daß entweder aus Versehen der § 2287 auf das korrespektive Testament nicht für anwendbar erklärt worden ist oder daß nach der Meinung des Gesetzgebers schon der Grundsatz von Treu und Glauben zu demselben Ergebnisse nötigt (vgl. **RG. 58** 65).

V. Auslegung älterer Testamente. a) **RG. 76** 20, 22, JW. **11** 717. § 2269 ist zur Regelung der vom 1. Januar 1900 ab entstehenden, nicht der schon früher entstandenen Rechtsverhältnisse bestimmt. Die Auslegungsregel des § 2269 kommt daher nicht zur Anwendung, wenn vor dem Inkrafttreten des BGB. sowohl das Testament errichtet als auch der eine Ehegatte verstorben ist. b) Dagegen OLG. **24** 100 (KG.). Die Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1 findet entsprechende Anwendung auf Erbfälle, die nach früherem preußischen Rechte zu beurteilen sind.

§ 2270. ElsLothJZ. **11** 197 (Colmar). Ist ein gemeinschaftliches eigenhändiges Testament deshalb, weil der eine Ehegatte es ohne eine dem § 2267 entsprechende Erklärung bloß unterschrieben hat, hinsichtlich seiner Verfügungen unwirksam, so sind doch die Verfügungen des anderen Ehegatten wirksam, wenn nicht unter den beiderseitigen Verfügungen gegenseitige Bedingtheit (Korrespektivität) besteht. Eine solche besteht z. B. in der Anordnung, daß beim Ableben eines der beiden Ehegatten fortgesetzte Gütergemeinschaft über den Tod hinaus stattfinden solle, selbst dann, wenn die Eheleute sich bereits vor Einführung des BGB. nach Art. 1091 ff. Code civil den lebenslänglichen Nießbrauch an ihrem Vermögen gegenseitig ge-

schenkt haben. Dagegen besteht eine solche Bedingtheit nicht zwischen der von beiden Eheleuten für den Fall des Todes eines von ihnen getroffenen Anordnung der Fortsetzung der Gütergemeinschaft und der Verfügung des einen Ehegatten zugunsten eines Verwandten des anderen, wenn diese Verfügung nicht von dem Überleben des letzteren Ehegatten abhängig gemacht ist, insbesondere wenn die Verfügung des Ehemanns bezweckt, den Stamm des Vermögens für die Kinder seines legitimierten Sohnes und seiner nur anerkannten Tochter zu erhalten. Vgl. auch Ziff. II zu § 2100 und zu § 2338.

§ 2271. 1. Abs. 2. Wirkung der Unwiderruflichkeit. OLG. **24** 99 (KG.). Der nach § 2271 Abs. 2 gebundene Ehegatte ist zum willkürlichen Widerrufe der Erbeinsetzung seines Sohnes nicht befugt. Ob er die Befugnis zur anderweiten Verfügung über sein Vermögen durch einen gültigen Erbverzicht des Sohnes erlangt haben würde, wird dahingestellt gelassen. Zur Erreichung des Zweckes, den Nachlaß vor dem Zugriffe der Gläubiger des Sohnes zu schützen und das Vermögen seiner Familie zu erhalten, war die Aufhebung der Erbeinsetzung nicht notwendig und deshalb auch nicht zulässig, vielmehr hätte eine Anordnung aus § 2338 genügt.

2. Umfang der Beschränkung in der Widerrufsfreiheit. **a**) OLG. **24** 73 (Naumburg). § 2271 Abs. 2 bestimmt nichts weiter, als daß der überlebende Ehegatte, welcher die Erbschaft aus einem wechselseitigen Testament angenommen hat, seine von den Verfügungen des anderen Ehegatten abhängigen Testamentsbestimmungen (§ 2270) nicht mehr widerrufen kann. Von einer formellen Nichtigkeit späterer Verfügungen oder von einer Beschränkung der Testierfähigkeit des überlebenden Ehegatten ist nicht die Rede. Spätere letztwillige Verfügungen des Überlebenden sind vollgültig und wirksam, soweit sie zum wechselseitigen Testamente nicht im Gegensatze stehen. Aber auch soweit die Bestimmungen des wechselseitigen Testaments der Wirksamkeit späterer Verfügungen des Überlebenden entgegenstehen, fällt dieses Hindernis fort, wenn die Bestimmungen des wechselseitigen Testaments infolge Anfechtung aus § 2079 BGB. als von Anfang an nichtig anzusehen sind. **b**) **RG.** JW. **11** 986. Da die gemeinsam testierenden Ehegatten in der Widerrufsfreiheit nur insoweit beschränkt sind, als die beiderseitigen Verfügungen zueinander in dem im § 2270 bezeichneten Verhältnisse stehen (§ 2271), so ist der Ehemann jederzeit und selbst nach Antritt der eheweiblichen (!) Erbschaft noch in der Lage, seine eigene Zuwendung zugunsten eines Dritten wieder außer Kraft zu setzen.

3. Anfechtung einer unwiderruflich gewordenen Verfügung. **RG. 77** 165, JW. **12** 23, R. **12** Nr. 73, 74, 77—79, 85. Die im § 2285 (über das Anfechtungsrecht der im § 2080 bezeichneten Personen) für den Erbvertrag erteilte Vorschrift ist auch auf das gemeinschaftliche Testament anzuwenden. Hat daher der Ehemann, nachdem ihm nach dem Tode seiner Frau durch Annahme des Beklagten an Kindesstatt nachträglich ein Pflichtteilsberechtigter erwachsen war, von seinem Anfechtungsrechte keinen Gebrauch gemacht, so ist hiermit auch das Anfechtungsrecht des pflichtteilsberechtigten Beklagten aus § 2079 verwirkt. Bedenken, ob der Ehemann überhaupt noch ein Anfechtungsrecht gehabt hat, könnten aus § 2080 Abs. 3 abgeleitet werden, wonach im Falle des § 2079 das Anfechtungsrecht nur dem Pflichtteilsberechtigten zusteht. Indessen befaßt sich § 2080 mit dem eigenen Anfechtungsrechte des Erblassers überhaupt nicht, das schließt aber nicht aus, daß auch er sich der Anfechtung, wenn nicht aus § 2079, so doch aus § 2078 Abs. 2 bedienen darf und bedienen muß, wenn er, weil durch Annahme der Erbschaft gebunden (§ 2271 Abs. 2), auf andere Weise sich von seinen eigenen

zum Nachteile des später entstandenen Pflichtteilsberechtigten getroffenen Verfügungen nicht mehr befreien kann. Wollte man ihm dieses Anfechtungsrecht versagen, so wäre dies ein sehr unerwünschtes Ergebnis und stünde im Gegensatze zu § 2281 Abs. 1, wonach der Vertragserblasser zur Anfechtung aus § 2079, und zwar auch nach dem Tode des anderen Vertragschließenden, jedenfalls berechtigt bleibt. Man würde deshalb zu einer entsprechenden Anwendung des § 2281 gedrängt sein, wenn sich das eigene Anfechtungsrecht des Überlebenden nicht schon aus § 2078 Abs. 2 ergäbe. Vgl. auch o. Ziff. 2 zu § 2078.

4. Widerrufsform für ältere gemeinschaftliche Testamente. **RG.** JW. **11** 414, SeuffBl. **11** 594, R. **11** Nr. 1770. Zum Widerruf eines unter der Herrschaft des früheren PrALR. errichteten gemeinschaftlichen Testaments bedarf es seit dem 1. Januar 1900 nicht der Beobachtung der §§ 2270, 2271, 2296 BGB., vielmehr kann jeder Ehegatte den Widerruf durch eigenhändiges Testament erklären.

§ 2273. 1. ThürBl. **58** 176 (Jena). Wer behauptet, daß er in einer von der Verkündung ausgeschlossenen Bestimmung eines gemeinschaftlichen Testaments bedacht sei, muß an sich seine Behauptung glaubhaft machen. Der Eigenart der Sachlage entspricht es aber, daß dies Erfordernis nicht überspannt wird. Die bloße Behauptung der Erbeinsetzung wird in der Regel nicht ausreichen. Liegen aber, wenn auch nur geringe Anhaltspunkte für die Überzeugung des Antragstellers vor, daß er in den nicht verkündeten Bestimmungen bedacht sei, so wird die Bezugnahme auf den Inhalt des Testaments zur Glaubhaftmachung genügen können.

2. SächsOLG. **32** 329. Durch § 2273 Satz 3 ist die Landesgesetzgebung nicht behindert, zu bestimmen, wo fortan die besondere amtliche Verwahrung zu erfolgen habe. Nach § 49 Abs. 2 Nr. 5 SächsAusfVO. z. BGB. vom 6. Juli 1899 ist für diesen Fall die Verwahrung dem Nachlaßgericht übertragen.

Vierter Abschnitt. Erbvertrag.

Literatur: Diemer, Die Anfechtung des Erbvertrags. Mainz 1911 (Diss.).

§ 2278. ElsLothJZ. **11** 85 (Colmar). Eine notarielle Urkunde, in der jemand einen anderen zu seinem Erben einsetzt, wogegen dieser die Verpflichtung übernimmt, den Erblasser während der Dauer seines Lebens zu ernähren und zu verpflegen, ist ein Erbvertrag. Der Abs. 2 des § 2278 bezieht sich nur auf Verfügungen von Todes wegen, von denen andere als die namentlich aufgeführten, z. B. die Ernennung eines Testamentsvollstreckers, Ausschließung von der Erbschaft, Entziehung des Pflichtteilsrechts usw., nicht im Erbvertrage getroffen werden können. Dagegen ist die Verbindung von Rechtsgeschäften unter Lebenden mit einem Erbvertrage zulässig. Zum Rücktritt vom Erbvertrag ist nur der Erblasser berechtigt (§ 2295).

§ 2285. Vgl. auch zu § 2271.

§ 2286. NaumburgAK. **11** 45 (Naumburg). Der § 2286 gewährt dem Vertragserben, solange der Erblasser lebt, keinen Anspruch auf Sicherheitsleistung.

§ 2287. 1. OLG. **24** 105, R. **11** Nr. 2918 (Hamburg). Der durch den Erbvertrag gebundene Erblasser ist keineswegs auf diejenigen Schenkungen beschränkt, die sich als seine sittliche Pflicht darstellen, sondern seine einzige Schranke bildet, daß er nichts schenken darf, damit der Vertragserbe nichts mehr vorfinde. Dies trifft nicht zu, wenn er einen Teil seines Vermögens, auf das er nicht mehr mit Notwendigkeit angewiesen ist, dazu verwendet, seiner Tochter und seinen Enkel-

kindern durch eine Badereise ihre gefährdete Gesundheit zu erhalten oder ihre geschwächte Gesundheit zu kräftigen.

2. OLG. **24** 81 (KG. XIV. ZS.). „Böslich" sind Schenkungen von derartigem Umfange, daß sie einem Widerrufe der wechselseitigen Verfügung des Zuwendenden sachlich gleichstehen (Dernburg V § 93 VI 3). Besteht die Schenkung in Geld, so hat der Erbe nur einen Anspruch auf Rückgabe einer dem Geschenke gleichen Summe, ein Anspruch, der allerdings kein Nachlaßgegenstand (§ 2040) ist und jedem der Erben daher nach § 741 BGB. zu einem seinem Erbteil entsprechenden Bruchteile zusteht. S. auch oben Ziff. 1 zu § 1968.

3. **RG.** R. **11** Nr. 3836. Der Nachweis böswilliger Absicht bei der Schenkung kann weder durch die bloße Feststellung der objektiven Erbenbenachteiligung noch durch die Annahme einer angeblich aus dem Testament erhellenden Verfügungsbeschränkung ersetzt werden. Erstere liegt bei jeder Schenkung vor; letztere verstößt gegen den Begriff der Erbeseinsetzung im Gegensatze zur bloßen Einsetzung des Vorerben.

4. Vgl. auch oben Ziff. I 2 zu § 2205 (Mangelnde Legitimation des Testamentsvollstreckers zur Geltendmachung der Rechte aus § 2287).

§ 2301. 1. **RG.** R. **11** Nr. 353. Eine Schenkung von Todes wegen liegt nicht vor, wenn endgültige Vereinbarungen getroffen wurden, auch wenn der Empfänger in den Besitz und Genuß des ihm zugewendeten Gutes nicht sofort, sondern erst nach dem Tode des Gebers gelangen soll. Das Eigentümliche der Schenkung von Todes wegen besteht darin, daß der Verfügende sich nicht in unwiderruflicher Weise des geschenkten Gegenstandes begibt, der Rechtserwerb vielmehr davon abhängig bleibt, daß der Beschenkte den Verfügenden überlebt.

2. **RG.** R. **11** Nr. 3666. Als vollzogen ist ein schenkungsweiser Schulderlaß regelmäßig dann anzusehen, wenn noch unter Lebenden der Schuldschein zurückgegeben worden ist.

3. **RG.** JW. **12** 39. Die Erblasserin hatte der Klägerin vertragsmäßig zugesichert, sie solle unter allen Umständen, sei es, daß die Zeit ihrer Dienstleistung noch bei Lebzeiten der Erblasserin, sei es, daß sie erst mit dem Tode der Erblasserin ablaufe, für die geleisteten Dienste eine weitere Vergütung erhalten, die Wirkung der vertragsmäßigen Verpflichtung der Erblasserin solle jedoch endigen mit der Errichtung einer zugunsten der Klägerin getroffenen letztwilligen Verfügung. Hierin liegt kein Schenkungsversprechen im Sinne des § 2301, denn die Gewährung der Vergütung ist nicht davon abhängig gemacht worden, daß die Klägerin die Erblasserin überlebe, sondern ist auch zugesichert für den Fall, daß die Dienstzeit bei Lebzeiten der Erblasserin ablaufe. Vgl. auch oben zu §§ 2065, 2086 (S. 508).

§ 2302. **RG.** **75** 34, R. **11** 525, 527. Während § 137 BGB. die obligatorische Verpflichtung hinsichtlich der Nichtverfügung unberührt läßt, wird durch § 2302 auch diese obligatorische Verpflichtung für nichtig erklärt. Dies findet seine sachliche Rechtfertigung in dem Schutze, den § 2253 dem Erblasser durch die Möglichkeit, die Verfügung von Todes wegen jederzeit zu widerrufen, gewährt, soweit nicht das Widerrufsrecht durch die Zulässigkeit der Erbverträge und Erbverzichte eingeschränkt ist. — Die Vorschrift des § 2302 hat einen prohibitiven Charakter und ist deshalb auch auf die schon vor seiner Erlassung entstandenen Rechtsverhältnisse anzuwenden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn keineswegs in wohlerworbene Rechte eingegriffen wird, vielmehr der Rechtszustand, dessen Herbeiführung durch das vom BGB. verpönte Rechtsgeschäft beabsichtigt ist, erst geschaffen werden soll. Art. 214 EGBGB. steht nicht entgegen.

Fünfter Abschnitt. Pflichtteil.

Literatur: Levis, ZBlFG. **11** 685, Der Vormundschaftsrichter und der Pflichtteilsanspruch eines Minderjährigen gegen den Gewalthaber.

§§ 2303 ff. *Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung (s. Vorbem. zu §§ 90 ff.). Der Erblasser ist Verwaltungssubjekt des Vermögens, das den pflichtteilsberechtigten Familienmitgliedern anteilsmäßig als Interessensubjekten zusteht. — Dem verwaltungsrechtlich geeinten Vermögen gegenüber erscheint das Pflichtteilsrecht lediglich als anteilsmäßige dingliche Wertbelastung (65 ff.).

§ 2303. *Levis, ZBlFG. **11** 685—688. Vgl. §§ 1640, 1796, 1822 Ziff. 2. Der Pflichtteilsanspruch ist kein reiner Geldanspruch, sondern ein Gestaltungsrecht des Inhalts, daß der Berechtigte durch sein Verlangen einen Geldanspruch auslösen kann.

§ 2304. 1. **RG.** R. **11** Nr. 3918. Zwischen der Erbeinsetzung auf den Pflichtteil und der Begründung eines bloßen Forderungsrechtes auf den Pflichtteil bestehen nicht bloß rechtlich, sondern auch wirtschaftlich erhebliche Unterschiede. So bleibt für Berechnung des Pflichtteils allemal der Nachlaßbestand zur Zeit des Erbfalls maßgebend, während der Pflichtteilserbe auch an späteren Werterhöhungen der Erbschaftsgegenstände teilnimmt und durch den Wegfall von Miterben eine Erhöhung seines Erbteils erfahren kann. Vgl. auch Ziff. 2 b zu § 2306.

2. WürttJ. **23** 139 (Stuttgart). Ist der zugewendete Pflichtteil nicht als Erbteil anzusehen, so kann sich die statutarische Nutznießung trotz der Bestimmung des Art. 262 WürttAGBGB. auf ihn nicht erstrecken, da nach den bisherigen Gesetzen die Nutznießung sich nur auf gewisse Erbteile, nicht aber auf Zuwendungen wie Vermächtnisse und Pflichtteile (des neuen Rechtes) erstreckt und vollends nicht in Frage kommen kann, wenn sich der Pflichtteilsanspruch als gewöhnliche Nachlaßschuld darstellt.

§ 2306. 1. Beschränkungen des Vorerben in der Verfügung über die „gesetzlich zulässige Quote". OLG. **24** 108 (Colmar). Die Bestimmung eines Testaments, daß Frau A. als Vorerbin die Zinsen der hinterlegten Wertpapiere ohne Mitwirkung oder Ermächtigung ihres Mannes beziehen solle und bei Lebzeiten des Mannes diese Wertpapiere weder verkauft noch verpfändet werden dürften, bezweckt offenbar, den der Frau zufallenden Erbteil soweit als möglich dem Zugriff ihres Mannes zu entziehen und ihr sowie ihren Nachkommen zu sichern. Wenn dann weiter hinzugefügt ist, daß die Beschränkung sich nur erstrecken solle auf „la quotité que la loi nous autorise à lui retenir", so kann darunter nicht ohne weiteres die Erbrechtsbeschränkung auf die disponible Quote des alten Rechtes oder die Quote in Höhe des Pflichtteils des neuen Rechtes verstanden werden, vielmehr kann daraus nur gefolgert werden, daß der Erblasser bei Errichtung des Testaments sich nicht vollkommen darüber klar gewesen ist, ob der pflichtteilsberechtigten Frau A. die Verfügung über ihren ganzen Erbteil durch Einsetzung eines Nacherben und Ernennung eines Testamentsvollstreckers entzogen werden durfte.

2. Cautela Socini. a) OLG. **24** 106 (KG. III. ZS.). Im Falle des § 2306 Satz 1 ist, wie der Zusammenhang mit Satz 2 und die Entstehungsgeschichte ergibt, der Pflichtteilsberechtigte, um zu seinem Pflichtteile zu gelangen, von dem Umwege der Ausschlagung des Erbteils befreit: er behält das ihm Zugewiesene frei von den angeordneten Beschränkungen. Diese gesetzliche Regelung schließt allerdings eine abweichende Anordnung des Erblassers nicht aus, daß der zum Erben unter gewissen Beschränkungen berufene Pflichtteilsberechtigte zu wählen habe, ob er die Erbeinsetzung mit den Beschränkungen oder den nur

auf eine Geldforderung gerichteten Pflichtteilsanspruch vorzieht. Eine solche Anordnung liegt nicht in der lediglich zur Strafe eines unzufriedenen Erben angeordneten Bestimmung, daß der Erbe, der das Testament anfechte, auf den Pflichtteil gesetzt werde, sie trifft vielmehr nur diejenigen Erben, die mehr als ihren Pflichtteil erhalten haben. b) **RG.** R. **11** Nr. 3919. Hat der Erblasser mittels der cautela Socini den Pflichtteilsberechtigten ausdrücklich vor die Wahl gestellt, ob er Pflichtteilserbe mit gewissen Beschränkungen oder Beschwerungen oder ob er frei von jenen Beschränkungen gewöhnlicher Pflichtteilsgläubiger sein wolle, so kann sich der Pflichtteilsberechtigte der ersten Alternative — der Erbenstellung — nur durch frist- und formgerechte Ausschlagung der Erbschaft entziehen. Daraus folgt, daß er von dem Wahlrechte, das sich insoweit zur Wahlpflicht steigert, innerhalb der Ausschlagungsfrist Gebrauch machen muß. Läßt er sie unbenutzt, so hat er die Erbschaft so, wie sie ihm angefallen war, d. h. auch belastet mit den angeordneten Beschränkungen und Beschwerungen, angenommen. Vgl. auch Ziff. 1 zu § 2304.

3. PosMSchr. **11** 8 (Königsberg). Dem Nacherben, der gemäß § 2306 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 den Erbteil nicht ausgeschlagen hat, steht der Anspruch aus § 2314 auf Auskunftserteilung nicht zu. Vgl. auch oben zu § 2121.

§§ 2306, 2309. 1. KGJ. **40** A 60 (KG.). Schlägt ein nach § 2338 durch eine Nacherbeinsetzung oder durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers beschränkter pflichtteilsberechtigter Abkömmling den ihm hinterlassenen Erbteil aus, so gehen die angeordneten Beschränkungen, wenn er den Pflichtteil verlangen kann, auf den Pflichtteilsanspruch über, **RG.** SeuffA. **62** 330, OLG. **6** 332, 334 (KG.). Die Nacherbeinsetzung verwandelt sich in eine dem Nachvermächtnis (§ 2191) ähnliche Beschwerung des Pflichtteilsanspruchs, während die Testamentsvollstreckung unter einer der veränderten Rechtslage entsprechenden Modifikation der einzelnen Obliegenheiten des Vollstreckers (vgl. § 2223) ihre Bedeutung behält. Kann er den Pflichtteil nicht verlangen, so werden die Beschränkungen gegenstandslos und hinfällig. Der durch Ersatzberufung, Anwachsung oder kraft gesetzlichen Erbrechts an die Stelle des Pflichtteilsberechtigten tretende Erbe wird von den Beschränkungen nicht betroffen.

2. OLG. **24** 77 (KG. III. ZS). Die Pflichtteilsforderung, die der Vater gemäß § 2306 unter Ausschlagung seines Erbteils erhoben hat, entzieht seinen Kindern nicht das Erbrecht, das sie als seine Ersatzerben oder vermutlichen Ersatzerben (§ 2069) haben, und der Umstand, daß der Vater seinen Pflichtteil aus dem Nachlaß erhalten hat, nimmt ihnen nach § 2309 nur ihr eigenes Pflichtteilsrecht und verpflichtet sie nach § 2320 Abs. 2, den Pflichtteil des Vaters, an dessen Stelle sie Ersatzerben geworden sind, auf ihren Erbteil zu übernehmen (KGJ. **31** A 128).

§ 2311. *Schmidt-Rimpler, Eigentümerdienstbarkeit. Bei der Berechnung des Nachlaßwerts ist von diesem der Wert eines Nießbrauchs, der dem Erben zustand, abzuziehen (161 f.).

§ 2314. 1. OLG. **24** 107 (Braunschweig). Nach § 254 ZPO. können die Ansprüche auf Auskunft (Inventar), Offenbarungseid und Herausgabe des Pflichtteils in einer Klage verbunden werden. Die Entscheidung kann indes nur schrittweise erfolgen. Zunächst ist der Anspruch auf Auskunft zu erledigen. Dieser umfaßt den gesamten Bestand des Nachlasses (§ 2314), dem sämtliche auszugleichenden Zuwendungen hinzugerechnet werden (§§ 2055 Abs. 1, 2316), und den Ergänzungsanspruch des § 2325, der hinsichtlich der Auskunftserteilung dem Pflichtteilsanspruche gleich zu behandeln ist (**RG.** **73** 369, 372). Die Auskunftspflicht erschöpft sich zunächst in der Vorlegung eines Verzeichnisses, das

die Auskunft über alle Vermögensbestandteile erfüllt; eine Klage auf Vervollständigung ist nicht zulässig. Dazu dient der Offenbarungseid, der nur unter den Voraussetzungen des § 260 Abs. 2 BGB. zulässig ist. Zur Feststellung dieser Voraussetzung muß das Verzeichnis vorliegen. Es ist also der erste Anspruch in der Regel erst durch Teilurteil zu erledigen, ehe über die Klage auf Leistung des Offenbarungseids entschieden wird. Erst nachdem so die Grundlage gewonnen ist, können die zum Nachlasse gehörigen Sachen und ihr Wert bestimmt angegeben werden.

2. SeuffA. **66** 246, DJZ. **11** 824 (Braunschweig). Der Pflichtteilsberechtigte, der nicht Erbe ist, kann von dem Erben Auskunft nicht nur über den eigentlichen Nachlaß, sondern auch über einzurechnende Schenkungen des Erblassers fordern, und zwar aus denselben Gründen, die zu einer ausdehnenden Auslegung des § 2314 dahin geführt haben, daß unter Abkömmlingen der Erbe dem pflichtteilsberechtigten Nichterben auch über die ausgleichungspflichtigen Zuwendungen Auskunft zu geben habe (**RG. 58** 93, **73** 373). Ein Erinnerungsverfahren gegen die Richtigkeit des bereits aufgestellten Verzeichnisses oder einen Klaganspruch auf dessen Vervollständigung gibt es nicht, es sei denn, daß das Verzeichnis wegen Unklarheit als eine Erfüllung der Vorschrift überhaupt nicht angesehen werden könnte oder nach den eigenen Behauptungen des verpflichteten Erben die Unvollständigkeit zutage läge (**RG. 62** 111). Im übrigen gewährt § 260 Abs. 2 BGB. die genügende Abhilfe.

3. OLG. **23** 1 (KG. III. ZS.). Der Vorlegungspflicht ist genügt, wenn das, was dem Pflichtteilsberechtigten auf sein Verlangen vorgelegt wird, sich äußerlich als ein Verzeichnis darstellt und den Namen eines Verzeichnisses verdient. Der Berechtigte kann nicht die Vervollständigung verlangen oder durch Klage erreichen, daß gewisse Posten noch in das Verzeichnis aufgenommen werden.

4. Vgl. auch oben Ziff. 3 zu § 2306.

§ 2315. RG. R. **11** Nr. 2922, 2923. Die Bestimmung, daß eine Zuwendung auf den Pflichtteil anzurechnen sei, braucht nicht mit ausdrücklichen Worten getroffen zu werden. Ein Vertrag zwischen dem Erblasser und einem pflichtteilsberechtigten Erben, daß Vorempfänge des Erblassers ausgleichungs- und anrechnungspflichtig seien, bedarf der Form des § 2348 (**RG. 71** 135). Diese Form ist dagegen nicht erforderlich für ein Anerkenntnis des Erben, daß ihm von dem Erblasser, sei es ein für allemal vor Gewährung der Zuwendungen, sei es bei der Gewährung die Anrechnung der Zahlungen auf den Pflichtteil zur Pflicht gemacht worden sei.

§§ 2315, 2316. Blüher, BadRpr. **11** 273. Nach der herrschenden Meinung hat der Fall des § 2315, soweit er bei der nach § 2316 stattfindenden Ausgleichung überhaupt berücksichtigt werden soll, diese Berücksichtigung durch § 2316 Abs. 4 erschöpfend gefunden. Somit ist die Berechnung der den Abkömmlingen zukommenden Pflichtteile lediglich nach § 2316 Abs. 4 durchzuführen ohne Rücksicht darauf, ob nur Abkömmlinge als gesetzliche Erben in Betracht kommen oder ob außer Abkömmlingen noch der überlebende Ehegatte zur gesetzlichen Erbfolge berufen sein würde (vgl. Kretzschmar, ZBlFG. **9** 369, JDR. **7** zu §§ 2315, 2316). Bei Zugrundelegung dieser Auffassung können besondere Schwierigkeiten für die Behandlung derjenigen Fälle entstehen, bei denen der Empfänger der nach § 2316 Abs. 4 zu behandelnden Gabe durch diese bei Lebzeiten bereits so hoch bedacht ist, daß er aus dem Nachlasse nichts mehr zu erhalten hat. Die Stellung des Bedachten ist klar: er erhält aus dem Nachlasse nichts, braucht aber auch nichts herauszuzahlen (§ 2056). Dagegen ist bei Beantwortung der Frage, wie die Gabe des über den Pflichtteil Bedachten bei der Berechnung der Pflichtteile der übrigen Abkömmlinge zu be-

rücksichtigen sei, davon auszugehen, daß der unter § 2316 Abs. 4 fallende Vorempfang für die übrigen Abkömmlinge nur als Ausgleichungsposten in Betracht kommt, da die Anrechnungspflicht der Gabe lediglich ihren Empfänger berührt. Es ist daher unter Ausschaltung des Letzteren zu untersuchen, welches Ergebnis man erhalten würde, wenn die Gabe des Abgefundenen nur ausgleichungspflichtig wäre. Stellt sich hiernach eine Bedenkung über den Pflichtteil hinaus heraus, so wird in entsprechender Anwendung des § 2316 Abs. 1 und § 2050 der Wert dieser Zuwendung dem Nachlasse nicht hinzugerechnet, die übrigen Pflichtteilsberechtigten teilen den auf sie entfallenden Teil des Nachlasses unter sich nach demselben Verhältnisse, in dem sie bisher zueinander gestanden haben. Würde dagegen bei Berücksichtigung der Zuwendung als rein ausgleichungspflichtiger der Empfänger noch etwas aus dem Nachlasse herausbekommen, so ist die Gabe bei der Ausgleichsberechnung der übrigen Abkömmlinge voll in Ansatz zu bringen, denn dadurch, daß einem Pflichtteilsberechtigten die Anrechnung seines Vorempfanges auferlegt ist, soll (vgl. § 2316 Abs. 3) der Anspruch der übrigen auf eine gerechte Verteilung des Nachlasses nicht geschmälert werden. (Dies wird an Beispielen dargelegt.) Ist neben den Abkömmlingen ein pflichtteilsberechtigter Ehegatte vorhanden, so sind die Fälle entsprechend zu behandeln, nur müssen der Berechnung statt des ganzen Nachlasses nur drei Viertel zugrunde gelegt werden.

§ 2316. **RG.** PosMSchr. **11** 155, R. **11** Nr. 3105. Hat ein Miterbe durch Zuwendungen mehr erhalten, als ihm bei der Auseinandersetzung zukommen würde, so haben bei der Berechnung des Pflichtteils der übrigen Erben der Wert jener Zuwendungen und der Erbteil jenes Miterben überhaupt außer Ansatz zu bleiben (§ 2056).

§ 2317. 1. **RG. 77** 238, JW. **11** 1017, R. **11** Nr. 3870. Der Anspruch auf den Pflichtteil entsteht (anders wie der Erwerb der Erbschaft und des Vermächtnisses) bedingungslos „mit dem Erbfall" als vererbliches und veräußerliches Recht, unabhängig vom Willen des Pflichtteilsberechtigten und sogar gegen seinen Willen. Ein Ausschlagungsrecht besteht für den Pflichtteilsanspruch nicht. Die Erbschaftssteuer ist hiernach vom Pflichtteilsberechtigten auch dann zu entrichten, wenn er den Pflichtteilsanspruch nicht geltend macht, auch nicht die Absicht hat, ihn geltend zu machen. Gegen die Steuerpflicht kann er sich dadurch schützen, daß er zu Lebzeiten des Erblassers durch Vertrag mit diesem auf das Pflichtteilsrecht verzichtet (§ 2346).

2. Vgl. oben Ziff. 1 zu §§ 2014, 2015 (Verzinsung des Pflichtteilsanspruchs).

§ 2325. 1. *Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung (s. Vorbem. zu §§ 90 ff.). Die Pflichtteilsergänzung ist ein Beweis der dinglichen Natur der Pflichtteilslast (66 f.).

2. Bedeutung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs. a) Die Entsch. **RG. 73** 369 — JDR. **9** Ziff. 3 zu § 2325 — auch ElsLothNotZ. **11** 113. b) **RG.** JW. **11** 996. Beim Bestehen eines Pflichtteilsergänzungsanspruchs ist nicht der verschenkte Gegenstand zum Nachlasse zurückzugewähren, sondern nach § 2325 ist der Wert des verschenkten Gegenstandes zur Ausmittlung des Betrags des Pflichtteils dem Nachlasse hinzuzurechnen, und der so ermittelte Betrag fließt nicht zum Nachlasse, sondern steht dem in seinem Pflichtteile verletzten Pflichtteilsberechtigten persönlich zu.

3. Wertermittelung. **RG.** R. **11** Nr. 2169. Für den Pflichtteilsergänzungsanspruch ist der Wert veräußerter Liegenschaften unter entsprechender Anwendung der §§ 2049, 2312 BGB. und des auf Art. 137 EGBGB. beruhenden Art. 83 PrAGBGB. nach dem Ertragswerte zu veranschlagen.

4. Berechnung des Fristablaufs (Abs. 3). a) *Eckstein, Schen-

kungsversprechen und Realschenkung, ACivPr. **107** 384, 410. Im Falle des gerichtlich oder notariell beurkundeten Schenkungsversprechens ist die Frist des § 2325 Abs. 3 nicht von der Leistung des geschenkten Gegenstandes, sondern von dem Augenblicke der Schenkung an, d. h. von dem Augenblicke der Annahme des formgerecht erteilten Schenkungsversprechens zu rechnen. **b)** In der Übergangszeit. **RG.** R. **11** Nr. 354. Die Zeitbestimmung des § 2325 Abs. 3 gilt (gemäß Art. 213 EGBGB.) für jeden nach 1900 eingetretenen Todesfall. Für diesen Fall kann eine mehr als zehn Jahre zurückliegende Schenkung nicht mehr in Betracht kommen, einerlei, ob sie vor oder nach 1900 bewirkt ist und ob danach die zehn Jahre ganz unter der Herrschaft des neuen Rechtes oder teilweise schon vorher verlaufen sind. Vgl. **RG. 54** 241.

5. Westfälisches Güterrecht. **a)** SeuffBl. **11** 803 (Hamm). Im § 7 Abs. 1 PrG. vom 16. April 1860 über die westfälische Gütergemeinschaft ist eine Verweisung auf das Pflichtteilsrecht des ALR. nicht zu erblicken, es sind deshalb bei einem unter der Herrschaft des BGB. eingetretenen Erbfalle dessen Vorschriften über das Pflichtteilsrecht zur Anwendung zu bringen. Der Pflichtteilsergänzungsanspruch des § 2325 greift auch Platz, wenn der Erblasser unter Lebenden über sein ganzes Vermögen verfügt, dadurch den Pflichtteilsberechtigten im Pflichtteile verkürzt hat und später ohne Errichtung einer Verfügung von Todes wegen gestorben ist. Die Realisierung sowohl des ordentlichen, als auch des außerordentlichen Pflichtteilsanspruchs ist jedoch beim Eintritte der westfälischen fortgesetzten Gütergemeinschaft zugunsten des überlebenden Ehegatten hinausgeschoben, deshalb kann während der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht auf Auszahlung des Pflichtteils geklagt werden. Der Erbe kann die Berichtigung des (außerordentlichen) Pflichtteilsanspruchs insoweit verweigern, als seine Haftung sich auf den Nachlaß beschränkt, und liegen die Voraussetzungen des § 1990 vor, so kann er die Ergänzung des Pflichtteils überhaupt verweigern. — Die im § 2325 (und § 2329) vorausgesetzte Schenkung muß den Erfordernissen des § 516 BGB. entsprechen. Sie kann auch mit einem entgeltlichen Vertrage verbunden sein (sog. gemischte Schenkung); in einem solchen Falle bezieht sich die Schenkung auf den die Gegenleistung übersteigenden Teil der Zuwendung. Zur Annahme der Willenseinigung der Vertragsteile über die Unentgeltlichkeit genügt aber nicht, daß der Wert der Gegenleistung objektiv hinter dem der Leistung zurückbleibt. Indessen kann ein auffallendes Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung einen Schluß hierauf rechtfertigen. **b) RG.** JW. **11** 996, WarnE. **4** 481. Obgleich der Pflichtteilsergänzungsanspruch an sich dem Abkömmlinge mit dem Erbfalle, d. h. mit dem Tode des erstversterbenden Elternteils hinsichtlich dessen Nachlasses erwächst, so kann doch, wenn die beeinträchtigende Verfügung von Ehegatten getroffen ist, die in westfälischer Gütergemeinschaft (nach dem G. vom 16. April 1860) lebten, dieser Anspruch nur unter der aufschiebenden Bedingung verwirklicht werden, daß das Gesamtgut nicht während der Dauer der fortgesetzten Gütergemeinschaft eine Vermehrung erfährt, durch welche die Verletzung im Pflichtteil ausgeglichen wird. Von dem Eintritte dieser Bedingung ist der Anspruch dem Grunde und dem Betrage nach abhängig. Ist aber der Anspruch ein bedingter, so beginnt die Verjährung nach § 198 BGB. erst mit dem Eintritte der Bedingung, also nicht vor dem Tode des Letztlebenden.

§ 2329. 1. SchlHolstAnz. **11** 37 (Kiel). Die Überlassung einer Hofstelle an den nach Anerbenrecht berufenen Anerben enthält keine Schenkung im Sinne des § 2329.

2. **RG.** R. **11** Nr. 2170. Der Verpflichtung des Beschenkten zur Herausgabe des Geschenkes zum Zwecke der Befriedigung des dem Pflichtteilsberech-

tigten zustehenden Pflichtteilsergänzungsanspruchs entspricht die Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung in den herauszugebenden Gegenstand wegen dieses Anspruchs.

§ 2332. **RG.** JW. **11** 546, WarnE. **4** 377, R. **11** Nr. 2355, 2359 läßt es dahingestellt, ob die in der Rechtslehre (z. B. von Strohal, Dernburg, Planck, Staudinger) vertretene Ansicht dem Sinne und Zwecke des § 2332 entspricht, die dahin geht, daß der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten, der sich auf den im Testament (durch Zuwendung des vollen Pflichtteils) ausgesprochenen Willen des Erblassers gründe und diesem entspreche, der dreißigjährigen Verjährung unterliege, der Anspruch aber, welcher sich gegen den Willen des Erblassers richte, der dreijährigen. Jedenfalls trifft einen Rechtsanwalt, der bei einer eingehenden Prüfung der Verjährungsfrage hätte erkennen müssen, daß die Voraussetzungen, unter denen nach Annahme der genannten Schriftsteller die dreijährige Verjährung des § 2332 nicht Platz greifen soll, nicht vorliegen, ein Verschulden, wenn er nicht vorsorglich vor Ablauf der drei Jahre die Klage erhoben oder den Pflichtteilsberechtigten auf die Gefahr der Verjährung aufmerksam gemacht hat.

§§ 2335, 2336. Vgl. oben zu § 1621 (Verweigerung der Aussteuer wegen Verfehlungen der Tochter).

§ 2338. 1. *Hothorn, Rechtsstellung des befreiten Vorerben 30. Der nach § 2338 als Vorerbe auf den Pflichtteil eingesetzte Abkömmling wird, wenn die Gefährdung des Vermögenserwerbes auf Verschwendungssucht beruht, nicht die Rechtsstellung eines befreiten Vorerben einnehmen können, sonst würde der Schutzzweck verfehlt werden und sich zugleich eine auffällige Unstimmigkeit gegenüber dem in der Ernennung eines Testamentsvollstreckers bestehenden Schutzmittel ergeben.

2. Aus der Rechtsprechung. a) ElsLothJZ. **11** 197 (Colmar). Der Pflichtteilsanspruch kann bei völliger, den späteren Erwerb gefährdender Überschuldung des Berechtigten zugunsten seiner Abkömmlinge beschränkt werden. Vgl. auch Ziff. II zu § 2100 u. zu § 2270. **b)** **RG.** JW. **11** 370, R. **11** Nr. 1583. Verletzt die Anordnung einer Nacherbschaft das Pflichtteilsrecht, so kann diese Anordnung nicht unter Heranziehung des § 2338 aufrecht erhalten werden, wenn der Entziehungsgrund nicht im Testament ausdrücklich angegeben ist (§ 2336 Abs. 2).

Sechster Abschnitt. Erbunwürdigkeit.

§ 2344. *Schwartze, Der Inhalt des Erbscheins. Der Erbscheinrichter kann die Erbeneigenschaft des angeblich erbunwürdigen Antragstellers erst verneinen, wenn das die Erbunwürdigkeit aussprechende Urteil rechtskräftig geworden ist. Vorher kann die Erbunwürdigkeit im Erbscheinverfahren nicht geltend gemacht werden (92, anders Strohal II 139 § 67). Die gleichen Grundsätze gelten für die Nichtigkeit einer anfechtbaren Ehe, die im Wege der Klage angefochten ist (§ 1342 Abs. 2), und für die Unehelichkeit eines als ehelich geltenden Kindes, die nach § 1593 geltend gemacht wird. Nach der Rechtskraft der Urteile ist der Erbscheinrichter an den Spruch gebunden. Ist der Erbunwürdige in einem erteilten Erbschein als Erbe bezeichnet, so ist der Erbschein als unrichtig einzuziehen. Die Frage, wer an Stelle des Erbunwürdigen tritt, ist vom Erbscheinrichter erst zu prüfen, wenn ein neuer Erbschein beantragt wird (93). ➠ Von der Rechtskraft des Urteils im Falle des § 2344 müßte das Prozeßgericht dem Nachlaßgerichte von Amts wegen Nachricht geben. ⟵

Siebenter Abschnitt. Erbverzicht.

§ 2346. BayObLG. **12** 35, BayNotZ. **11** 96 (BayObLG.). Ein Erbverzichtsvertrag, der nur unter der Bedingung geschlossen worden ist, daß der Vorteil des Verzichts einer bestimmten Person zugute komme, ist unwirksam, wenn die Bedingung ausfällt. Vgl. auch oben Ziff. 1 zu § 1943.

§ 2348. Vgl. oben zu § 2315.

Achter Abschnitt. Erbschein.

Literatur: Schwartze, Der Inhalt des Erbscheins nach dem BGB. Berlin 1911. (Mit Selbstberichten des Verfassers.)

Vorbemerkung. Hervorzuheben sind (zu § 2357) die Erörterungen über die Erteilung eines Erbscheins für mehrere zu einem einzelnen Erbstrange gehörende Personen (im Gegensatze zur Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins) und (zu § 2363) über den dem Nacherben oder im Falle einer mehrfachen Nacherbfolge zu erteilenden Erbschein. Die Ausführungen Endemanns, JW. **10** 89, JDR. **9** Ziff. 4 a zu § 2353, der die Erteilung eines Erbscheins auf den Namen des Erwerbers eines Erbteils zulassen will, haben Gegenäußerungen von Strohal und Kretzschmar (vgl. zu §§ 2365, 2366) hervorgerufen. — Über die Notwendigkeit, trotz einer vom Erblasser erteilten Vollmacht oder angeordneten Testamentsvollstreckung die Person der Erben durch einen Erbschein auszuweisen, vgl. die zu §§ 2365 und 2368 mitgeteilten Entsch. des KG.

§ 2353. I. Antrag. Antragsbefugnis. 1. a) SchlHolstAnz. **11** 225, SeuffA. **67** 31 (KG.). Die Erteilung des Erbscheins setzt — wie in ständiger Rechtsprechung angenommen, KGJ. **29** A 45, **34** A 117, OLG. **6** 174, **8** 297, **9** 435, **11** 267 — einen bestimmten Antrag über den dem Erbscheine zu gebenden Inhalte voraus. SchlHolstAnz. **06** 75 (Colmar) besagt nur, daß das Nachlaßgericht, wenn ein Erbschein auf Grund einer Verfügung von Todes wegen beantragt sei, sich der Auslegung der Verfügung zu unterziehen habe. Diese Verpflichtung des Nachlaßgerichts ist auch vom KG. bejaht worden, sie setzt aber das Vorliegen eines ordnungsmäßigen Antrags auf Erteilung des Erbscheins voraus. **b)** Ebenso OLG. **24** 61, 63 (KG.).

2. KGJ. **40** A 37 (KG.). Der nach §§ 1960, 1961 BGB. bestellte Nachlaßpfleger ist zu dem Antrag auf Erteilung eines Erbscheins nicht befugt, sofern sich der zu erteilende Erbschein auf denjenigen Erbfall bezieht, in Ansehung dessen die Nachlaßhypothek angeordnet ist. Die von Hörle, ZBlFG. **9** 761 — JDR. **8** Nr. 4 zu § 2353 — befürwortete Ausnahme, daß der Nachlaßpfleger vor der Aufhebung der Pflegschaft die Erteilung des Erbscheins dann beantragen könne, wenn er nachweise, daß der zur Erbschaft Berufene die Erbschaft wirksam angenommen habe, an der Antragstellung verhindert und die Erteilung des Erbscheins zur Vornahme einer unaufschiebbaren Nachlaßverwaltungshandlung erforderlich sei, kann rechtlich nicht gebilligt werden. Denn zu Handlungen, die in den Grenzen der ihm zustehenden Nachlaßverwaltung liegen, ist der Nachlaßpfleger kraft seiner Bestallung legitimiert, ohne zu seiner Legitimation eines Erbscheins zu bedürfen, und bei anderweitigen Verwaltungshandlungen den feststehenden Erben zu vertreten, ist er nicht befugt.

II. Inhalt des Erbscheins. 1. OLG. **24** 74, RJA. **11** 14 (KG.). Der Erbschein muß hinsichtlich der Erbteile, soweit sie ihrer Höhe nach feststehen, der wirklichen Rechtslage entsprechen; denn er dient nicht lediglich dem Interesse der Erben, sondern ist auch für andere Nachlaßbeteiligte, insbesondere für die Nachlaßgläubiger (§§ 2059—2061) hinsichtlich der bezeugten Höhe der Erbteile von wesentlicher Bedeutung. Vgl. auch Ziff. 1 zu § 2357.

2. Bleckmann, R. **11** 515, hält es für widerspruchsvoll, in einen Erbschein einen zusätzlichen Vermerk über das Vorhandensein eines Anerbenguts und die Person des Anerben (nach dem Höfegesetze für Hannover in der Fassung des G. vom 9. August 1909) aufzunehmen, ein gesondertes Zeugnis über das Anerbenrecht aber abzulehnen.

III. Erteilung des Erbscheins. 1. a) *Schwartze, Der Inhalt des Erbscheins. Der Erbschein ist eine Verfügung im Sinne des § 16 FGG. und deshalb bekannt zu machen (32). Aus der Ausfertigung des Erbscheins muß der Tag ersichtlich sein, an dem der Erbschein durch Bekanntmachung wirksam geworden ist. Dies kann dadurch geschehen, daß die Ausfertigung durch Schnur und Siegel mit einer beglaubigten Abschrift der Zustellungsurkunde verbunden ist, die von dem Zustellungsbeamten auszufüllen ist (44). Es kann auch zunächst nur eine beglaubigte Abschrift des Erbscheins zugestellt und nach Eingang der Zustellungsurkunde im Ausfertigungsvermerke vom Gerichtsschreiber bescheinigt werden, wann der Erbschein durch Bekanntmachung wirksam geworden ist (59). Für den Grundbuchverkehr ist der Nachweis der Wirksamkeit des Erbscheins nach § 29 GBO. durch öffentliche Urkunden zu führen. Auch der Alleinerbe kann unrechtmäßig in den Besitz einer Ausfertigung des Erbscheins gelangt sein (44). b) Dagegen Kretzschmar, ZBlFG. **12** 348. Der Erbschein ist keine Verfügung, sondern ein Zeugnis. Als Verfügung könnte nur der Beschluß angesehen werden, der die Erteilung des Erbscheins anordnet, ein solcher, wenn er ergeht, ist aber nur für den inneren Dienst bestimmt. In die Außenwelt tritt nur der Erbschein, dessen Sonderheit sich darin zeigt, daß gegen ihn nicht Beschwerde stattfindet, sondern nur das Verlangen nach seiner Einziehung gestellt werden kann.

2. Hesselbarth, SeuffBl. **11** 312. Die „Erteilung" des Erbscheins liegt nicht erst in dessen Aushändigung an den Antragsteller, sondern bereits in dem Beschlusse des Nachlaßgerichts, der die Erteilung des Erbscheins anordnet, und bereits mit dieser Anordnung wird die Gebühr des Art. 96 Bay. GebG. fällig. In Bayern wird zu den Akten nur ein Entwurf des Erbscheins gefertigt, während erst die von dem Richter zu unterzeichnende und dem Antragsteller auszuhändigende Reinschrift als Erbschein zu gelten hat. In diesem Sinne sind wenigstens die §§ 57, 58 BayNachlO. zu verstehen.

§ 2354. Hemberger, BadNotZ. **11** 39, teilt eine (nicht näher bezeichnete) Entsch. mit, die besagt, daß die Vorschriften der §§ 2354, 2357 auch gegenüber einem Rechtsanwalte, der im Namen des Vollstreckungsgläubigers nach §§ 792, 896 ZPO. die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins beantrage, zwingender Natur seien.

§ 2355. 1. PosMSchr. **11** 45, 46 (KG.). Für den Erbschein ist die Erwähnung der letztwilligen Verfügung, auf der das bescheinigte Erbrecht beruht, nicht vorgeschrieben, vielmehr genügt als Inhalt des Erbscheins die Namhaftmachung der Erben und die Angabe ihrer Erbteile ohne Bezeichnung des Grundes der Berufung.

2. R. **11** Nr. 3106 (KG.). Ist die Anfechtung der Rücknahme eines öffentlichen Testaments aus der amtlichen Verwahrung begründet und die Rücknahme deshalb (nach § 142 Abs. 1 BGB.) nichtig, so kann dieses Testament auch die Grundlage für ein Erbscheinsverfahren bilden. Es ist hierzu nicht einmal das Vorhandensein der zurückgenommenen Urkunde nötig, wenn nur sonst der Inhalt des Testaments auf irgendeine Weise, z. B. durch eine wortgetreue Abschrift, zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen wird. Ob eine solche Abschrift der Eröffnung (nach § 2260) fähig und damit bedürftig ist, bleibt dahingestellt. Vgl. auch oben zu § 2256.

§ 2356. 1. a) OLG. **23** 314, RheinA. **108** I 251 (Cöln). Ein Rechtshilfeersuchen um Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung in Nachlaßsachen darf nicht abgelehnt werden, wenn das ersuchte Gericht örtlich zuständig ist. b) OLG. **23** 314 (Naumburg). Für die Amtsgerichte besteht eine Rechtshilfepflicht zur Aufnahme von Erbscheinsverhandlungen.

2. a) Kuhns, DNotV. **10** 909 wendet sich gegen eine von ihm mitgeteilte Entsch. des KG., durch die ein Antrag auf Erteilung eines Erbscheins um deswillen abgewiesen worden ist, weil die notarielle Erbeserklärung nur die Angabe enthalte, daß der Erbe die Erbschaft angenommen, nicht auch, ob er dies als eingesetzter oder als gesetzlicher Erbe getan habe, und dies, obwohl der Erbe erklärt habe, daß er in dem Testament als Erbe eingesetzt sei und die Erbschaft angenommen habe, worunter nur verstanden werden könne, daß er die Erbschaft aus dem Testament angenommen habe. b) Gronau, DNotV. **11** 261 stimmt diesen Ausführungen zu und bemerkt, daß in dem Gesuch um Erteilung eines Erbscheins auf Grund einer letztwilligen Verfügung die stillschweigende Annahme der Erbschaft zu finden und daher für das gesetzliche Erbrecht kein Raum geblieben sei.

§ 2357. *Schwartze aaO. Hinterläßt der Erblasser eine schwangere Witwe und eheliche Kinder, so ist die Erteilung eines Erbscheins für die Kinder so lange nicht möglich, bis durch die Geburt der Leibesfrucht die Größe ihrer Erbteile feststeht. Nur der Erbteil der schwangeren Witwe ist gewiß. Ihr kann ein „besonderer" Erbschein erteilt werden (101, 102). Die Erteilung eines Erbscheins ist ferner vorläufig ausgeschlossen, wenn die Wirksamkeit der Erbeinsetzung oder die Größe der Erbteile deshalb noch unbestimmt sind, weil die Genehmigung einer vom Erblasser errichteten Stiftung noch aussteht. Es kann nicht bescheinigt werden, daß die Stiftung vorbehaltlich der erforderlichen Genehmigung Erbe geworden sei (102). Ausnahmsweise kann es vorkommen, daß in dem gemeinschaftlichen Erbscheine die Erbteile nicht nach Bruchteilen angegeben werden können wegen der erbrechtlichen Wirkungen des Güterstandes der Ehe des Erblassers (103).

§ 2357. 1. OLG. **24** 74, RJA. **11** 14 (KG.). Zwar ist die Erteilung eines Erbscheins für mehrere zu einem einzelnen Erbstrange gehörende Erben zulässig, ein solcher Erbschein hat aber nicht die Natur eines gemeinschaftlichen Erbscheins im Sinne des § 2357 BGB., der notwendig den ganzen Nachlaß umfaßt, vielmehr enthält er nur die Zusammenfassung mehrerer Einzelerbscheine (§ 2353) zu einem äußerlich einheitlichen Zeugnis: er kann daher nur auf den Antrag aller darin aufzuführenden Miterben erteilt werden.

2. *Schwartze aaO. Es gibt nur einen gemeinschaftlichen Erbschein und ebensoviele besondere Erbscheine, wie Miterben vorhanden sind, keinen besonderen Erbschein für mehrere Miterben, auch nicht für solche desselben Erbstamms (103). Die Verbindung mehrerer besonderer Erbscheine in einer Urkunde ist zu vermeiden. Die Vereinigung nimmt jedem besonderen Erbscheine nicht seine selbständige Bedeutung und Wirksamkeit. Jeder Miterbe kann der Verbindung widersprechen (106); vgl. aber RJA. **11** 14 (KG.).

§ 2358. ElsLothJZ. **11** 57, ElsLothNotZ. **11** 350 (Colmar). Wird beantragt, für ein angeblich durch nachfolgende Ehe legitimiertes Kind einen Erbschein als gesetzlichen Erben des Vaters zu erteilen, so hat das Nachlaßgericht von Amts wegen zu prüfen, ob die für die Ehelichkeit des Kindes aufgestellte gesetzliche Vermutung widerlegt ist, und wenn es diese Frage auf Grund der anzustellenden Ermittelungen für widerlegt hält, den Erbschein zu verweigern, auch wenn eine Klage auf Nichtbestehen des Kindesverhältnisses nach §§ 640 ff. ZPO. nicht erhoben ist.

§ 2359. *Kuttner, JheringsJ. **59** 393 (Erbschein und Erbrechtsprozeß), entwickelt weiter seine Ansicht — vgl. JDR. **9** zu § 2359 —, daß der Nachlaßrichter

an die Rechtskraftwirkung des Erbrechtsfeststellungsurteils ebenso und ebensoweit gebunden sei wie jeder künftige Richter eines Zivilprozesses, im Anschluß an die Äußerungen von Unger, BuschsZ. **41** 194 und Enneccerus-Kipp, Erbrecht 151.

§ 2361. PosMSchr. **11** 45 (KG.). Wenn auch ein Erbschein nur so, wie er beantragt ist, zu erteilen, anderenfalls seine Erteilung abzulehnen ist (KGJ. **29** A 42, **30** A 100), so darf trotzdem der Erbschein nicht etwa aus dem Grunde wieder eingezogen werden, weil es an einem Antrag, ihn auszustellen, gefehlt habe. Denn der Erbschein wird im Sinne des § 2361 nicht dadurch unrichtig, daß eine zu seiner Erteilung nötige Voraussetzung tatsächlich nicht vorgelegen hat.

§ 2362. RG. JW. **11** 813, R. **11** Nr. 3204. Bei Klagen, mit denen der wirkliche Erbe die Herausgabe eines angeblich unrichtigen Erbscheins an das Nachlaßgericht verlangt, ist der Streitwert nicht nach dem Interesse des Klägers an der Feststellung dieser Unrichtigkeit, sondern nach dem Interesse zu bemessen, das der Kläger gerade an der Herausgabe des Erbscheins hat. Dieses nach § 3 ZPO. zu schätzende Interesse geht nur dahin, daß die Nachteile nicht eintreten, die dem wirklichen Erben infolge der rechtlichen Bedeutung des Erbscheins mit Rücksicht auf die §§ 2365, 2366 und 2367 BGB. drohen.

§ 2363. 1. *Schwartze aaO. Dem Nacherben kann ein Erbschein nicht schon vor dem Falle des Eintritts der Nacherbfolge erteilt werden (114). In dem Erbscheine für den Vorerben ist anzugeben, wer zur Zeit der Ausstellung der Nacherbe ist. Die Person des Nacherben ist zu bezeichnen, wenn und soweit dies geschehen kann. Ist der Nacherbe verstorben, so ist der berufene Ersatznacherbe zu benennen (OLG. **21** 353). Der schwangeren Witwe als Vorerbin ist der Erbschein nicht so lange vorzuenthalten, bis sie niedergekommen ist (116, 117). Auch der Ersatznacherbe ist im Erbscheine zu erwähnen. Eine Angabe der Erbteile der Nacherben in dem dem Vorerben zu erteilenden Erbscheine bedarf es nicht (119). Für den Erbschein des befreiten Vorerben gelten Besonderheiten (122—128). Der Nacherbe kann nicht darauf verzichten, daß er in dem für den Vorerben erteilten Erbschein erwähnt wird (129—133). Der Ausdruck „wer der Nacherbe ist" im § 2363 ist ungenau. Der Ersatznacherbe kann einem Verzicht des Nacherben auf Eintragung des Nacherbfolgerechts im Grundbuche widersprechen (131); abweichend KGJ. **35** A 215. Die §§ 2113, 1215 sprechen vom Nacherben, der wirklich Nacherbe wird (132). Die mehrfache Nacherbeinsetzung ist in dem dem Vorerben erteilten Erbscheine zu erwähnen (133). Ist zurzeit der Erwirkung des Erbscheins der Eintritt einer Nacherbfolge nicht mehr möglich, so erhält der Vorerbe einen gewöhnlichen Erbschein (137). Beantragt der Nacherbe nach dem Eintritte der Nacherbfolge, ihm einen Erbschein zu erteilen, so ist in diesem Erbscheine die Vorerbschaft nicht zu erwähnen. Der Nacherbe ist als Erbe, nicht als Nacherbe in dem Erbscheine zu bezeichnen. Aus dem Erbscheine geht hervor, daß es sich um einen Erben handelt, der nicht mit dem Erbfalle, sondern später Erbe geworden ist (138). Der Nacherbe selbst kann wieder Vorerbe sein (139 f.).

2. OLG. **24** 107 (KG.). Wenn der Erbschein auch grundsätzlich über die Person der Erben zur Zeit des Todes des Erblassers in dem Sinne Auskunft zu geben hat, daß ein späterer Übergang eines Erbteils auf einen Rechtsnachfolger des Erben außer Betracht bleibt, so liegt die Sache doch anders beim Eintritt einer Nacherbfolge. Der Nacherbe ist nicht Rechtsnachfolger des Vorerben, sondern leitet sein Recht unmittelbar vom Erblasser ab. Von dem Eintritte der Nacherbfolge an ist nur der Nacherbe Erbe des Erblassers und Eigentümer des Nachlasses. Das Erbrecht kann daher jetzt nur in der Weise bescheinigt werden, daß der Erbe als Nacherbe angegeben und der Erbschein nur auf seinen Namen

ausgestellt wird, ohne Unterschied, ob es sich nur um eine einmalige oder um eine mehrfache Nacherbeinsetzung handelt. Im ersteren Falle erlangt bei dem Eintritte der ersten Nacherbfolge der damit berufene erste Nacherbe die Stellung des Vorerben. Mit dem Eintritte der zweiten Nacherbfolge hört sein Recht auf und wird der zweite Nacherbe alleiniger Erbe des Erblassers. Von diesem Zeitpunkt an ist daher auch der Erbschein nur dem zweiten Nacherben zu erteilen.

§ 2364. SächsOLG. **32** 330. Hat der Erblasser einen Testamentsvollstrecker in der Weise ernannt, daß er erst nach dem Eintritte des Nacherbfalls in Tätigkeit treten soll, so ist in dem dem Vorerben zu erteilenden Erbscheine die Ernennung des Testamentsvollstreckers nicht zu erwähnen.

§ 2365. OLG. **24** 88, NaumburgAK. **11** 86, ZBlFG. **12** 302 (KG.). Hat ein Erblasser eine für seine Erben wirksame Auflassungsvollmacht erteilt, so ist zur Eintragung des Eigentumsüberganges auf Grund der vom Bevollmächtigten erklärten Auflassung der Nachweis der Erbfolge durch Erbschein oder Verfügung von Todes wegen und, falls ein Miterbe minderjährig ist, auch die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich. Dieser Satz gilt auch für jede andere Vollmacht solcher Art und beruht auf der Erwägung, daß der Bevollmächtigte nach dem Tode des Machtgebers nicht mehr in dessen Namen, sondern im Namen der nunmehr von ihm vertretenen Erben handelt und nicht mehr Rechte ausüben kann, als dem Vertretenen zustehen. Befinden sich daher unter den Miterben nicht voll Geschäftsfähige, so bedarf es in den Fällen der §§ 1812, 1819 ff. BGB. ebenso der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, als wie wenn der Bevollmächtigte nach Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Machtgebers und Bestellung eines Vormundes ein genehmigungsbedürftiges Rechtsgeschäft namens des Machtgebers schließt. Die nach § 2211 eintretende Verfügungsbeschränkung des Erben ist für sich allein nicht geeignet, die Befugnisse des Bevollmächtigten zu beeinträchtigen, sondern beruht ebenso wie die Vollmacht auf dem Willen des Erblassers.

§§ 2365, 2366. a) Strohal, Anteil am ungeteilten Nachlaß und Erbschein, Festgabe für Gierke 917 ff., wendet sich gegen die Ansicht Endemanns, JW. **10** 89 — JDR. **9** Ziff. 4 a zu § 2353 —, der das praktische Bedürfnis für die Erteilung des Erbscheins auf den Namen des Erwerbers eines Erbteils betont, da sonst der Veräußerer des Erbteils in Gemeinschaft mit den anderen Miterben auf Grund des öffentlichen Glaubens des Erbscheins zum Schaden des Erwerbers über die erbschaftlichen Gegenstände verfügen könne. Strohal ist demgegenüber der Ansicht, daß der Erbschein nur öffentlichen Glauben dafür begründe, daß die in ihm bezeichneten Personen Miterben geworden seien, nicht aber, daß ihnen der erbschaftliche Erwerb noch zustehe (939); es dürften deshalb auch bei der Umschreibung eines erbschaftlichen Grundbuchrechts nicht die im Erbschein als Miterben aufgeführten Personen als Berechtigte eingetragen werden, sondern „die jeweiligen Erbengemeinschafter", etwa in der Form: „Wegen Vererbung auf mehrere Personen werden die jeweiligen Erbengemeinschafter als Eigentümer (bzw. Berechtigte) eingetragen" (947). b) Kretzschmar, SächsRpflA. **11** 376 hält dies für nicht zutreffend, da die in dem Erbschein als Miterben bezeichneten Personen mit den in den §§ 2365, 2366 bestimmten Wirkungen als die Berechtigten ausgewiesen würden und daher auf Grund des Erbscheins als solche — namentlich — einzutragen seien. Ein Mißstand ist hieraus nach Kretzschmars Ansicht nicht zu besorgen, da der Erwerber eines Erbteils sich ausreichenden Schutz dadurch verschaffen könne, daß er, soweit dies nicht geschehen sei, die Eintragung des Miterben als des Berechtigten und im Anschlusse daran die Eintragung seines Rechtes in das Grundbuch herbeiführe bzw. sich den Mitbesitz beweglicher Sachen verschaffe und bei den nicht hypothekarischen Forderungen dem Schuldner seine Mitberechtigung mitteile. Ab-

gelehnt wird auch der Vorschlag Strohals (949), eine amtliche Stelle zu schaffen, wo die Beteiligten über etwaige Verfügungen in Ansehung von Anteilen an einem Nachlaß Erkundigungen einziehen könnten. Kretzschmar sieht als die einzigen Beteiligten, für die ein derartiges Bedürfnis bestände, die Nachlaßgläubiger an, denen gegenüber bereits eine Anzeigepflicht nach § 2384 Abs. 1 BGB. vorgesehen sei.

§ 2368. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **9** Ziff. 4 b — (Legitimation des Testamentsvollstreckers durch das Zeugnis) auch SeuffBl. **11** 356.

2. KGJ. **40** A 201, DNotV. **11** 938 (KG.). Das gemäß § 2368 ausgestellte Zeugnis des Nachlaßgerichts ergibt nur die Ernennung des Testamentsvollstreckers und den Umfang seiner Befugnisse, reicht aber zu seiner Legitimation nicht aus, wenn er — was im Rahmen seiner Befugnis, den Nachlaß zu verwalten, möglich ist (§§ 2205—2207) — für die Erben ein Grundstück erwerben will. Es bedarf des Nachweises der Person der als Eigentümer einzutragenden Erben in der Form des § 36 Abs. 1 GBO.

§ 2369. *Schwartze aaO. Für den Inhalt des dem Gegenstande nach beschränkten Erbscheins ist § 2369 Abs. 1 allein maßgebend. § 73 Abs. 3 FGG. regelt nur die Zuständigkeit (109). Die Entstehungsgeschichte des § 2369 ergibt, daß die Nachlaßgegenstände, für die der Erbschein erteilt ist, im Erbschein einzeln aufzuführen sind (110, 111). Für deutsche Erblasser ist § 2369 nicht anwendbar (112).

Neunter Abschnitt. Erbschaftskauf.

§ 2371. 1. *Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung (s. Vorbem. zu §§ 90 ff.). Während bezüglich der Einzelgegenstände des Nachlasses für den Erwerber durch den Erbschaftskaufvertrag nur ein obligatorisches Recht auf Übertragung begründet wird, geht das Recht an der Erbschaft als Ganzem, als Werteinheit, auf den Erwerber über. Aus diesem teilweise dinglichen Charakter des Vertrags ergeben sich die mit ihm einsetzende Gefahrtragung, Nutzungsberechtigung und Zinspflicht des § 2380, die Schuldenhaftung des § 2382 (105 ff.).

2. *Ebbecke, R. **11** 645. Die Erfüllung der schuldrechtlichen Verpflichtung zur Übertragung eines Erbteils durch die in gerichtlicher oder notarieller Form erklärte Übertragung hat die Bedeutung einer Bestätigung des Verpflichtungsgeschäfts, die allerdings erst von der Zeit der Bestätigung an wirksam wird.

§ 2377. *Schmidt-Rimpler, Eigentümerdienstbarkeit. Richtigerweise hätte hinsichtlich eines konfundierten Nießbrauchs bestimmt werden müssen, daß er bei Übereignung der dienenden Sache an den Erbschaftskäufer von neuem entstände. Nach der Fassung des Paragraphen ist aber anzunehmen, daß der Verkäufer dem Käufer den Nießbrauch als vollwirksames Recht zu bestellen obligatorisch verpflichtet ist (159 ff.).

§ 2379. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **9** Ziff. 2 zu § 2379 — auch PosMSchr. **11** 42.

§ 2385. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **9** Ziff. 2 zu § 2385 — auch PosMSchr. **11** 42.

2. *Fräb, DJZ. **11** 1496, weist darauf hin, daß der IV. Sen. des RG. in Abweichung von früheren Entscheidungen (DJZ. **02** 485 und **06** 145, JDR. **4** Ziff. 1 und **5** zu § 2385) und der Ansicht des VII. Sen. **RG. 72** 209 — JDR. **8** zu § 2385 — und einem Urt. vom 8. Juli 1908 (HansGZ. **10** Beibl. 20 u. 38) — JDR. **8** Ziff. 5 zu § 2042 — die Ansicht ausgesprochen hat, daß auch bei Erbvergleichen, deren Form nicht nach §§ 2371, 2385 gewahrt ist, eine obligatorische Bindung der Beteiligten eintreten könne. Verf. verneint, daß in einem solchen Erbvergleich eine Erbauseinandersetzung zu erblicken sei, da zum Wesen der Erbauseinandersetzung gehöre, daß sie eine solche unter den Erben sei und die Beteiligten sich gegenseitig als kontrahierende Erben anerkennen, und da die durch Erbauseinandersetzung herbeigeführte oder bezweckte Rechtsänderung für den Erbauseinandersetzungsvertrag die Beobachtung einer Form erforderlich machen könne.

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

Art. 3. 1. **RG.** R. **11** Nr. 2171. Die für die Landesgesetzgebung aufgestellten Vorbehalte haben nicht die Kraft, reichsgesetzliche Normen zu durchbrechen; in die Bestimmungen der Reichsgesetze, die für die Entstehung, das Erlöschen, die Übertragung und Übertragbarkeit der auf dem Reichsrechte beruhenden Rechte und Ansprüche erlassen sind (vgl. § 850 Abs. 1 Nr. 2, 3 ZPO, § 400 BGB.), darf daher von der Landesgesetzgebung nicht eingegriffen werden; ebensowenig darf dies geschehen durch eigenrechtliche Satzungen der innerhalb der Landesgesetzgebung bestehenden autonomen Körperschaften.

2. KGBl. **11** 127 (KG. IX.). Der § 8 RGes. über den Versicherungsvertrag (Zulässigkeit der stillschweigenden Verlängerung auf höchstens ein Jahr) gilt bei Versicherungsverträgen, die unter dem alten Rechte geschlossen sind, schon für die erste nach Inkrafttreten des Gesetzes vorkommende Verlängerung. Es folgt dies aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes und dem sozialen Charakter dieser Bestimmung — unter Hinweis auf seine ständige, dahingehende Judikatur. Vgl. ferner zu Artt. 55, 67.

Internationales Privatrecht.

Artt. 7—31. A. Materiellrechtliches. 1. Meili, Die moderne Fortbildung des internationalen Privatrechts (Zürich, 1909). Verf. untersucht, auf welchem Wege die Materie in einer der modernen Weltwirtschaft entsprechenden Weise fortgebildet werden kann. Er meint, dies habe im Anschluß an die Haager Konventionen zu geschehen, für deren Zwecke in jedem Staate der neuen Rechtsperiode eine Spezialkommission aufgestellt werden sollte. Er verteidigt die Anschauung, daß die obersten Gerichtshöfe auch über die (richtige) Anwendung auswärtigen Privatrechts befinden sollten.

2. Derselbe, Die Hauptfragen des internationalen Privatrechts (Breslau, 1910).

3. Hedemann, Blick ins internationale Privatrecht, ABürgR. **34** 168 ff.

4. Finke, Internationale Regelung der Reederhaftung, NiemeyersZ. **21** 99—122, 597—606. Der Verf. erörtert die Entwickelung und das Resultat der Arbeiten des comité maritime international hinsichtlich der Frage der Reederhaftung und prüft alsdann, wieweit bereits durch die diplomatischen Konferenzen diese Frage eine Erledigung gefunden.

5. Adler, Weltmarkenrecht, Mschutz u. Wettbew. **10** 358—360. Am nächsten der Einführung eines Weltmarkenrechts komme man auf dem Wege des Ausbaues des internationalen, durch die Washingtoner Konferenz verbesserten Unionsvertrags hinsichtlich des Grundsatzes des „telle quelle“, wonach ie in dem einen Staate geschützte Marke im anderen Staate so wie sie ist „telle quelle“, also ohne neuerliche Prüfung Schutz finde und die Schutzverweigerung nur unter gewissen Gründen zulässig sei, — und eher noch auf dem Wege des Ausbaues des Madrider Abkommens betr. die internationale Registrierung von Fabriks- oder Handelsmarken, wonach durch die Registrierung der Marke bei einer hierzu bestimmten Stelle der Schutz in allen Verbandsstaaten erworben wird, vorbehaltlich der nur binnen kurzer Frist und aus bestimmten im Vertrage vorgesehenen Gründen geltend zu machenden Befugnis zur Verweigerung des Schutzes.

6. Kohler, Internationales Markenrecht, Gedanken und Ausblicke, Mschutz uWettbew. **10** 357, 358. Der Verf. befürwortet die Einrichtung eines internationalen Markenrechts in der Weise, daß die in einem Lande eingetragenen

Zeichen auch in den anderen Ländern zu verwenden sind, und wenn sie einer gutgläubigen Marke dieses Landes widersprechen, dort mit einem unterscheidenden Beizeichen zu versehen sind. Er wünscht ferner zur Entscheidung der aus einem solchen Zusammenstoße sich ergebenden Streitigkeiten einen internationalen Gerichtshof, der mit dem internationalen Bureau in Bern zu verbinden wäre.

7. Harburger, Die Madrider Sitzung des Institut de droit international, R. **11** 313—316. Die Beschlüsse auf dem Gebiete des internationalen Sachenrechts beruhen vor allem auf der Beseitigung der bisher üblichen grundsätzlichen Unterscheidung, je nachdem bewegliche oder unbewegliche Sachen den Gegenstand eines Rechtes bilden. Maßgebend soll für die Entstehung, die Tragweite und den Untergang selbständiger dinglicher Rechte — abgesehen von der Form der Rechtsakte — das Gesetz der belegenen Sache, bei akzessorischen dinglichen Rechten das für das zugrunde liegende Rechtsverhältnis entscheidende Gesetz sein. Im Falle der Verbringung einer Sache von dem Gebiet eines Staates in das eines anderen sollen die bereits erworbenen Rechte bestehen bleiben, jedoch unbeschadet der Befugnis des Staates, innerhalb dessen die Sache sich nun befindet, die Wirksamkeit jener Rechte gegenüber Dritten von der Erfüllung gewisser Bedingungen abhängig zu machen.

8. Cybichowski, Die Bestandteile des internationalen Privatrechts, NiemeyerZ. **20** 367—398. Der Verf. erörtert das internationale Privatrecht, indem er es nach der Art seiner Entstehung in die vier Gruppen Landesrecht, gebundenes Landesrecht, internationales Recht, freies Recht zerlegt.

9. Meili und Mamelok, Das internationale Privat- und Zivilprozeßrecht (Zürich 1911).

10. „Die Handelsgesetze des Erdballs". Begr. Dr. Oskar Borchardt, herausgegeben von Dr. Joseph Kohler, Dr. Felix Meyer, Heinrich Dove und Dr. Hans Trumpler. Schriftleiter Dr. Georg Maas. (3.) Lieferung 259—267. Lieferungen 259—263 bringen den Schluß von Bd. XIII Abt. 2. Mitteleuropa II, enthaltend das Handels-, Wechsel-, Konkurs- und Seerecht des Deutschen Reichs. Lieferungen 264—267 enthalten die Fortsetzung der für die britischen Besitzungen und Schutzgebiete geltenden einschlägigen Normen.

11. Dr. Hans Trumpler, Dr. P. Zybell, Syndikus der Handelskammer Frankfurt a. M., Welthandelsrecht.

B. Prozeßrechtliches. I. Literatur. 1. Bloch und Frank, Normen über die internationalen Rechtsbeziehungen auf dem Gebiete des Zivil- und Strafrechts und über den Rechtshilfeverkehr mit dem Auslande (Wien, 1910). Auf 428—545 werden die die Beziehungen zum Deutschen Reiche betreffenden Bestimmungen behandelt.

2. NiemeyerZ. **20** 594—599. „Eingabe der Ältesten der Kaufmannschaft in Berlin über Schaffung eines internationalen Schiedsgerichts für Streitigkeiten zwischen Privatpersonen und ausländischen Staaten" gerichtet an den Reichskanzler.

3. Lammasch, Die Ausgestaltung des Haager Schiedsgerichtshofs, R. **11** 146—152. Der Verf. befürwortet die Einrichtung eines von vornherein konstituierten Gerichtshofs im Gegensatze zu dem jetzigen Zustande, wobei die Mitglieder immer erst für den einzelnen Fall aus einer allerdings von den einzelnen Staaten aufgestellten Liste der dazu qualifizierten Personen von den Parteien gewählt werden können.

4. Ortlieb, Ausländische Rechtshilfeersuchen, betr. das Haager Abkommen vom 4. November 1896, BuschsZ. **38** 378 ff.

5. Tettenborn, Das Haager Schiedsgericht. Eine völkerrechtliche Studie (Bonn 1911). Geschichtliche Einleitung. Drei Teile: 1. Teil behandelt das Schieds-

wesen, enthält insbesondere auch die vom Deutschen Reiche geschlossenen Schiedsverträge. 2. Teil behandelt den Begriff, Zuständigkeit und Zusammensetzung des ständigen Schiedshofs. 3. Teil behandelt das Schiedsverfahren, und zum Schluß die bisher erlassenen Urteile.

6. Dungs im Reichsjustizamte, Sechs Haager Abkommen über internationales Privatrecht (1910).

7. NiemeyerZ **21** 544—550. Bek. des RK., betreffend die im Anschluß an das Haager Abkommen über den Zivilprozeß vom 17. Juli 1905 von Deutschland mit Schweden, Österreich, Dänemark und Frankreich zur weiteren Vereinfachung des Rechtshilfeverkehrs getroffenen Vereinbarungen. a) RGBl. **10** 455 unter dem 9. Februar 1910 (betr. Schweden). b) RGBl. **10** 871 ff. unter dem 3. Juni 1910 (betr. Österreich und Dänemark). c) RGBl. **11** 161 unter dem 6. April 1911 (betr. Frankreich).

8. NiemeyerZ. **21** 574—577. Zustellungen in England auf Grund des Ersuchens ausländischer Gerichte. Verfahrensvorschriften des Supreme Court vom März 1911.

9. „Zustellung deutscher Ladungen in Italien." I. von Ansbacher, DJZ. **11** 1422—1424, und in abweichender Auffassung II. von Frankenstein, DJZ. **11** 1424—1426.

10. BreslauAK. **11** 9. Die österreichischen Gerichte erteilen für Vergleiche, die vor deutschen Gerichten abgeschlossen sind, nicht die Vollstreckungsklausel, weil die Staatsverträge zwischen beiden Staaten den gerichtlichen Vergleich nicht als Schuldtitel aufführen. Es empfiehlt sich deshalb, die Form des Anerkenntnisurteils zu wählen.

11. NiemeyerZ. **21** 582—583. G. betr. die Vollstreckung auswärtiger zivilgerichtlicher Urteile in Liechtenstein vom 16. Dezember 1891, mitgeteilt in BuschsZ. **35** 197.

12. a) „Die Vollstreckung von Urteilen und Schiedssprüchen im internationalen Rechtsverkehr." Im Auftrage der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin verfaßt von Haeger, (Carl Heymanns Verlag, Berlin 1910). I. Teil 1. Abschn. behandelt die Vollstreckung ausländischer Urteile und Schiedssprüche in Deutschland; 2. Abschn.: in Außerdeutschland. II. Teil hat die Vereinheitlichung der internationalen Rechtsverfolgung zum Gegenstande, insbesondere die zwischen den einzelnen bestehenden diesbezüglichen Verträge und Vertragsentwürfe. b) Von der Vollstreckung ausländischer Urteile und Schiedssprüche und den Schwierigkeiten, die letztere im Gegensatze zur Vollstreckung ausländischer Urteile in manchen Ländern finden, spricht der Verf. auch im „Schiedsgerichte für Rechtsstreitigkeit der Handelswelt. (Berlin 1910)."

13. Über die Schwierigkeiten bei Vollstreckung deutscher, insbesondere badischer Urteile in der Schweiz berichtet Lutz, BadRpr. **09** 111. Vgl. dazu auch Otto Simon, ebenda 256.

14. NiemeyerZ. **21** 577—580. Zur Vollstreckbarkeit von Urteilen deutscher Gerichte in Österreich von Brandis, BuschsZ. **38** 153.

15. NiemeyerZ. **21** 580—582. Vollstreckung deutscher Prozeßkostenentscheidungen. in Österreich-Ungarn, BadRpr. **10** 260, vom 31. Oktober 1910 datierte Verfügung des badischen Justizministeriums.

16. Sassen, Der § 791 ZPO. und die deutschen Kolonien, DJZ. **11** 1215, 1216, unter Hinweis auf seine Abhandlung „Zwangsvollstreckung und Rechtshilfe in den deutschen Kolonien" in ZfKolonialr. **10** 685. Nach § 5 Vf. des RK. vom 25. Dezember 1900 erfolgt die Zwangsvollstreckung in den Kolonien Afrikas und der Südsee ausschließlich durch den Bezirksrichter. Nach AVf. des JustMin. vom 20. Mai 1908 werden Ersuchungsschreiben durch das Gericht I. Instanz direkt an das Kolonialgericht gesandt — jetzt auch in allen anderen

Bundesstaaten außer Bayern — und zwar unter Beifügung der vollstreckbaren Ausfertigung. Der Verkehr direkt zwischen Gläubiger und dem Kolonialgericht in Kiautschou.

17. Lebrecht, Die Vollstreckbarkeit deutscher Vollstreckungstitel in Österreich, BayRpflZ. **11** 360—362.

18. Meili, Lehrbuch des internationalen Konkursrechts (Zürich, Orell Füßli).

19. Meili, Ein historisches Intermezzo zwischen Frankreich und der Schweiz, betr. die internationale Stellung der Konkursgläubiger (Zürich, ebenda).

II. Rechtsprechung. OLG. **22** 192, 193 v, JW. **11** 167, NiemeyerZ. **21** 61, 62 (KG. V.). Bei Ersuchen ausländischer Gerichte findet § 576 ZPO. keine Anwendung.

Art. 7. I. Literatur. Bethmann, NiemeyerZ. **20** 503—510, wendet sich gegen „die Begründetheit des Nationalitätsprinzips im internationalen Privatrechte".

II. Rechtsprechung. ElsLothNotZ. **11** 39, ZBlFG. **11** 623 (LG. Straßburg). Der über ein inländisches, einem minderjährigen Franzosen gehöriges Grundstück durch seinen Vater abgeschlossene freihändige Verkauf bedarf der Genehmigung des Familienrats des Minderjährigen, die vom Ziviltribunale bestätigt sein muß. Liegen diese Genehmigung und Bestätigung für den betreffenden Kaufvertrag vor, so kann der Grundbuchrichter weitere Erfordernisse unter Berufung auf den Code civil nicht aufstellen.

Art. 8. Levis, Streitfragen aus dem internationalen Entmündigungsrechte, R. **11** 50—56. Der Verf. erörtert — unter Heranziehung der Literatur und zum Teil auch Judikatur — vier Fragen: 1. Nach Art. 7 EGBGB. ist der Heimatstaat zur Entmündigung berufen und richtet sich diese nach dem Heimatrechte. 2. Die Ausnahmevorschrift des Art. 8 EGBGB. beschränkt sich darauf, daß der Fremdländer, der im Inlande seinen Wohnsitz oder Aufenthalt hat, in Deutschland nach deutschem Rechte entmündigt werden kann. 3. § 328 ZPO. ist auf Entmündigungserkenntnisse nicht anzuwenden, weil diese der feststellenden Wirkung entbehren und deshalb kein Akt der Rechtsprechung, sondern eine Äußerungsform der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind. 4. Eine territorial beschränkte Entmündigung gibt es nicht.

Art. 10. 1. Deumer, Ausländische Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, NiemeyerZ. **20** 358—366.

2. Fuld, Nationalität der Aktiengesellschaften, ZAktWes. **11** 89—91.

Art. 11. A. Allgemeines. 1. *Silberschmidt, Die deutsche Rechtsprechung über das für Schuldverhältnisse im internationalen Verkehr anzuwendende Recht, NiemeyerZ. **20** 487—502. Gegen Beer (NiemeyerZ. **18** 334 f.) ist nicht anzunehmen, daß die Entsch. des RG. I. vom 4. April 1908 das Bekenntnis des RG. zu einer verbesserten Theorie des Erfüllungsorts, zu der des Schuldorts, enthält. Die Rechtsprechung des RG. ist nach wie vor dieser Entscheidung nicht einheitlich. Die gleichen Anschauungen wie in der angeführten Entscheidung hat schon das Urteil des RG. I. vom 30. September 1885 ausgesprochen, dazwischen hat aber der Senat fortwährend im Sinne der herrschenden Lehre, des Erfüllungsorts, entschieden. Der VI. Senat hat in einzelnen Entscheidungen die Rechtsprechung davon abzudrängen gesucht und auf das Recht des Personalstatuts verwiesen, eine Plenarentscheidung aber nicht herbeigeführt. Das tat auch der II. Senat nicht, als er diese Stellung des VI. Senats ablehnte und am Rechte des Erfüllungsorts festhielt. Dabei hat er fortschreitend es tunlichst abgelehnt, den Erfüllungsort für jede Partei einzeln festzustellen und ein einheitliches Recht des Erfüllungsorts zu begründen gesucht, dem die Parteien bei vernünftiger und billiger Berücksichtigung aller Umstände mutmaßlich sich unterworfen hätten. Der III. Senat läßt wieder das Recht des

Wohnorts des Schuldners entscheiden, der VII. den Ort des Versprechens. Eine einheitliche Stellungnahme des RG. ist dringendes Bedürfnis für die Rechtsprechung. Dabei wird aber vom Rechte der einzelnen Partei, dem Personalstatut, auszugehen sein, da hiernach allein die Vorfrage zu entscheiden ist, ob die Parteien einen Vertrag abschließen und sich einem bestimmten Rechte unterwerfen dürfen.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 888—890. Für die Entscheidung der Frage, welches örtliche Recht auf einen zwischen zwei in verschiedenen Rechtsgebieten wohnenden Parteien geschlossenen Vertrag anzuwenden ist, ist nach der ständigen Rechtsprechung des RG. in erster Reihe der Wille der Vertragschließenden maßgebend (vgl. **RG. 40** 197, **44** 154, **68** 205, **73** 387 und Urteile des II. Senats vom 27. November 1908 II. 219. 08 und 15. Oktober 1909, II. 668. 08).

3. **RG.** R. **11** Nr. 1584. Daß die Parteien im Rechtsstreite gegen die Anwendung inländischen Rechtes keinen ausdrücklichen Widerspruch erheben, zwingt noch nicht zu dem Schlusse, daß sie beim Vertragsschlusse sich diesem Rechte unterwerfen wollten.

4. **RG.** DJZ. **11** 323. Für einen Vertrag vor 1900 war von dem im internationalen Rechte allgemein anerkannten Grundsatz auszugehen, daß bezüglich der Förmlichkeiten des Vertrags das Gesetz des Ortes entscheidet, wo er geschlossen ist.

5. SchlHolstAnz. **11** 78, 79 (Kiel). Einem von deutschen Reichsangehörigen in den deutschen Schutzgebieten geschlossenen Vertrag ist mangels eines feststellbaren gegenteiligen Parteiwillens deutsches Recht zugrunde zu legen.

6. **RG.** JW. **11** 532. Auch die Auslegung eines Vertrags kann nur vom Standpunkt eines bestimmten positiven Rechtes vorgenommen werden. Für das vor dem 1. Januar 1900 geltende Recht hat das RG. in gleichmäßiger Rechtsprechung angenommen, daß für vertragliche Verpflichtungen das Recht des Erfüllungsorts maßgebend ist, sofern nicht ein anderer Parteiwille zu ermitteln ist (**RG. 73** 379, **74** 173). Dem Orte des Vertragsabschlusses kommt hiernach keine entscheidende Bedeutung zu.

7. **RG.** BankA. **10** 141, 142. Bei Schuldverhältnissen aus Verträgen zwischen In- und Ausländern ist, sofern kein gegenteiliger Vertragswille der Parteien sich ergibt, das Recht des für die streitige Verpflichtung gegebenen Erfüllungsorts als maßgebend anzusehen.

8. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 1034—1038 Nr. 92, JW. **11** 148, NiemeyerZ. **21** 62—64, BankA. **10** 240, LeipzZ. **11** 395—397. Die Einrede der Verjährung ist nach dem für das Schuldverhältnis selbst maßgebenden Rechte zu entscheiden.

9. OLG. **23** 14—16 (Cassel). Die Frage der Aufrechnung, ihrer Zulässigkeit, der Art ihrer Vornahme und ihrer Wirkung — gegenüber der Klageforderung ist bei einer vor deutschem Gericht erhobenen Klage nach deutschem Rechte zu beantworten.

B. Ansprüche aus einzelnen Verträgen. I. Kaufvertrag. 1. HansGZ. **11** Hptbl. 309, NiemeyerZ. **21** 68—71 (Hamburg). Die Parteien haben im August 1906 einen Vertrag über den Verkauf von fünf Ballen Hanf-Erzsäcken (zu liefern von der Klägerin „für den zirka Mitte September 1906 von Hamburg ausgehenden Segler „Philadelphia" „fob" Hamburg") miteinander abgeschlossen. Am 31. August 1906 hat die Klägerin dem Beklagten eine Faktura übersandt des Inhalts, daß sie per Dampfer „Sardinia" die fünf Ballen zur Überführung nach Hamburg auf Gefahr und Kosten des Beklagten an Herrn W. H. in Hamburg abgesendet habe und daß von ihr die Versicherung der Ware bis Hamburg gedeckt worden sei. Dieser W. H. ist nach Erklärung der Klägerin ein Mitinhaber der klägerischen in Dundee ansässigen Firma, an den sich auch die Order des Beklagten gerichtet hatte. Nach Ankunft der Ware in Hamburg ist dieselbe, noch bevor sie mit Leichtern an Bord des zu ihrer Aufnahme von dem Beklagten nachträglich bestimmten Dampfers „Wad-

don" gelangt ist, zugrunde gegangen. LG. Hamburg hat der auf Zahlung des Kaufpreises gerichteten Klage stattgegeben, indem es angenommen, daß zwar ausdrücklich über die Tragung der Gefahr nichts vereinbart gewesen sei, daß aber nach der hier zutreffenden Regel, daß die Klägerin in Dundee zu erfüllen gehabt hätte, die Transportgefahr bereits auf den Beklagten übergegangen gewesen sei, als der Verlust der Ware eintrat. OLG. hat die Klage abgewiesen. Es kommt englisches Recht zur Anwendung, sei es nun als Recht des Erfüllungsorts, d. h. des Wohnsitzes der Schuldnerin zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses, oder als Recht des Heimatstaats der Klägerin (vgl. v. Bar II 9, 13, 16; Windscheid I § 35 Nr. 3; Zitelmann II 403 ff.). Nach englischem Rechte aber — in der auch für Schottland maßgebenden sectio 20 der sall of goods act von 1893 — verbleibt die Gefahr beim Verkäufer, bis das Eigentum am Kaufgegenstand auf den Käufer übergegangen ist.

2. **RG.** NiemeyerZ. **20** 558, DJZ. **11** 323. Die Frage, inwiefern die Erfüllungspflicht des Verkäufers durch den Verzug des Käufers erlischt, richtet sich nach dem Rechte des Erfüllungsorts des Verkäufers.

3. HansGZ. **11** Hptbl. 32 (Hamburg). Für die Zahlungsverpflichtung der Käufers gilt präsumtiv das Recht des Wohnsitzes bzw. der Handelsniederlassung (vgl. **RG. 55** 105), wenn nicht aus den Umständen stillschweigend die Anwendung eines anderen Rechtes als das seines Erfüllungsorts als vereinbart gilt. Letzteres ist hier anzunehmen: die Ware war schwimmend von der Klägerin aus Singapore verkauft und sollte in Hamburg aus der „Andalusia" an die Beklagte, welche in Bremen domiziliert, ausgeliefert werden. Die Ware mußte also in Hamburg in Empfang genommen und hier ihre Vertragsmäßigkeit geprüft werden; gerade bei dem fast untrennbaren Zusammenhange der in Hamburg festzustellenden Vertragsmäßigkeit der Ware mit der Frage der sich hieraus ergebenden, usancegemäßen Rechtsfolge ist anzunehmen, daß für diese Frage inländisches Recht, und zwar das Hamburger, entscheidend sein sollte.

4. a) **RG.** DJZ. **11** 323. Das amerikanische Recht kennt nicht, wie § 326, die Setzung einer Nachfrist. Allein die Folgen des Verzugs sind nach den verschiedenen Rechtsgebieten zu beurteilen, je nachdem die Verpflichtung der einen oder der anderen Partei in Frage steht. — Insbesondere beantwortet sich die Frage, inwiefern die Erfüllungspflicht des Verkäufers durch den Verzug des Käufers erlischt, nach dem Rechte des Erfüllungsorts des Verkäufers. **b) RG.** DJZ. **11** 323, ferner GruchotsBeitr. **55** 110—114. Ebenso bestimmt sich der Anspruch des Käufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. **c)** Desgleichen OLG. **23** 6, 7 (Hamburg). Handelt es sich um Ansprüche des Käufers gegen den Verkäufer auf Ersatz fehlenden Materials und wegen Mängel, so kommt — wenn die Fabrik des Verkäufers in Belgien liegt — belgisches Recht für die Frage der Rügepflicht zur Anwendung.

5. **RG.** HansGZ. **11** Hptbl. 224. Welches Recht ist anzuwenden bezüglich der Verpflichtungen des deutschen Käufers, der mit einem belgischen Verkäufer über eine direkt von Belgien nach China zu verschiffende Ware kontrahierte? Wenn auch mit der Klage die Rückzahlung des bereits gezahlten Kaufpreises gefordert wird, handelt es sich doch materiell um die Frage der Verpflichtung der Käuferin zur Zahlung des Kaufpreises und zur rechtzeitigen Erhebung einer dem Gesetz entsprechenden Mängelrüge. Diese Verbindlichkeiten waren am Wohnsitze der Klägerin — Hamburg — zu erfüllen und sind deshalb nach deutschem Rechte zu beurteilen.

6. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 146, 147. Wenn bei einem zwischen einem in Deutschland wohnenden Deutschen und einem in Verona wohnenden Italiener geschlossenen Kaufvertrage vereinbart ist, daß der deutsche Käufer durch eine Bank in Verona — und zwar als dessen Beauftragte — Zahlung zu leisten habe, so

ist das ein erhebliches Moment für die Anwendbarkeit des italienischen Rechtes.

7. RG. LeipzZ. **11** 704, 705. Auf die Anwendung italienischen Rechtes weist hin, daß der Vertrag in Verona geschlossen und von beiden Teilen dort zu erfüllen war.

8. RG. DJZ. **11** 323, 324. Wenn bei Schuldverhältnissen aus Verträgen die Anwendung örtlich verschiedener Rechte in Frage steht, ist im Zweifel, d. h. sofern sich kein gegenteiliger Vertragswille der Parteien ergibt, das Recht des für die streitige Verpflichtung gegebenen Erfüllungsorts maßgebend (RG. **68** 205). Als Erfüllungsort für die Schadensersatzpflicht des Verkäufers A. und die damit zusammenhängende Lieferungsverpflichtung desselben ist dessen damaliger Wohn- und gewerblicher Niederlassungsort in Finnland anzusehen. Ist danach die Klägerin zur Annahme von Ersatzware verpflichtet, so handelt es sich auch nicht um eine diese betreffende Schuldnerverpflichtung der Klägerin gemäß § 433 Abs. 2, namentlich nicht um die Verpflichtung, diese Ware zu bezahlen, sondern um einen Annahme- und Gläubigerverzug der Klägerin. Hiernach ist aus dem Zusammenhange nicht zu folgern, daß etwa jene beiden Fragen nach dem für die Vertragserfüllung der Klage maßgebenden deutschen Rechte zu beurteilen seien.

II. Agenturvertrag. 1. a) OLG. **21** 385, NiemeyerZ. **21** 71 (Hamburg). Maßgebend für die Rechte und Pflichten des Agenten ist nicht ohne weiteres das Recht am Sitze des Geschäftsherrn, sondern das Recht des Erfüllungsorts, d. h. des Ortes, wo der Agent seine Tätigkeit entfalten soll, sofern nicht ein entgegenstehender Parteiwille erhellt, oder sich aus den besonderen Umständen des Falles etwas anderes ergibt (vgl. RG. **38** 194, JW. **99** 146 Nr. 21). b) Ebenso RG. SeuffA. **66** 146 f. Nr. 73, NiemeyerZ. **21** 71—73. Die Frage, welchen Umfang die Vertretungsmacht eines Agenten hat, ist nach dem Rechte des Ortes zu beurteilen, an dem der Agent seine Geschäftstätigkeit entfaltet, die Agentur ihren Sitz hat (vgl. auch RG. **38** 196 Nr. 51, **51** 149). Dies gilt nicht nur, wenn das Recht am Orte des Agenten weitergehende Befugnisse verleiht als das am Sitze des Geschäftsherrn, sondern immer.

2. RG. **74** 240, NiemeyerZ. **21** 75, 76. Wenn der Kläger (inländischer Agent einer in Liverpool domizilierenden Firma, die sich kommissionsweise mit dem Ein- und Verkaufe von Baumwolle an der Börse in Liverpool beschäftigte) die an ihn gerichtete Anzeige des ausländischen Hauses durch eine von ihm ausgehende, besondere Mitteilung an die Kommittenten weiterbefördert hat, so hat der Geschäftsschluß als im Inland erfolgt zu gelten (vgl. auch JW. **01** 657 Nr. 20; RG. **59** 335).

III. Kommissionsvertrag. RG. JW. **11** 148, 149, GruchotsBeitr. **55** 1034—1038 Nr. 92, NiemeyerZ. **21** 62—64, BankA. **10** 240, LeipzZ. **11** 395 bis 397. Soweit es sich um die Verbindlichkeiten des Kommissionärs handelt, ist das Recht des Ortes maßgebend, an welchem die Kommission zur Ausführung kommen soll.

IV. Frachtvertrag. RG. HansGZ. **11** Hptbl. 139, 140, HoldheimsMSchr. **11** 123, LeipzZ. **11** 468—470 Nr. 6. Wenn zwei Hamburger Kaufleute in Hamburg einen Frachtvertrag abgeschlossen haben, der sich auf ein unter norwegischer Flagge fahrendes und Kaufmannsgüter von Marokko nach Hamburg bringendes Schiff bezieht, so liegt kein Anlaß vor, den Vertrag einem anderen Rechte zu unterstellen, als dem deutschen, auch wenn der Vertrag in englischer Sprache abgefaßt ist und einzelne dem englischen Rechtsverkehr entnommene Klauseln enthält.

C. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung. RG. **74** 171—176, NiemeyerZ. **21** 64—68 (in eingehender Begründung). Für den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach gemeinem Rechte ist maßgebend nicht das Recht des Ortes, wo sich der die Bereicherung bewirkende

Vorgang ereignet hat, sondern das Recht des Erfüllungsorts, d. h. das am Wohnsitze des Schuldners geltende Recht.

D. Ansprüche aus unerlaubter Handlung. 1. **RG. 74** 46 ff., NiemeyerZ. **21** 76, 77. Bei Schiffskollisionen auf hoher See ist prinzipiell das Recht der Flagge des schuldigen (bzw. beschuldigten) Schiffes anzuwenden (vgl. **RG. 49** 182). Dieser Grundsatz entspricht der Natur der Sache und wird auch überwiegend in der Literatur und in den Vorschlägen der internationalen Kongresse vertreten (vgl. Nachweise bei Boyens, Seerecht I 67 ff. und Schaps, § 485 Anm. 14, § 734 Anm. 15). Nur dann ist die lex fori anzuwenden, wenn wegen der besonderen Gestaltung des Falles die Anwendung des ersteren undurchführbar ist oder eine ungleiche Behandlung der Parteien mit sich bringt. Dieser Fall liegt insbesondere dann vor, wenn bei Zusammenstoß verschiedener Nationalität und verschiedenen Rechtes die mehreren beteiligten Reeder Ansprüche gegeneinander erheben (**RG.** aaO. 187).

2. OLG. **23** 14—16 (Cassel). Das Recht des Ortes der Begehung einer Handlung ist dafür maßgebend, ob die Handlung als unerlaubt anzusehen sei und welche Rechtsfolgen sie nach sich ziehe (JW. **06** 297 f.).

E. Dingliches Recht. RheinA. **108** 187—209 (Düsseldorf) in ausführlicher Begründung. 1. Darüber, nach welchem Rechte die Entstehung eines Schiffspfandrechts zu beurteilen ist, entscheidet zunächst die Rechtsordnung des Prozeßgerichts aus der Zeit, in der sich der für die Entstehung maßgebende Tatbestand vollendet hat. 2. Nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts kann dem, der sich ein Pfandrecht an einem registrierten Schiffe hat bestellen lassen, der Einwand, das Schiff sei zu Unrecht registriert, keinesfalls dann entgegengesetzt werden, wenn zur Zeit der Eintragung des Pfandrechts eine anderweite Registrierung überhaupt noch nicht erfolgt oder die Eintragung anfänglich zutreffend war, und nur später bei Verlegung des Betriebsorts des Schiffes in einen anderen Staat nicht gelöscht worden ist. 3. Ein in Holland begründetes und dort eingetragenes Schiffspfandrecht erlischt bei einer Zwangsversteigerung des Schiffes in Deutschland; an seine Stelle tritt ein Anspruch auf Befriedigung aus dem Erlöse. 4. Die Rangordnung bei der Verteilung des Erlöses eines zwangsweise versteigerten Schiffes bestimmt sich nach dem Rechte des Vollstreckungsgerichts. 5. Ist ein Schiff zunächst in ein holländisches, dann in ein deutsches Schiffsregister eingetragen worden, dann gehen die im Inland eingetragenen, gutgläubig erworbenen Pfandrechte den in Holland eingetragenen Rechten im Range vor.

F. Erbrechtliches. HansGZ. **11** Hptbl. 233—235 (Hamburg). Auf die Form des Testaments eines im Auslande wohnenden Deutschen (in Saloniki in der Türkei wohnhaft gewesenen und verstorbenen Erblassers) findet deutsches Recht Anwendung. Abs. 1 Satz 2 Art. 11, wonach auch noch das Recht des Ortes, wo die Urkunde vollzogen wird, gilt, greift nicht Platz für die der deutschen Konsulargerichtsbarkeit Unterworfenen. Letztere Bestimmung ist außer Kraft gesetzt durch KonsGG. vom 7. April 1900 §§ 19, 27.

Artt. 13 ff. I. Literatur. Das international-privatrechtliche Eherecht ist eingehend behandelt im RGes. über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6. Februar 1875 von Hinschius-Boschan (Berlin 1909).

II. Rechtsprechung. 1. SeuffA. **66** 68—71 Nr. 33 (Dresden). Eine zwischen Angehörigen verschiedener Staaten abgeschlossene Ehe ist in materiellrechtlicher Hinsicht nur dann gültig, wenn sie sowohl dem Rechte des Heimatsstaats des Mannes als auch dem Rechte des Heimatsstaats der Frau entsprechend zustande gekommen ist. Da die Nichtigkeit einer Ehe lediglich die Folge von Hindernissen der Eingehung einer gültigen Ehe ist, so ist dieser Grundsatz ebenso wie für die Eingehung der Ehe auch für deren materielle Nichtigkeit maßgebend (Prot. VI 52).

2. NiemeyerZ. **21** 526—530 (KG. XXIII.) Kann eine Deutsche, die in Deutschland nach dem 1. Januar 1900 mit einem italienischen Staatsangehörigen die Ehe eingegangen ist, auf Nichtigkeit der Ehe klagen, weil dieser durch eine frühere Ehe gebunden war, obwohl diese frühere Ehe durch ein rechtskräftiges deutsches Urteil geschieden war? Verneint um deswillen, weil der deutsche Richter ein rechtskräftiges deutsches Urteil nicht für wirkungslos erklären dürfe, läge doch hierin ein Verstoß gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes (§ 322 ZPO.), unter Bezugnahme auf **RG. 11** 34 und ein in FischersZ. **32** 305 wiedergegebenes Gutachten des sächs. Justizministeriums.

3. HansGZ. **11** Beibl. 202, 203 (Hamburg). Die Frage, ob die von den Parteien geschlossene Ehe rechtsgültig ist, muß nach Art. 13 EGBGB., da zur Zeit der Eheschließung Kläger Österreicher, Beklagte Deutsche war, auch nach österreichischem Rechte beantwortet werden. In Österreich ist die Eheschließung zwischen einem Katholiken und der geschiedenen Frau eines noch lebenden Dritten verboten und ungültig (Hofdekret vom 17. Juli 1835 § 4 ÖstABGB.) Wenn die Eheschließung des Österreichers auswärts erfolgt, kommt es für die Frage der Gültigkeit darauf an, ob er dabei beabsichtigte, Rechtswirkungen in Österreich zu erzeugen. Dies muß ihm zur Feststellung der Nichtigkeit nachgewiesen werden. Die von selbst eintretende Folge, daß die Gattin österreichische Staatsangehörige wird, genügt dazu nicht.

Art. 14. 1. KGBl. **11** 122, 123 (KG. III.). Handelt es sich um die Regelung eines Unterhaltsanspruchs einer in Deutschland lebenden Ausländerin gegen ihren Ehemann in einem vor einem deutschen Gericht anhängigen Verfahren der einstweiligen Verfügung, so kommt deutsches Recht zur Anwendung. Es würde dem Zwecke einer aus § 940 zu erlassenden einstweiligen Verfügung widersprechen, ihre materielle Grundlage in ausländischem Rechte zu suchen, dessen Bestimmungen nicht immer sofort erkennbar oder für Ausnahmefälle, wie sie § 940 ZPO. zur Voraussetzung hat, nicht gegeben sind.

2. OLG. **23** 197 (Dresden). Für die Eheherstellungsklage des Mannes gilt § 606 Abs. 4 ZPO. nicht. Grundsätzlich ist dafür das ungarische Eherecht maßgebend.

3. OLG. **23** 196 (Marienwerder). Nach § 606 Abs. 4 ist für Parteien russischer Staatsangehörigkeit ein Gerichtsstand vor deutschen Gerichten nicht begründet, weil nach russischem Rechte für die Scheidungsklage russischer Eheleute nicht-russische Gerichte unzuständig sind. Vgl. auch Art. 17.

Art. 15. OLG. **21** 233, NiemeyerZ. **21** 73, 74 (München). Die Beklagte, deren persönliche Haftung für eine erstrittene Wechselschuld ihres Mannes nach § 1480 BGB. begehrt wird, hat mit ihm zu München in vertragsmäßiger Gütergemeinschaft von 1895 bis zu ihrer Übersiedelung nach St. Gallen gelebt. Zur Zeit der Akzeptation des Wechsels (1908) hatte der Mann der Beklagten seinen Wohnsitz noch zu München. Allerdings ist nach Art. 19 SchweizG. vom 25. Juni 1891 für die güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten gegenüber Dritten das Recht des jeweiligen ehelichen Wohnsitzes maßgebend, und zwar nach Art. 32 auch auf zugezogene Ausländer anzuwenden, — allein für den deutschen Richter ist jene Bestimmung nicht maßgebend. Das gilt zunächst für den Fall, daß man — was zutreffend ist — die Grundsätze des früheren internationalen Privatrechts (ZJPR. **18** 148 und den Bericht **15** 347) anwendet, nach denen der eheliche Güterstand unwandelbar war. Wendet man das internationale Privatrecht des BGB. an, so entscheidet gemäß Art. 15 EG. die Tatsache, daß der Mann der Beklagten zur Zeit der Eheschließung ein Deutscher war, schlechthin für die absolute Anwendbarkeit des deutschen Güterrechts.

Art. 17. Zuständigkeit deutscher Gerichte in Ehesachen. 1. OLG. **23** 196, 197 (Hamburg). Der beklagte Ehemann, der vor Zustellung der

Scheidungsklage das Bürgerrecht in den Vereinigten Staaten erworben, hatte im Bezirke des angerufenen Landgerichts den letzten Wohnsitz im Inlande gehabt und jetzt im Inlande keinen allgemeinen Gerichtsstand. Das angerufene Gericht ist nach § 606 Abs. 2 Satz 1, 2 zuständig, wenn die Frau sie behalten. Das ist der Fall: Eine Entlassung des Mannes aus der Staatsangehörigkeit liegt nicht vor. Durch Auswanderung des Mannes, Naturalisierung in den Vereinigten Staaten und fünfjährigen ununterbrochenen Aufenthalt daselbst, hätte die Frau ihre Staatsangehörigkeit nur verloren, wenn sie sich bei dem Manne befunden hätte (§ 21 Abs. 1, 3 G. vom 1. Juni 1870, Art. 1 Bancroftvertr. vom 22. Februar 1868 und Art. 41 Abs. 4 EGBGB.). Daher finden auch nach Art. 17 Abs. 3 EGBGB. die deutschen Gesetze Anwendung. Nicht der Fall: Durch ihre Eheschließung mit dem Kläger (Ungar) hat die Beklagte dessen Staatsangehörigkeit erlangt. Nach § 114 UngEheG. (Art. XXXI von 1894) ist im Eheprozeß eines ungarischen Staatsbürgers nur das Urteil eines ungarischen Gerichts wirksam. Nach § 606 Abs. 4 ist somit die Scheidungswiderklage der Frau wegen mangelnder Zuständigkeit des deutschen Gerichts abzuweisen. Haager Abkommen über das Ehescheidungsrecht vom 12. Juni 1902 kommt nicht in Betracht, da Österreich-Ungarn es noch nicht ratifiziert hat.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 1038—1040, ZBlFG. **11** Nr. 583, JW. **11** 208, 209. Die Frage, ob das Recht der Eltern hinsichtlich der Sorge für die Kinder aus geschiedener Ehe nach Art. 17 oder 19 EG. zu behandeln ist, ist bestritten. Es bedarf aber vorliegend keiner Entscheidung, weil auch bei Anwendung des Art. 19 eine aus dem ausländischen Rechte zu entnehmende Rückverweisung berücksichtigt werden muß und also deutsches Recht anzuwenden ist. (Es handelte sich vorliegend um einen Angehörigen des Australischen Staates Neu-Süd-Wales, nach dessen Recht der Wohnsitz, nicht die Staatsangehörigkeit maßgebend ist.

3. RheinA. **108** 186, 187 (Düsseldorf). Die vorläufige Regelung der Unterhaltspflicht zwischen österreichischen Ehegatten, die im Scheidungsprozesse stehen, hat nach österreichischem Rechte zu erfolgen. Das KG. hält OLG. **3** 363 auf Fälle der vorliegenden Art den Art. 17 EGBGB. für anwendbar, indem es die Regelung der vorläufigen Unterhaltspflicht zu den auf die Scheidung bezüglichen Angelegenheiten rechnet. Zum gleichen Ergebnisse gelangt man, wenn man mit dem RG. (**RG. 62** 404) die Regelung der Unterhaltspflicht zu den persönlichen Rechtsbeziehungen des Ehegatten zählt und deshalb unter entsprechender Anwendung des Art. 14 EGBGB. die Gesetze des Heimatsstaats des ausländischen Ehegatten der Entscheidung zugrunde legt.

4. HansGZ. **11** Beibl. 62, 63 (Hamburg). Unlöslichkeit des Ehebandes in Österreich, wenn zur Zeit des Eheschlusses auch nur einer der Ehegatten Katholik war (§ 111 ÖstABGB.). Das Recht auf Scheidung wird auch nicht dem gegeben, der nachträglich zu einer anderen Konfession übergetreten ist.

Art. 19. Literatur. I. Levis, NiemeyerZ. **20** 599—602, vertritt die Ansicht, der deutsche Vater müsse als gesetzlicher Vormund in Pflicht genommen werden, um seine Kinder in den Vereinigten Staaten vertreten zu können.

II. Rechtsprechung. SeuffA. **66** 68—71 Nr. 33, R. **11** Nr. 660 (Dresden). Für das Fortleben eines für tot erklärten Verschollenen besteht weder nach deutschem noch nach österreichischem Rechte über den bei Todeserklärung festzustellenden Zeitpunkt des Todes hinaus eine Lebensvermutung.

Art. 20. RG. 76 283—288. Der Anspruch der ausländischen unehelichen Mutter auf Herausgabe des Kindes richtet sich nach den Gesetzen des Staates, dem die Mutter angehört. Rechtsverhältnis zwischen dem unehelichen Kinde und seiner Mutter nach den Gesetzen des Staates der Mutter — entsprechend im Art. 20 EGBGB. geregelt für den Fall, daß die Mutter eine Deutsche ist.

Art. 21. NiemeyerZ. **21** 530—536. Alimentationsansprüche eines unehelichen Negerkindes aus den deutschen Schutzgebieten (Togo) gegen einen Deutschen vom AG. Flensburg durch Urteil vom 15. Februar 1907 in ausführlicher Begründung verneint, indem es als Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des nach Art. 21 EGBGB. an sich anzuwendenden fremden Rechtes folgende Momente aufstellt: 1. es müsse das Recht eines Kulturstaats sein, 2. es müsse die Reziprozität gegeben sein, 3. der fremde Staat müsse die Territorialsouveränität besitzen, und diese Voraussetzungen vorliegend verneint. Hiergegen wendet sich in eingehender Begründung die Berufungsrechtfertigung, die das Eingeborenenrecht der deutschen Kolonie Togo Anwendung finden läßt. (Berufung nicht entschieden, sie wurde infolge Todes des Klägers zurückgenommen.)

Art. 23. I. Literatur. *Alexander Coulin, Kann eine zwanzigjährige Rumänin vor einem deutschen Gerichte Privatklage erheben? BlVerglR. 7 38 ff. Die Volljährigkeitserklärung einer Ausländerin richtet sich in materieller Hinsicht nach dem Personalstatute; läßt dieses nur französisch-rechtliche Emanzipation zu, so beschränkt sich die Wirkung der Volljährigkeitserklärung nur auf die durch die Emanzipation erlangbare Rechtsstellung; Prozeßfähigkeit im Liegenschaftsprozesse wird dadurch nicht erlangt. (40): Die Volljährigkeitserklärung (Emanzipation) einer Rumänin kann in Deutschland durch Erklärung des rumänischen Konsuls als Vorsitzenden des darüber beschließenden ad hoc berufenen Familienrats erfolgen. (41): Als vorläufige Maßregel kann von einem deutschen Gericht auch eine Pflegschaft über eine Ausländerin angeordnet werden (vgl. § 1909 Abs. 3 BGB., § 37 Abs. 2 FGG.); insbesondere ist eine derartige Maßregel notwendig, wenn mangels Prozeßfähigkeit der minderjährigen Ausländerin im Privatklageverfahren ein Verlust der Beweismittel zu befürchten ist; da hier ein „dringender Fall" im Sinne des HaagEhescheidAbk. vom 12. Juni 1902 Art. 7 (RGBl. **04** 245) vorliegt. § 1846 BGB. findet auch hier Anwendung, demgemäß ist die Pflegschaft, wie andere vorläufige Maßregeln, ex officio anzuordnen.

II. Rechtsprechung. KGJ. **39** A 28—33, DJZ. **10** 324, 325. Das Vormundschaftsgericht ist zur Anordnung der Fürsorgeerziehung gegen einen minderjährigen Reichsdeutschen auch dann befugt, wenn dieser nicht dem Bundesstaat angehört, in dem das Vormundschaftsgericht seinen Sitz hat. Auch in diesem Falle hat das Vormundschaftsgericht das an seinem Sitze geltende Fürsorgeerziehungsgesetz anzuwenden.

Art. 24. 1. Vgl. zu Art. 11 F.

2. R. **11** Nr. 1769 (Hamburg). Auf Grund des Abs. 2 kann der Erbe eines Deutschen, der im Auslande seinen Wohnsitz hatte, die Haftung für die Schulden des Erblassers nicht mit der Begründung ablehnen, daß nach dem Rechte des ausländischen Wohnsitzes nicht er, sondern ein anderer Erbe geworden sei; — denn die Beerbung richtet sich gemäß Abs. 1 nach deutschem Rechte, dieses entscheidet zunächst auch über die Haftung für die Nachlaßschulden.

Art. 25. **RG.** JW. **12** 22, 23. Kläger, der ein Deutscher ist, hat gegen die Erblasserin, die zur Zeit ihres Todes ihren Wohnsitz in Deutschland gehabt hat, auch wenn diese zuletzt New Yorker Staatsangehörige war, gemäß Artt. 25, 29 EGBGB. Pflichtteilsansprüche nach deutschem Rechte, — weil nach dem Rechte des Staates New York bei Beerbung eines dort wohnhaften Deutschen die ausschließliche Geltung der deutschen Gesetze nicht anerkannt wird, — der Ausnahmefall des Art. 25 Satz 2 somit nicht gegeben ist. Für die Vererbung des unbeweglichen Nachlasses gilt dort das Recht der belegenen Sache, während die Beerbung des beweglichen Nachlasses, soweit nicht auch hier bei property real das Recht der belegenen Sache Anwendung findet, sich nach dem Rechte des Wohnsitzes des Erblassers richtet (zahlreiche Literatur!). Über

das bei Erbfällen zur Anwendung zu bringende Recht ist in der Konsularkonvention vom 11. Dezember 1871 (RGBl. **72** 95 ff. Nr. 13) nichts bestimmt.

Art. 27. Vgl. Art. 17.

Art. 29. Vgl. Art. 25.

Art. 30. 1. RheinA. **108** 187—209 (Düsseldorf). Die in Art. 30 EGBGB. für die Anwendung des ausländischen Rechtes gesetzten Schranken gelten auch dann, wenn der maßgebende Tatbestand sich vor dem Inkrafttreten des BGB. vollzogen hat.

2. RheinA. **108** 187—209 (Düsseldorf). Zu den Grundlagen des staatlichen und wirtschaftlichen Lebens, zu deren Ausschaltung die Anwendung des ausländischen Rechtes nach Art. 30 EGBGB. nicht führen darf, gehört auch die Einrichtung des Schiffsregisters.

3. **RG. 73** 366. Die Bestimmung des § 289 Abs. 3 HGB. ist nicht anwendbar auf ausländische Aktiengesellschaften, die im Inland eine Zweigniederlassung haben, in deren Betrieb die Forderung des Gläubigers entstanden ist.

4. **RG.** JW. **12** 22—23 Nr. 1. Die Vorschriften des deutschen Rechtes über den Pflichtteil fallen nicht unter Art. 30 EGBGB. S. auch Art. 13.

Zweiter Abschnitt. Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Reichsgesetzen.

Artt. 32—54.

Dritter Abschnitt. Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen.

Art. 55. I. Literatur. *Schreiber, Formzwang und Legitimation bei den verpflichtenden Willenserklärungen der kommunalen und kirchlichen Körperschaften, DNotV. **11** 495—546, insbesondere 537 f., 540, 544. Die Verfassung der öffentlich-rechtlichen Körperschaften (Kommunen, Kirchengemeinden usw.) wird durch die Landesgesetzgebung bestimmt. Demgemäß regelt diese auch die Voraussetzungen, unter denen jemand als Vertreter einer solchen Körperschaft zu handeln befugt ist. Sie könnte also auch anordnen, daß der Vertreter nur legitimiert ist, wenn eine besondere Legitimationsurkunde — sei es allgemeinen Inhalts oder für das einzelne Rechtsgeschäft — in bestimmter Form für ihn errichtet ist. Dagegen ist die Form der (privatrechtlichen) Rechtsgeschäfte eine Frage des bürgerlichen Rechtes und regelt sich demgemäß nunmehr (abgesehen von den dem Landesrechte vorbehaltenen Materien) nach dem Reichsrecht, insbesondere nach dem BGB. Es kann hiernach die Landesgesetzgebung nicht bestimmen, daß Rechtsgeschäfte der öffentlich-rechtlichen Körperschaften nur in bestimmter Form geschlossen werden können, daß namentlich etwa die Willenserklärungen in bestimmter Form zu beurkunden und dem anderen Teile gegenüber abzugeben sind. Wenn also die in zahlreichen preußischen Verwaltungsgesetzen enthaltenen Vorschriften, wonach Urkunden, durch welche für die Körperschaft Verbindlichkeiten übernommen werden, in einer bestimmten Form errichtet werden müssen, in der Tat dahin auszulegen sein sollten, daß die verpflichtenden Willenserklärungen der Körperschaften überhaupt nur in dieser Form gültig abgegeben werden können, so würden sie gegen den Art. 55 verstoßen und ungültig sein. In Wirklichkeit wollen allerdings jene Bestimmungen des preußischen Rechtes überhaupt nicht die Rechtsgeschäfte oder die Legitimation irgendwie an erschwerende Voraussetzungen knüpfen; im Gegenteile wollen sie den Rechtsverkehr erleichtern. An sich nämlich ist in erheblichem Umfange zu verpflichtenden Willenserklärungen der Körperschaften die Mitwirkung des Gesamtvorstandes und außerdem noch die Zustimmung der Gemeindevertretung erforderlich. Ist aber eine Verpflichtungsurkunde in der besonders vorgeschriebenen Form errichtet, dann können dem gutgläubigen Dritten aus dem etwaigen Mangel der Mitwirkung des Gesamtvorstandes oder der Zustimmung der Gemeindevertretung Einwendungen nicht entgegengesetzt

werden (gegen **RG. 64** 413, **67** 269, **68** 407, **73** 73 ff., 205 ff. und andere). Vgl. übrigens auch GruchotsBeitr. **55** 388.

II. Rechtsprechung. **RG. 75** 98—108 (sehr eingehend begründet), JW. **11** 209, 210. Die Bestimmungen der Landesrechte (BadRAGebO.), wonach eine Vereinbarung zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Auftraggeber über die Höhe der jenem gebührenden Vergütung für den Auftraggeber nur verbindlich ist, wenn dieser sie schriftlich abgeschlossen hat, sind durch Art. 55 EGBGB. nicht aufgehoben, weil sie sich als öffentlich-rechtliche Bestimmungen darstellen.

Art. 59. 1. **RG.** JW. **10** 116, DJZ. **11** 325. Die altrechtlichen Bestimmungen kommen für Rechtsverhältnisse des im Jahre 1901 begründeten Stammguts nicht in Betracht, sondern nur Art. 36 BadAGBGB. Diese Vorschriften, die im Hinblick auf Art. 59 durch neuen Gesetzgebungsakt erlassen sind, hängen mit dem Landrechte nicht in dem im § 7 Kaiserl. VO. vom 28. September 1879 bezeichneten Sinne zusammen, gleichviel, ob sie inhaltlich mit Landrechtssatz 577 ff. übereinstimmen oder nicht.

2. SchlHolstAnz. **11** 33—37 (Kiel). — in eingehender Begründung —. Über den Unterschied zwischen Familienfideikommiß und Familienstiftung.

3. SchlHolstAnz. **11** 129—130 (KG. I a.). Über die Erfordernisse der Stiftungsurkunde hinsichtlich der deutlichen Fassung und der Bestimmung über die Bestellung eines Vorstandes einer Familienstiftung (PrAGBGB. Art. 1).

Art. 62. KGJ. **39** A 205—210, DJZ. **10** 325 (KG.). Grundbucheintragung der Versicherungspflicht bei Rentengütern.

Art. 64. Abs. 2. **RG. 74** 49—51. Auch in bezug auf die Anerbengüter hat der Grundsatz der unbeschränkten Testierfreiheit sichergestellt werden sollen. Der Erblasser kann jede nach den Vorschriften des BGB. zulässige, von der gesetzlichen Erbfolge abweichende Bestimmung treffen und insbesondere auch die Abfindung der Kinder und die Leibzucht der Witwe nach freiem Ermessen bestimmen.

Art. 67. (Art. 67 verb. mit §§ 50 Abs. 2 u. 3, 148, 153 PrAllgBergG.) 1. **RG.** 16. 12. 09, DJZ. **11** 325. Einer Beschränkung unterwirft das Gesetz den Bergwerkseigentümer hinsichtlich gewisser öffentlich-rechtlicher Unternehmungen. Diese darf er nicht gefährden. Private und darunter bergbauliche Unternehmungen genießen den gleichen Schutz nicht. Bei ihnen ist der Unternehmer beschränkt auf die tatsächliche Abwehr und auf den Schutz, den die mit polizeilichen Befugnissen ausgestattete Bergbehörde ihm gewähren kann und jedenfalls dann, wenn mit den privaten zugleich auch öffentliche Interessen in Gefahr stehen, gewähren muß.

2. **RG.** V. 23. 1. 11, GruchotsBeitr. **55** 1168—72. Die Abwehrklage aus §§ 1004, 906 BGB. wird durch § 148 PrBergG. vom 24. Juni 1865 nicht ausgeschlossen.

3. **RG. 75** 79, 80, JW. **11** 232. Schreibt § 105 PrAllgBergG. vom 24. Juni 1865 die schriftliche Form nur für das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft der Übertragung der Kuxe vor? oder auch für das schuldrechtliche Grundgeschäft? Nur für ersteres, nicht für letzteres. Letzteres Geschäft richtet sich seit 1. Januar 1900 nach BGB. Hierfür spricht auch die Tatsache, daß § 105 durch das PrAGBGB. vom 20. September 1899 nicht abgeändert worden ist, während — wie Art. 37 dieses G. ergibt — andere Paragraphen des BergG. mit Rücksicht auf das Inkrafttreten des BGB. Änderungen erfahren haben.

4. **RG.** JW. **11** 571, 572. Die Knappschaftsvereine sind eine Rechtseinrichtung des Bergrechts, dessen Regelung durch Art. 67 EGBGB. der Landesgesetzgebung vorbehalten ist. Nach PrAllgBergG. sind sie als Korporationen des öffentlichen Rechtes anzusehen, und ihre bestätigten Satzungen haben den Charakter objektiver Rechtsnormen; sie sind Gesetze im Sinne des § 12 EGZPO. (**RG. 38** 240, **66** 433,

70 288, JW. **10** 984 Nr. 5). Enthalten sie Bestimmungen, die gegen die Reichsgesetze verstoßen, wie gegen § 850 Abs. 1 Nr. 2 und 3 ZPO., § 7 HaftpflG. oder die Arbeiterversicherungsgesetze des Reichs, so fehlt ihnen der gesetzliche Boden.

5. **RG. 75** 45—51. Knappschaftspflicht der Werkbeamten nach dem PrAllg. BergG.

Art. 69. Ebner, Die Grundbegriffe des Jagdrechts, GruchotsBeitr. **55** 535 bis 575, 737—750. 1. Inhalt der Jagdberechtigung. 2. Gegenstand der Jagdberechtigung. 3. Träger der Jagdberechtigung. 4. Die Ausübung der Jagdberechtigung. 5. Der Schutz der Jagdberechtigung.

Art. 77. RG. 5. 1. 10, **72** 347, DJZ. **11** 325. Für die Schadenshaftung des Staates aus Versehen der Beamten muß grundsätzlich unterschieden werden zwischen fiskalischen Rechten und Hoheitsrechten des Staates. Wo der Staat in Ausübung fiskalischer Rechte handelt, wo er als juristische Person an dem Geschäftsverkehre teilnimmt oder auf Grund von Befugnissen handelt, die im bürgerlichen Rechte wurzeln, da ist er nach Reichsrecht für Schadenszufügungen seiner Beamten im Umfange des § 31 BGB. verantwortlich. Wo der Staat aber in Ausübung seiner Hoheitsrechte, insbesondere seiner obrigkeitlichen Gewalt, handelt, da ist wegen der Schadensersatzpflicht (von gewissen Ausnahmen abgesehen) auf das Landrecht zurückzugehen (**RG.** 1. 5. 09, **71** 44).

Art. 84. 1. **RG.** JW. **11** 801, 802 Nr. 1. Eine vor 1900 gemäß § 20 II. 11 in Verbindung mit §§ 11 ff. II. 6 ALR. sich als erlaubte Privatgesellschaft darstellende Religionsgesellschaft — wie die Freie Religionsgemeinde in Dresden — (vgl. **RG. 62** 358 ff. und Urt. vom 14. November 1910, JW. **11** 115 Nr. 53) behält sie auch nach Inkrafttreten des neuen Rechtes (**RG. 51** 160 und JW. **11** 115 Nr. 53), kann aber durch Satzungsänderung sich zu einem Vereine — wenn auch vorerst ohne Rechtsfähigkeit — umbilden.

2. ThürBl. **58** 123, 124 (Jena). Eintragung des „Bruderrats der landeskirchlichen Gemeinschaft zu G." als Gesellschaft mbH. von allen Instanzen abgelehnt, weil nach § 11 RjL. AGBGB. eine Religions- oder geistliche Gesellschaft nur durch landesherrliche Verleihung die Rechtsfähigkeit erhalten kann (vgl. RJA. **6** 48). Ihr Zweck ist auf gottesdienstliche Tätigkeit gerichtet.

Art. 86. (Artt. 6 und 7 PrAGBGB.). 1. **RG. 76** 384—390, JW. **11** 803 (unter Heranziehung der Literatur, Judikatur und Gesetzesmaterialien). Maßgebend ist nicht der reine Wert des Nachlasses — d. h. der Wert nach Abzug der Schulden und Lasten — sondern der Bruttowert.

2. SchlHolstAnz. **11** 161 f. (KG.). Die Erwerbsbeschränkungen für juristische Personen sind jetzt in Preußen auf der Grundlage von Artt. 86, 88, 218 EGBGB. durch Artt. 6, 7 PrAGBGB. einheitlich geregelt, demgemäß die VO. Christians VII. wider die Veräußerung unbeweglicher Güter in die tote Hand für Schleswig-Holstein durch Art. 89 Nr. 7 PrAGBGB. ausdrücklich aufgehoben.

3. OLG. **22** 118 g (Colmar). Art. 86 EGBGB. bezweckt, wie sich aus seiner Entstehungsgeschichte unzweideutig ergibt, lediglich die Regelung der privatrechtlichen Kontrolle über die juristischen Personen; dagegen will er das dem öffentlichen Rechte der Bundesstaaten angehörige Aufsichtsrecht des Staates über die juristischen Personen, besonders über diejenigen des öffentlichen Rechtes unangetastet lassen (vgl. noch OLG. 8 103). Die dem öffentlichen Rechte angehörige Vorschrift über die Verwaltung und Beaufsichtigung der Gemeinden, auf die sich Art. 86 nicht bezieht, stellt aber § 76 Nr. 7 ElsLothGemeindeO. dar, wonach die Annahme der Schenkungen nur zulässig ist, wenn der die Annahme betreffende Gemeinderatsbeschluß von der Aufsichtsbehörde genehmigt ist.

4. (Art. 6 PrAGBGB.) **RG.** JW. **11** 802, 803 Nr. 2. Eine testamentarisch als Erbe berufene juristische Person kann, wenn der Wert der Zuwendung 5000 M.

übersteigt, nach Eintritt des Erbfalls die Erbschaft zwar ausschlagen, aber — vor Erteilung der landesherrlichen Genehmigung zunächst nicht — auch nicht durch „Annahme" erwerben und demgemäß keine Ansprüche gegen den Nachlaß geltend machen.

Art. 88. S. Art. 86.

Art. 96. I. Literatur. 1. Francke, Zum Leibgedingsvertrage des Art. 96 EGBGB, GruchotsBeitr. **54** 551—559.

2. Joseph, Neuere Streitfragen zum Altenteilsrechte. GruchotsBeitr. **56** 75—100 (vorher schon das. **54** 79—103). I. Die Wirkung der Ehe und der Ehescheidung auf das Altenteil. II. Ansprüche des einen Gatten bei schuldhafter Tötung des anderen durch den Hofbesitzer. Ansprüche der Erben des Getöteten. III. Einrede des nicht erfüllten Vertrags, der Zurückbehaltung und der Aufrechnung gegen die Klage des Altsitzers. IV. Annahmeverzug des Altsitzers. V. Eintragbarkeit des Begräbnisrechts. VI. Zusammenfassung der zu I—V gefundenen Ergebnisse.

II. Rechtsprechung. SeuffA. **66** 66—68 Nr. 32 (BayObLG.). Die Frage, ob ein Recht übertragbar ist, bemißt sich, wenn es vor dem 1. Januar 1900 entstanden ist, nach dem früheren Rechte, denn die Übertragbarkeit gehört zum Inhalte des Rechtes. Nach gemeinem Rechte sind die Ansprüche aus einem bäuerlichen Altenteile jedenfalls dann unübertragbar, wenn sie dazu dienen sollten, den Übergebern für den Rest ihres Lebens den Unterhalt zu sichern.

Art. 103. **RG.** R. **11** Nr. 1328. Die Bestimmung steht einem auf das BGB., z. B. auf auftraglose Geschäftsführung oder grundlose Bereicherung gestützten Erstattungsanspruche nicht entgegen.

Art. 104. **RG. 75** 40, JW. **11** 195 Nr. 33, R. **11** Nr. 782. Die Bestimmung regelt zwar zunächst nur die Frage nach den materiell-rechtlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Rückerstattung öffentlicher Abgaben; aus ihr folgt jedoch, daß auch für die Zulassung des Rechtswegs in diesem Punkte, soweit nicht reichsgesetzlich etwas anderes bestimmt ist, die Landesgesetze maßgebend sein sollen. Dies gilt auch für Reichssteuersachen und -zollsachen (**RG. 16** 38, **42** 109, **52** 161).

Art. 113. Schmitt, BayRpflZ. **11** 52 ff. Die in einem Flurbereinigungsverfahren nach bayerischem Rechte der Gemeinde zugewiesenen Wegegrundstücke sind endgültig deren Eigentum; eine Nachprüfung der Unterlagen dieser Zuweisung hat auch im Anlegungsverfahren nicht zu erfolgen.

Art. 115. Siehe Art. 124.

Art. 119. **RG. 73** 16, SeuffA. **66** 1—3 Nr. 1. Die preußische Ansiedelungsnovelle vom 10. August 1904 (Art. I § 13 b) verstößt nicht gegen das FreizügG. vom 1. November 1867 und nicht gegen die guten Sitten.

Art. 120. OLG. **21** 404, R. **11** Nr. 1586 (Colmar). Für die Frage, ob ein einheitliches oder mehrere selbständige Grundstücke vorhanden sind, ist die Eintragung im Grundbuch entscheidend.

Art. 124. 1. OLG. **22** 239 w (Marienwerder, bestätigt durch RG.). Das nach Art. 124 EG. und Art. 89 AGBGB. noch geltende Verbauungs- und Vergitterungsrecht bezüglich der Fenster (§ 138 I. 8 ALR.) ist ein Ausfluß des durch Gesetz geregelten Nachbarrechts. Das unterliegt nicht dem § 434 BGB., ist auch kein Mangel am Rechte oder an der Sache.

2. **RG.** R. **11** Nr. 1012. Die Vorschrift ist nicht bloß auf den Inhalt, sondern sinngemäß auch auf die Wirksamkeit und das Erlöschen der darin bezeichneten Beschränkungen zu beziehen.

3. OLG. **22** 407 (KG.). Behandlung einer nach altem Rechte eingetragenen Zaununterhaltungspflicht im Subhastationsverfahren. Bezüglich des Inhalts einer nach altem Rechte eingetragenen Zaununterhaltungspflicht, deren damalige Eintragungsfähigkeit aus § 12 EEG. folgte,

verweist Art. 184 EGBGB. auf das bisherige Recht. Danach ist sie als Reallast, nicht als Grundgerechtigkeit anzusehen, weil sie zu positiver Leistung verpflichtet. Soweit der Berechtigte den Zaun selbst errichtet hat, ergibt sich aber die Unzulässigkeit der Eintragung der Last aus § 91 Ziff. 2, 6 AblösungsG. vom 2. März 1850, das — wie Art. 115 EGBGB. beweist — vom BGB. nicht berührt worden ist. Soweit der Rechtsvorgänger des Eigentümers den Zaun erbaut hat, folgt aus § 153 I. 8 ALR., daß die Eintragung nur eine gesetzliche Beschränkung des Eigentümers wiedergibt, welche durch Art. 124 EGBGB., Art. 89 Abs. 1 l AGBGB. aufrechterhalten worden ist. Dieses Recht bedurfte zur Wirksamkeit gegen Dritte nicht der Eintragung und bleibt trotz Nichtberücksichtigung bei Feststellung des geringsten Gebots doch bestehen (§ 9 EG., Art. 6 Abs. 1 AGZwVG.).

Art. 134. Schloßstein, Ein rückständiges Gesetz, R. **11** Sp. 30.

Art. 135. S. Art. 23.

Art. 136. Landsberg, Der Fürsorger und die gesetzliche Vertretung, DRichterZ. **11** 158—163.

Art. 139. OLG. **21** 305, R. **11** Nr. 163 (KG.). Die Bestellung eines Pflegers für die Erben eines im Siechenhause Verstorbenen, dessen Nachlaß der Stadt zugesprochen ist, ist unzulässig.

Art. 142. (Art. 12 PrAGBGB.) **RG. 72** 412, JW. **11** 278, DJZ. **11** 325. Nach der PrStädteO. vom 30. Mai 1853 hat der Bürgermeister allein den Beamten zur Beurkundung von Immobiliarverträgen zu ernennen.

Vierter Abschnitt. Übergangsvorschriften.

Art. 163. ThürBl. **58** 14 (Jena). Auf juristische Personen des Bergrechts findet Art. 163 nicht Anwendung.

Art. 169. 1. PosMSchr. **11** 28 29 (Königsberg). Nicht berührt von dem Wechsel der Gesetzgebung bleibt die — für die Verjährung materiell-rechtlich grundlegende — Frage, ob der Gläubiger zur Zeit der Entstehung seiner Forderung Kaufmann gewesen ist. Diese Frage kann vielmehr nur nach dem Rechte beurteilt werden, das zur Zeit der Entstehung der Forderungen in Geltung gewesen ist (vgl. **RG. 60** 74).

2. **RG. 73** 434, JW. **11** 753, LeipzZ. **11** 685, DJZ. **11** 325. In einem Falle, wo die Verjährungsfrist nach altem Rechte länger ist, als die nach neuem Rechte, dieses aber an den Beginn der Verjährung strengere Erfordernisse stellt als das alte, entspricht es Art. 169 Satz 1, daß die Verjährung des BGB. erst von dem Zeitpunkt an beginnt, in dem alle Voraussetzungen dieser kürzeren Verjährung erfüllt sind. Dagegen liegt kein Grund vor, dann, wenn die Verjährung nach bisherigem Rechte schon begonnen hat und kürzer ist als die des BGB., von der klaren Vorschrift des Art. 169 Abs. 1 Satz 2 in Ansehung des Beginns abzuweichen und eine weitere Änderung eintreten zu lassen als die im Art. 169 Satz 1 vorgesehene in Betreff der Dauer der Verjährungszeit.

3. HessRspr. **11** 33—35 (Kassel). Die unvordenkliche Verjährung wirkt loco tituli, erzeugt aber einen solchen Titel nicht, begründet vielmehr nur die Vermutung, daß in einer längst vergangenen Zeit ein Recht durch einen wirklichen, nur in Vergessenheit geratenen Erwerbsgrund entstanden sei. Der auf ein Doppeltes zu richtende Beweis der unvordenklichen Verjährung — 1. auf Bestehen des gegenwärtigen Zustandes innerhalb der Zeit der Wahrnehmung der jetzt lebenden Generation, 2. darauf, daß die jetzt lebende Generation von dem Nichtbestehen dieses Zustandes auch durch Mitteilungen ihrer Vorfahren keine Kunde habe — muß sich auf die Zeit vor dem Inkrafttreten des BGB. erstrecken.

Art. 170. 1. **RG.** JW. **11** 485 Nr. 1. Geltung des neuen Rechtes, wenn es sich darum handelt, ob der Eintritt oder Nichteintritt eines Erfolges erst nach neuem Rechte entschieden werden kann. Von dem Standpunkte der unter der Geltung des BGB. gleichmäßig vom RG. vertretenen Rechtsprechung, daß der Nichteintritt des bezweckten Erfolges zu den klagebegründenden Tatsachen gehört, daß also der volle Tatbestand des § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB. nicht vorliegt, solange der Erfolg noch in der Schwebe ist, ist es folgerichtig, neues Recht anzuwenden, wenn sich die Frage, ob der Erfolg eintreten werde oder nicht, erst unter neuem Rechte entschieden hat. Denn erst in dem Augenblicke, wo der Nichteintritt feststeht, ist der Anspruch entstanden.

2. **RG.** R. **11** Nr. 526. Der Anwendung des BGB. steht der Umstand nicht entgegen, daß das einer nach dem 1. Januar 1900 geschlossenen Versicherung zugrunde liegende Statut von 1896 datiert. Daß die entscheidenden in den Vertrag aufgenommenen Bestimmungen des Statuts irgendwie durch die gesetzlichen Vorschriften des ALR. beeinflußt gewesen wären, ist nicht ersichtlich.

3. SchlHolstAnz. **11** 170—172 (Kiel) — unter Heranziehung von Literatur und Rechtsprechung —. Über die Voraussetzungen und Wirkungen eines nach schleswig-holsteinischem Gewohnheitsrechte vor 1900 bestehenden sog. Indagationsproklams (proclama ad indagandum statum bonorum), einer Art im Falle unübersichtlicher Vermögens-, speziell Schuldenverhältnisse bestehenden Aufgebotsverfahrens.

4. **RG.** LeipzZ. **11** 550. Ein vor 1900 abgeschlossener Verlagsvertrag ist nach altem Rechte zu beurteilen, insbesondere auch bezüglich der Frage, ob eine Übertragung des Verlagsrechts ohne Zustimmung des Verfassers zulässig ist.

5. **RG.** DJZ. **11** 326. Der Schadensersatzanspruch aus einer vor 1900 begonnenen und darüber hinaus fortgesetzten Handlung bemißt sich nach neuem Rechte, wenn der schädigende Erfolg erst unter diesem eingetreten ist.

6. **RG. 75** 34—36, JW. **11** 147, 148, ZBlFG. **11** 600. § 2302 ist, da prohibitiv, auf altrechtliche Rechtsverhältnisse anwendbar, insbesondere dann, wenn der Rechtszustand, dessen Herbeiführung durch das vom BGB. verpönte Rechtsgeschäft beabsichtigt ist, erst geschaffen werden soll. Art. 214 EG. steht nicht entgegen.

Art. 181. 1. **RG.** JW. **11** 458 Nr. 31, R. **11** Nr. 1952. Behauptet der Erwerber eines unter der Herrschaft des PrG. vom 5. Mai 1872 im Wege der freiwilligen Veräußerung durch Auflassung und Eintragung erworbenen Grundstücks, sein Rechtsvorgänger habe vor dem 1. Oktober 1872 das Eigentum einer katastermäßig zum Nachbargrundstücke gehörigen Parzelle durch Ersitzung erworben, so kann er durch die Auflassung wohl den Berichtigungsanspruch seines Rechtsvorgängers und damit das Recht erlangt haben, vom Bucheigentümer die Einwilligung in die Umschreibung der Fläche unmittelbar auf seinen Namen zu fordern (**RG. 46** 225, **59** 294, GruchotsBeitr. **45** 942, **55** 100); Eigentümer der Fläche kann er aber erst mit der Eintragung werden. Sein auf Anerkennung seines Eigentums und Auflassung gerichteter Klagantrag ist dahin auszulegen, daß Bewilligung der Berichtigung des Grundbuchs verlangt wird.

2. KGJ. **39** A 190, DJZ. **11** 326 (KG.). Der Inhalt des Eigentums bestimmt sich jedenfalls nach neuem Rechte. Das gilt grundsätzlich auch für gemeinschaftliches Eigentum, so daß auf dieses die Vorschriften des BGB. über das Miteigentum oder über eine der vom BGB. anerkannten Gesamthandsgemeinschaften anzuwenden sind. Abs. 2 hält jedoch das bisherige Recht insofern aufrecht, als er bestimmt, daß, wenn bei Inkrafttreten des BGB. das Eigentum an einer Sache mehreren nicht nach Bruchteilen zusteht, diese Rechte bestehen bleiben.

Art. 182. ZBlFG. **12** 28, 29 (BayObLG.). Nach dem Inkrafttreten des BGB. ist auch eine Teilung bestehenden Stockwerkseigentums nicht mehr zulässig. Durch das bloße Zusammentreffen mehrerer Stockwerksrechte an

demselben Gebäude in einer Hand tritt aber ihre Verschmelzung zu einem einheitlichen Stockwerkseigentume nicht ein.

Art. 184. 1. S. auch Art. 124.

2. RheinZ. **3** 110 (Zweibrücken). Wenn eine Mauer nach Vereinbarung zwischen dem einen Nachbar und dem anderen, aber ohne Beredungen über irgendwelche Vergütungen, im Gebiete des französischen Rechtes nach 1900 auf die Grenze gestellt wird, so kann der Anspruch auf eine Vergütung mit Berufung auf eine den Parteien bekannte Üblichkeit keinesfalls unter den beiderseitigen Rechtsnachfolgern begründet sein, soweit nicht eine Grunddienstbarkeit begründet wurde.

3. **RG. 72** 269, JW. **10** 60, DJZ. **11** 326. Eine Überbaugerechtigkeit durch destination du père de famille (Eigentümer des Grundstücks) entsteht, wenn der Bau vor 1900 vorgenommen ist, die Zwangsversteigerung aber nach 1899 erfolgt.

4. **RG.** DJZ. **11** 326. Das Erlöschen von Grunddienstbarkeiten, die 1900 und zu der Zeit, wo das BGB. als angelegt anzusehen war, bestanden und eingetragen waren, bestimmt sich insofern nach altem Rechte, als es durch den Inhalt des Rechtes, nämlich dadurch begründet ist, daß das als Erlöschungsgrund in Betracht kommende Ereignis dem Rechte den für sein Wesen und damit für seinen Fortbestand erforderlichen Inhalt nimmt.

Art. 186. RG. JW. **11** 973 Nr. 21. Findet die Zwangsversteigerung in einem Gebiete statt, in welchem das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist, so bestimmt sich die Frage, welche Gegenstände in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, inwieweit sie von der Beschlagnahme ergriffen wurden oder noch der wirksamen Verfügung des Schuldners unterlagen, lediglich nach der betreffenden Subhastationsordnung (vgl. JW. **02** Beil. 217 Nr. 66).

Art. 189. 1. S. auch Artt. 184, 186.

2. **RG. 75** 69—78, JW. **11** 210, 211 Nr. 3, R. **11** Nr. 784. Die Bestimmung schließt bis zur Anlegung des Grundbuchs nur die Anwendung des das Grundbuch voraussetzenden Liegenschaftrechts des BGB. aus. Sind zur Eigentumsübertragung rechtsgeschäftliche Willenserklärungen abgegeben, so sind auf diese die allgemeinen Vorschriften des BGB. über Rechtsgeschäfte anwendbar.

3. **RG. 75** 69—78, JW. **11** 210, 211 Nr. 3, R. **11** Nr. 785. Auch die Frage, ob der Mangel eines gültigen obligatorischen Rechtsgrundes dem Erwerb eines dinglichen Rechtes, insbesondere des Eigentums entgegensteht, ist im Falle des Art. 189 nach früherem Rechte zu beurteilen.

4. R. **11** Nr. 1329. (BayObLG.) Die Störungsklage bemißt sich nach § 1004 BGB., auch wenn die Störung schon vor 1900 erfolgte, die Störungen aber noch fortdauern.

5. SchlHolstAnz. **11** 177—186 (Kiel). Die im jütschen Low liber 1 cap. 54 erwähnte Vermagschiffung ist, wie die Glosse ergibt, „im gemeinen soviel als Permutation oder Tausch, allhier aber soviel als Landestausch". Die ihr innewohnende Wirkung, daß die Landstücke dergestalt ausgetauscht werden, daß das von beiden Seiten weggegebene Landstück in sämtliche öffentliche und Privatverhältnisse des dafür erhaltenen Landstücks vollständig eintritt, bezieht sich nicht auf das Eigentum an diesen Grundstücken, sondern nur auf die privat- und öffentlich-rechtlichen Belastungen und Berechtigungen dieser Grundstücke (Esmarch § 55).

Art. 192. (Verb. mit §§ 1127 ff. BGB. u. Art. 33 § 1 PrAGBGB.) **RG.** JW. **10** 71, DJZ. **11** 326. Wenn schon der Umfang des Hypothekenrechts rücksichtlich der von ihm erfaßten Gegenstände sich nach neuem Rechte richtet und danach die Haftung der Versicherungsforderung zu bestimmen ist, so ist doch aus §§ 1127 ff. BGB. nicht der Satz zu entnehmen, daß die Verpflichtung des Versicherers gegenüber dem Hypothekengläubiger bestehen bleibt, auch wenn sie an sich durch das Verhalten des Versicherungsnehmers erloschen wäre.

Art. 200. 1. **RG. 73** 24, JW. **11** 227, DJZ. **11** 326. Gewisse unmittelbar aus der Scheidung oder aus der damit verbundenen Schuldigerklärung abgeleitete Folgen sind gemäß Art. 201 lediglich nach neuem Rechte zu beurteilen (z. B. Recht der Namensführung aus § 1577, ferner §§ 1578 ff., 1635 ff., 1584). Dagegen ist die Frage, nach welchen Grundsätzen die durch die Eheschließung eingetretene mehr oder minder enge Vereinigung der beiderseitigen Vermögen wieder rückgängig zu machen sei, nach den Vorschriften des für die Ehe maßgebenden Güterstandes zu beurteilen.

2. SchlHolstAnz. **11** 193, 194 (LG. Flensburg). Das Wahlrecht des Art. 46 § 3 AGBGB. geht für den überlebenden Ehegatten durch Ablauf der Frist auch bei Unkenntnis seines Rechtes verloren.

3. OLG. **21** 280, R. **11** Nr. 164 (Cassel). Ein uneheliches, nicht eingekindschaftetes Kind hat nach Fuldischem Rechte kein Erbrecht in das eheliche Gesamtvermögen seiner verheirateten Mutter.

4. **RG.** DJZ. **11** 326. Verfügung über den Anteil an einer fortgesetzten Gütergemeinschaft rheinischen Rechtes nach 1899 ist unzulässig.

Art. 203. 1. **RG.** DJZ. **11** Spruchs. 326. Bei dem Herausgabeanspruche der Kinder wegen des mütterlichen Nachlasses bei Wiederverheiratung des Vaters handelt es sich nicht um ein erbrechtliches Verhältnis, insbesondere nicht um das erbschaftliche Liquidationsverfahren im Sinne des Art. 213. Die Verpflichtung des Vaters zur Herausgabe des Kindesvermögens und zur Vorbereitung von dessen Inventarlegung ist vielmehr ein familienrechtliches Rechtsverhältnis und hierauf das neue Recht, insbesondere §§ 1681, 260 BGB. anzuwenden.

2. RheinA. **108** 139 (Cöln). Die Legitimation durch nachfolgende Ehe begründet auch die Mitgliedschaft einer Fischereibrüderschaft, wenn die Vererblichkeit dieser Mitgliederschaft nach der Satzung auch voraussetzt, daß „von einem Erbfischer seiner Ehegattin ein Sohn geboren wird".

Art. 208. 1. S. Art. 200.

2. Abs. 3. **RG.** JW. **11** 1012 Nr. 1. Abs. 3 bezieht sich nicht nur auf diejenigen unehelichen Kinder, die bei Inkrafttreten des BGB. bereits anerkannt waren, sondern auch auf die, welche später anerkannt worden sind. — Unter Anführung der verschiedenen Auffassungen in Literatur, Erlassen, Motiven.

Art. 210. OLG. **21** 284, KGJ. **38** A 38—40, R. **11** Nr. 166 (KG.). Die Anstaltsvormundschaft tritt nur ein, wenn der Mündel unter den Voraussetzungen des § 1773 BGB. und in der Absicht, ihn nicht nur vorübergehend zu belassen, aufgenommen ist.

Art. 213. A. Literatur. 1. Stadelmayer, Die Fassung und Auslegung der Einkindschaftsverträge nach Bamberger Landrecht, BayRpflZ. **10** 359.

2. PrAGBGB. Art. 51 vgl. Schwartze, Der Inhalt des Erbscheins 176—183.

B. Rechtsprechung. I. Materiellrechtlich. 1. Über den Begriff der „erbrechtlichen Verhältnisse" **RG. 73** 291, JW. **10** 572 (vgl. JDR. **9** zu Art. 213 Ziff. 3 a).

2. Vorerbschaft — Nacherbschaft. a) (In Verbindung mit § 2269 BGB.) Beschl. des KG. I. vom 28. Februar 1911, mitgeteilt von Meckbach, PosMSchr. **11** 54, 55. Die Rechtswirkung des im Jahre 1895 im Gebiete des ALR. errichteten Testaments ist, da der Erbfall erst nach dem Inkrafttreten des BGB. eingetreten ist, gemäß obigen Vorschriften nach neuem Rechte zu beurteilen, und es findet demgemäß die Auslegungsregel des § 2269 BGB. Anwendung. Der Ausdruck „fideikommissarische Substitution" aber ist nicht geeignet, einen von der Auslegungsregel des § 2269 BGB. abweichenden Willen der Testatoren zweifelsfrei festzustellen.

b) **RG. 76** 20—25. Für die Auslegung eines wechselseitigen — im Bereiche des PrALR. errichteten — Testaments, dessen einer der Erblasser vor dem Jahre 1900 verstorben ist, sind die Grundsätze des ALR. maßgebend — unter Anziehung von Literatur und Judikatur —, wonach — im Gegensatz zu der Auslegungsregel des § 2269 BGB. — die nach dem Tode des letztversterbenden Bedachten nicht lediglich als dessen Erben, sondern als fideikommissarisch substituierte Erben des Erstverstorbenen anzusehen sind. Erstere Auffassung aber hat der Berufungsrichter bedenkenfrei aus dem Inhalte eines Testamentsnachtrags geschöpft, in welchem der Letztverstorbene als „ganz alleiniger Erbe" bestimmt ist. — Ebenso **RG.** 30. 5. 1911, JW. **11** 717 Nr. 19.

3. Übertragung einer Erbschaft oder eines Anteils daran. **RG.** JW. **11** 356, 357 Nr. 1, R. **11** Nr. 1160. Ebenso wie der Erbschaftskauf über eine nach Art. 213 EGBGB. den bisherigen Gesetzen unterworfene Erbschaft oder über Anteile an derselben der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nach § 2371 BGB. nicht bedarf (**RG. 73** 291), richtet sich die Form der Verpfändung einer nach dem bisherigen Rechte zu beurteilenden Erbschaft oder eines Anteils an derselben nach dem bisherigen Rechte.

4. Ausgleichungspflicht. **RG.** DJZ. **11** 326. Altes Recht kann für die Ausgleichungspflicht bei einer vor 1900 erfolgten Zuwendung zur Auslegung des Willens, eine Zuwendung der Ausgleichungspflicht zu unterwerfen, in Betracht kommen.

II. Formalrechtlich. 1. Nachlaßpflegschaft. OLG. **21** 304, ZBlFG. **11** 467 (KG.). Die Einleitung einer Nachlaßpflegschaft für unbekannte Erben eines vor 1900 Verstorbenen ist zulässig.

2. Erbscheinverfahren. a) SchlHolstAnz. **11** 190, 191 (KG.). Wenn der Erblasser vor dem 1. Januar 1900 verstorben ist, richtet sich die Form und Zulässigkeit der weiteren Beschwerde gegen die Ablehnung des Erbscheins nach dem PrAGGVG. vom 24. April 1878 (vgl. Beschl. vom 26. Oktober 1908, 1 x 353. 08). Das als verletzt in Betracht kommende Gesetz ist das PrG. vom 12. März 1869, betr. die Ausstellung gerichtlicher Erbbescheinigungen.

b) HessRspr. **11** 181, 182 (LG. Mainz). Die Vorschrift des § 36 GBO. — Nachweis der Erbfolge durch Erbschein — gilt nicht, wenn der Erblasser vor dem 1. Januar 1900 verstorben ist.

Art. 214. 1. S. auch Art. 213.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 1027—1030, JW. **11** 414, PosMSchr. **11** 77, 78. Ist bei einem vor dem 1. Januar 1900 errichteten gemeinschaftlichen Testamente nach früherem Rechte eine Aufhebung der Bindung des Erblassers durch einen gleichfalls in Testamentsform zu erklärenden Widerruf des Testaments zulässig, so kann seit Inkrafttreten des BGB. der Widerruf auch in der erleichterten Form des eigenhändigen Testaments erklärt werden (vgl. **RG. 50** 316).

3. Abs. 2. PosMSchr. **11** 45, 46, ZBlFG. **12** 35 (KG.) — eingehend begründet unter Heranziehung von Literatur und Judikatur —. Als Erblasser im Sinne obiger Bestimmung ist nicht nur der Erstversterbende, sondern auch der Überlebende anzusehen, auch wenn beide nach dem 31. Dezember 1899 verstorben sind. Nach §§ 490 ff. II. 1 ALR. ist der Überlebende bezüglich der eigenen Verwandten nicht gebunden, weil es der vorverstorbenen Erblasserin — der Ehefrau — gleich sein mußte, ob die die Verwandten des Mannes berührende Bestimmung des Testaments aufrecht erhalten wurde oder nicht.

4. **RG.** 9. 5. 10, BayRpflZ. **10** 285, DJZ. **11** 327, 328. Nach bisherigem Rechte ist zu unterscheiden, ob und inwieweit der Erblasser von dem Erbvertrage durch Verfügungen von Todes wegen abgehen, und auch, ob und wieweit er den Erbvertrag durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden unwirksam machen kann. Das

alte Recht kommt zur Anwendung nicht bloß, wenn das BGB. die Verfügungsbefugnis erweitert, sondern auch, wenn es sie weiter eingeengt hat.

5. Dagegen **RG.** IV. 16. 10. 11, JW. **12** 23, 24 Nr. 2. Ist der Grund für die Anfechtung eines gemeinschaftlichen Testaments unter dem neuen Rechte entstanden oder dem Anfechtenden bekannt geworden, so sind die Einwirkungen der Anfechtung auf die erbrechtlichen Verhältnisse, die sich aus dem gemeinschaftlichen Testament entwickelt haben, lediglich nach neuem Rechte zu beurteilen, gleichviel ob der erste Erbfall unter der Herrschaft des älteren oder des neuen Rechtes eingetreten ist. Die in **RG. 62** 13 entwickelte und noch in **RG.** JW. **11** 441 gebilligte Rechtsansicht, daß die Lösbarkeit der Bindung des Erblassers an ein vor dem Inkrafttreten des BGB. errichtetes gemeinschaftliches Testament nach den maßgebenden älteren Rechten zu beurteilen sei, wird hier vom RG. nicht festgehalten.

Art. 217. SchlHolstAnz. **11** 257, 258 (Kiel). Nach schleswig-holsteinischem Privatrechte bedarf der Erbverzicht keiner besonderen Form (Esmarch, Erbrecht § 32 Nr. 3, SchlHolstAnz. **02** 323).

Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche.

Art. 7. I. Literatur. 1. Hertz, Die Haftung des Reichs für ein Verschulden der Besatzung von Kriegsschiffen, GruchotsBeitr. **55** 39—53. Art. 7 EG. HGB. ist nach Analogie des Art. 77 EG. BGB. einschränkend dahin auszulegen, daß die seerechtliche Gleichstellung der Nichterwerbsschiffe mit den Erwerbsschiffen nur dann eintritt, wenn sich die Besatzung des Nichterwerbsschiffs nicht in Ausübung einer ihr anvertrauten öffentlichen Gewalt befindet. Daher kommt das Seehandelsrecht niemals neben dem Gesetze vom 22. Mai 1910 in Betracht. Dagegen kommt das Seehandelsrecht dann in Betracht, wenn sich die Tätigkeit der den Schaden verursachenden Schiffsbesatzung auf privatrechtlichem — sog. militärfiskalischem — Gebiete bewegt, z. B. bei der Beförderung von Mannschaften oder Gütern an Bord. Der Verletzte hat ein spät und unvollkommen durchführbares Pfandrecht an dem Kriegsschiff und, sofern dieses Pfandrecht durch eine neue Reise gefährdet wird, einen beschränkt persönlichen Anspruch gegen das Reich. Da bei den Kriegsschiffen die neue Reise in See kraft öffentlichen Rechtes die Regel bildet, so ist bei ihnen die beschränkt-persönliche Haftung des Landvermögens die Regel, dergestalt, daß eine Verweisung des Gläubigers auf das Schiffsvermögen überhaupt ausgeschlossen ist. Das Reich haftet persönlich bis zur Höhe des Wertes des Schiffes im Augenblicke der Schadenszufügung.

2. Pappenheim, Zur Frage der Haftung des Reichs für das Verschulden der Besatzung von Kriegsschiffen, GruchotsBeitr. **56** 19—29. Der Verf. kommt unter Bekämpfung der Ansicht Hackels (GoldschmidtsZ. **54** 80 ff.), wonach Art. 7 EGHGB. auf Kriegsschiffe — und nur auf diese, nicht andere dem öffentlichen Dienste gewidmeten Schiffe, wie z. B. Zollkutter — nicht anzuwenden sei, und ferner der Ansicht Hertz (GruchotsBeitr. **55** 39 ff.), der im Anschluß an **RG. 72** Nr. 83 die Frage der Anwendbarkeit des Art. 7 auf Kriegsschiffe bejaht oder verneint, je nachdem die Besatzung „in Ausübung der ihr anvertrauten öffentlichen Gewalt oder bei militärfiskalischen Handlungen den Schaden verursacht hat", unter Hinweis auf seine Ausführungen in LeipzZ. **10** 417 ff. und weiterer Begründung zu dem Ergebnisse, daß Art. 7 EGHGB. auch auf Kriegsschiffe und in jedem Falle Anwendung finde. Er verneint mit Hertz — wenn auch in anderer Begründung — die Frage, ob im Falle der Haftung aus Art. 7 die Bestimmungen des Schiffsgläubigerrechts, die

nach seiner Auffassung im Wege der Analogie auch bei Schiffen, die nicht zum Erwerbe durch die Seefahrt dienen, anzuwenden sind, auch auf Staatsschiffe Anwendung finden, indem er annimmt, daß von vornherein die Haftung des Reichs aus Art. 7 EGHGB. nur als beschränkt persönliche gestaltet ist. Diese Regelung, die er früher (GoldschmidtsZ. **46** 284 f.) de lege ferenda befürwortet hat, glaubt er de lege lata dem Art. 7 EGHGB. entnehmen zu können und zu müssen.

II. Rechtsprechung. a) HansGZ. **11** Hptbl. 305—307 (Hamburg). Gegen diese Auffassung und die des **RG. 72** 347, die die Haftung des Staates aus Art. 7 verneint, wenn es sich um ein Schiff handelt, dessen der Staat sich in Ausübung seiner Hoheitsrechte bedient, gelegentlich des Ausspruchs der Haftung des Staates für Schaden aus einer von einer Zollbarkasse verschuldeten Kollision. **b)** Ferner SchlHolstAnz. **11** 181—186 (Kiel). Für die Schadenshaftung des Staates aus einem durch den Kommandanten eines Kriegsschiffs verschuldeten Zusammenstoß findet Art. 7 EGHGB. Anwendung. Da ein Zugriff in das Kriegsschiff im Wege der Zwangsvollstreckung ausgeschlossen ist, muß der Anspruch auf Wertersatz in Höhe des Schiffswerts an die Stelle treten. Dahingestellt kann bleiben, ob es der analogen Anwendung des § 774 HGB. bedarf, oder diese Bestimmung nicht vielmehr unmittelbar anwendbar ist.

SchlHolstAnz. **11** 184 (Kiel); LeipzAnz. **12** 246, HansGZ. **11** Hptbl. 137 (Hamburg; Pappenheim, GruchotsBeitr. **56** 19 ff. Vgl. Nr. 2 zu § 734 HGB.

Art. 22. RG. JW. **12** 83 f. Nr. 30. Die Frage, ob eine vor dem Inkrafttreten des neuen HGB. im Handelsregister eingetragene Firma weitergeführt werden kann, z. B. gültig mit ihr ein Wechsel ausgestellt werden kann, bestimmt sich nach dem A. D. HG. Artt. 16 ff.

Handelsgesetzbuch.

Literatur: Düringer, A. und Hachenburg, M., Das Handelsgesetzbuch (mit Ausschluß des Seerechts) auf der Grundlage des BGB. erläutert. 2. Aufl., Bd. III, Abt. 1: Der Kauf nach dem BGB. — Handelskauf. Mannheim 1912. — Frankenburger, Heinrich, Handelsgesetzbuch (mit Ausnahme des Seerechts). Handausgabe mit Erläuterungen. 3. umgearb. Aufl. München 1912. — Litthauer-Mosse, Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht). 14. Aufl. Berlin 1911. — Dr. Carl Ritter, Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. Berlin 1910. — Julius Basch, Handelsgesetzbuch und Wechselordnung nebst Einführungs- und Nebengesetzen (Ausgabe ohne Seerecht). 7. Aufl. Berlin 1911.

Erstes Buch. Handelsstand.

Erster Abschnitt. Kaufleute.

§ 1. Abs. 1. 1. Begriff des Kaufmanns. ZBlFG. **11** 628 Nr. 616 (Colmar). Als Inhaber des Geschäfts gilt derjenige, der nach außen als solcher auftritt, d. h. derjenige, auf dessen Namen das Gewerbe betrieben wird. Ob das Geschäft auch auf seine Rechnung betrieben wird, ist gleichgültig.

2. Abs. 2 Ziff. 4. Geschäftsarten. Nußbaum, Ist der Bucketshop ein Bankier? BankA. **10** 359—361. Im Anschluß an den Aufsatz Finger, Unlauterer Wettbewerb durch Mißbrauch der Bezeichnung Bankgeschäft, BankA. **10** Nr. 18, der die Frage der Berechtigung zur Führung der Bezeichnung verneint, verneint auch der Verf. die Frage, indem er ausführt, daß das subjektive Moment, „sachverständiger Berater und Vertrauensmann des Kunden zu sein", bei dem stets den geschäftlichen Widerpart des Kunden darstellenden Bucketshop immer und das objektive Moment, „sachlicher und wirtschaftlicher Zu-

gehörigkeit des sich als reine Buchmacherei darstellenden Bucketshopsystems in dem Rahmen des bankgeschäftlichen Betriebs" regelmäßig fehle.

3. **RG.** HansGZ. **11** Hptbl. 289—292, BankA. **11** 62, 63. Wer gewerbsmäßig die Finanzierung von Unternehmungen und als dazu gehörig insbesondere den Verkauf von Kuxen betreibt, kann als Bankier angesehen werden.

4. ZBlFG. **12** 158 Nr. 126 a. Bauhandwerker sind in der Regel nicht Kaufleute.

§ 2. 1. Vollkaufmann. OLG. **21** 366 Nr. 16 a β, ZBlFG. **11** 471 Nr. 468 (Kiel). Wer sein Geschäft allein mit seiner Frau führt, während sich die Kundschaft in der Hauptsache auf die Nachbarschaft beschränkt, ist, auch wenn er einen Jahresumsatz von 20000 M. hat, kein Vollkaufmann.

2. PosMSchr. **11** 28, 29 (Königsberg). Der Kläger, der nicht bloß Zimmermeister, sondern auch Maurermeister und Bauunternehmer ist und zahlreiche umfangreiche Bauten ausführt, ist, wenn nicht schon gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1, 2 HGB., so doch nach § 2 HGB. als Kaufmann anzusehen.

3. Saeger, Aus dem Theaterrechte, BraunschwZ. **58** 107. Der Theaterunternehmer, der zwar in Frankreich „commerçant" ist, gehört nicht zu den Kaufleuten aus § 2 HGB.

4. ZBlFG. **12** 158 Nr. 126 b und c, R. **11** Nr. 2464 (BayObLG.). § 2 HGB. findet auf Handwerker keine Anwendung (ZBlFG. **10** 541 Nr. 496). Handwerksbetrieb liegt auch dann noch vor, wenn einige gewöhnliche Merkmale fehlen (Nichtbeschäftigung von Lehrlingen, Begleichung durch Wechsel, kaufmännische Buchführung durch die Ehefrau) (ZBlFG. **11** 471 Nr. 469).

§ 4. 1. RJA. **10** 135, ThürBl. **58** 95—97 (KG.). Auch eine Person, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, kann im Geschäftsverkehre dem bürgerlichen Namen einen abgekürzten Vornamen beifügen. Zum Begriffe des bürgerlichen Namens gehört nicht, daß der Vorname voll ausgeschrieben ist.

2. RJA. **11** 42—43 (Beschl. des KG. mitgeteilt), OLG. **22** 36 Nr. 1 w, ZBlFG. **12** 71, 72 Nr. 52, HoldheimsMSchr. **11** 29. Daß der Betrieb einer Handelsgesellschaft auf den Umfang eines Kleingewerbes herabgesunken, rechtfertigt nicht das Einschreiten des Registerrichters auf Herbeiführung der Firmenlöschung. Beschl. des KG. vom 4. November 1910 (1 a X. 954), der darauf hinweist, daß hingegen ein Einzelkaufmann, der aufgehört hat, Vollkaufmann zu sein, und dessen Geschäft dauernd die Gestalt eines kleingewerblichen Betriebs angenommen, zur Löschung der Firma verpflichtet sei (1 a X. 943. 10).

§ 5. Hörle, Abzahlungsgeschäfte, GruchotsBeitr. **55** 178. Die Fiktion des § 5 ist auf Abzahlungsgeschäfte (§ 8 AbzG.) nicht anwendbar.

Zweiter Abschnitt. Handelsregister.

§ 8. 1. C. Adler, Das Handelsregister, seine Öffentlichkeit und sein öffentlicher Glaube (Berlin, Puttkammer und Mühlbrecht).

2. Handelskammern und Handelsregister in der Rechtsprechung seit 1900. Im Auftrage der Handelskammer zu Berlin bearbeitet von Gerichtsassessor Dr. Sobernheim (Berlin 1910, Handelskammer). Die Arbeit enthält eine Sammlung von registerrechtlichen Entscheidungen, soweit sie die Handelskammern interessieren, sowie kritische Anmerkungen des Verf. zu einer Reihe von Entscheidungen.

3. KGBl. **11** 49 (KG. I a.) — in eingehender Begründung. — **a)** In allen Fällen, in denen ein auf eine Eintragung sich beziehender Auszug aus dem Handelsregister wiederholt verlangt wird, ist die ermäßigte Gebühr des § 75 Abs. 2 GKG. in Ansatz zu bringen, gleichviel, ob der jetzige Antragsteller mit einem der früheren Antragsteller identisch ist oder nicht. **b)** Wenn ein Handelsregisterauszug dem Antrag ent-

sprechend gleichzeitig über die Firma und die Prokura erteilt wird, so ist die Gebühr des § 75 GKG. und die Pauschgebühr zweimal in Ansatz zu bringen.

§ 12. Anmeldungen zum Register. 1. ZBlFG. **11** 471, 472 Nr. 469 (LG. Paderborn). In den Fällen der Anmeldung eines Unternehmens des Reichs, eines Bundesstaats oder eines inländischen Kommunalverbandes zum Handelsregister muß es als genügende Erfüllung der anzuwendenden Formvorschrift des § 12 HGB. angesehen werden, wenn die für die Anmeldung zuständige Behörde in der für ihre Willenserklärungen vorgeschriebenen Form und unter Beifügung eines Abdrucks des Amtssiegels zum Zwecke der öffentlichen Beglaubigung die Anmeldung bewirkt.

2. Dagegen ZBlFG. **12** 58, 59 Nr. 43, RJA. **11** 24 (KG. 1. Juli 1910) das für die Stellung des Antrags des Magistrats auf Löschung der Firma „Städtisches Gaswerk" die öffentliche Beglaubigung der Unterschrift des Erklärenden von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten oder Notar verlangt.

§ 13. I. Literatur. 1. Marcuse, Die Eintragung der Filialen ausländischer Firmen im Handelsregister, LeipzZ. **11** 36—42. Verf. geht von den Bestimmungen der §§ 13, 201 HGB. und den entsprechenden Bestimmungen des GenG. und GmbHG. aus, wonach die Eintragung jeder Firma im Handelsregister eines jeden Ortes zu erfolgen hat, an welchem sich eine Zweigniederlassung der Firma befindet, daß die Bestimmungen auch auf die inländischen Zweigniederlassungen einer ausländischen Firma Anwendung finden, aber nur insoweit, als nicht die Bestimmungen des ausländischen Rechtes eine Abweichung erforderlich machen. Schwierigkeiten macht hierbei die Feststellung, welchem Typus der im Handelsrechte behandelten Personenverbände die einzelne ausländische Firma entspricht, eine Feststellung, die nötig ist, um zu prüfen, von welchen Erfordernissen bei der Eintragung Abstand genommen werden kann. Hierzu bedarf es der Prüfung, was von den im Handelsrechte bezüglich der einzelnen Personenverbände getroffenen Bestimmungen Begriffsmerkmal, was Ausgestaltungsvorschrift ist. Dies prüft der Verf. bezüglich der einzelnen Personenverbände (offenen Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien). Ist die Unterbringung einer ausländischen Firma in dem Systeme des deutschen Handelsrechts möglich, insofern, als die Begriffsmerkmale differieren, dann sind die Zweigniederlassungen hinsichtlich der Eintragung ins Handelsregister bei denjenigen Personenverbänden unterzubringen, welchen sie am ähnlichsten sind.

2. Bruck, Unterliegt der Hauptbevollmächtigte einer ausländischen Versicherungsunternehmung dem Registerzwange? LeipzZ. **11** 182—185. Die Hauptniederlassung, die sich immer an dem Wohnsitze des Hauptbevollmächtigten befinden muß, unterliegt dem Eintragungszwange, während der Hauptbevollmächtigte als solcher nicht in das Handelsregister eingetragen werden kann.

II. Rechtsprechung. 1. RJA. **8** 109 f. (KG.). Das Gericht der Zweigniederlassung einer Kommanditgesellschaft kann deren Eintragung ablehnen, auch wenn die Kommanditgesellschaft als solche beim Gerichte der Hauptniederlassung eingetragen ist. Anders, wenn es sich um eine konstitutive Eintragung wie die einer Aktiengesellschaft handelt, bezügl. deren das Prüfungsrecht des Richters der Zweigniederlassung vom KG. 15. 11. 06 verneint worden ist.

2. RJA. **11** 22—24, BayerZ. **18** 278, 279, ZBlFG. **12** 56—58 Nr. 42 (KG.). Eine Zweigniederlassung darf eine von der Hauptniederlassung abweichende Firma nicht führen (Eigenheim-Baugesellschaft für Deutschland, Gesellschaft mit beschränkter Haftung — Eigenheim- und Villenbau-Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zweigniederlassung W.). Dies folgt aus den Bestimmungen der §§ 13, 17 HGB. unter Heranziehung umfangreicher Literatur und Judikatur.

3. **RG.** I. JW. **11** 948, 949. Eine abgesonderte Veräußerung von Haupt- und Zweigniederlassung ist gesetzlich zulässig. Nur muß bei Fortführung der bisherigen Zweigniederlassung unter der bisherigen Firma der etwa vorhandene Zusatz „Zweigniederlassung", als dem Prinzipe der Firmenwahrheit nicht entsprechend, in Wegfall kommen. KG. vertrat die Auffassung, daß Veräußerung der Hauptniederlassung ohne Veräußerung der Zweigniederlassung unzulässig sei, weil beide eine Einheit bildeten, die nicht zerrissen werden dürfe. Da ObLG. München — Entsch. FGG. **2** 231 ff. — gegenteiliger Auffassung, hat es KG. gemäß § 28 Abs. 2 FGG. dem RG. zur Entscheidung vorgelegt.

4. BadRpr. **11** 186 (Karlsruhe), ferner **RG.** LeipzZ. **11** 935, 936. Die Zweigniederlassung unterscheidet sich von der bloßen Geschäftsstelle durch die Selbständigkeit in der Geschäftsführung (OLG. **2** 91, 198, KGJ. **28** A 208). Diese Selbständigkeit setzt voraus, daß der Verkäufer der Niederlage nicht lediglich ihm von der Hauptniederlassung überwiesene Waren zu Einheitspreisen verkauft, eine gesonderte kaufmännische Buchführung hat und ein gesondertes Betriebsvermögen der Niederlassung vorhanden ist.

5. RJA. **10** 247—251, HoldheimsMSchr. **11** 77 (KG.). Gegenüber dem statutarisch festgelegten Orte, als Sitz korporativer Handelsgesellschaften, sind sog. Geschäftsstellen, die in einer von jenen verschiedenen politischen Gemeinde unterhalten werden, als Zweigniederlassung zu behandeln und anzumelden, auch wenn Haupt- und Zweigniederlassung im gleichen Registerbezirke (Berlin und Schöneberg) liegen.

§ 14. (S. auch § 37.) I. Literatur. 1. Buchdrucker, ZBlFG. **10** 239, bekämpft die vom KG., KGJ. **34** A 197 u. 201, aufgestellten Grundsätze, wonach die Prüfungspflicht des Registerrichters bei Eintragung von Genossenschaftsbeschlüssen über die Abänderung des Statuts sich auch darauf zu erstrecken hat, ob der Beschluß mit der erforderlichen Majorität gefaßt ist.

2. Joseph, Streitfragen aus der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Handelssachen, HoldheimsMSchr. **10** 208, **11** 12—16 Nr. 1. Der Verf. behandelt unter XV „die bedingte Einlegung der Beschwerde, namentlich in Registersachen" und unter XVI „die Einwirkung der §§ 142, 144 FGG. auf das Beschwerderecht des Beeinträchtigten".

3. Marcus, HoldheimsMSchr. **09** 184. Der Tod des Beteiligten beendet das Ordnungsstrafverfahren. Eine bereits zur Zeit des Todes rechtskräftig gewordene Strafe fällt fort. Sie stellt weder eine frühere Geschäftsverbindlichkeit im Sinne des § 27 HGB., noch eine Forderung aus unerlaubter Handlung dar. Außerdem fehlt es an einer Möglichkeit der Vollstreckung nach §§ 794 ZPO., 495 StPO.

II. Rechtsprechung. 1. Beschl. des KG. vom 18. November 1910, RJA. **11** 44, ZBlFG. **12** 72—76, BayersZ. **18** 242—244. Keine Festsetzung der Ordnungsstrafe, wenn der Vorstand das Verlangen des Registerrichters zwar nach Ablauf der gesetzten Frist, aber vor Festsetzung der Strafe erfüllt hat. Die Ordnungsstrafe nach § 133 FGG. ist Zwangsmittel und nicht Ungehorsamsstrafe.

2. OLG. **22** 35, ZBlFG. **11** 628 (KG.). Der Registerrichter kann den Nachweis der erfolgten Zustimmung des Aufsichtsrats zur Prokuraerteilung durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft vor Eintragung der Prokura verlangen. Der Registerrichter ist nicht als Dritter im Sinne des § 238 Satz 1 HGB. anzusehen (vgl. schon KGJ. **23** A 111).

§ 15. 1. LeipzZ. **11** 77, ZBlFG. **11** 472 (Hamburg). Ein Kaufmann, der an dem ins Handelsregister eingetragenen Orte seiner Handelsniederlassung verklagt wird, kann sich nicht darauf berufen, daß er tatsächlich dort eine Handelsniederlassung nicht habe. Derjenige, welcher eine die Gestaltung eines Handelsgewerbes

betreffende Eintragung im Handelsregister und deren Veröffentlichung herbeigeführt hat, kann mit dem Einwande, daß das, was auf seinen Antrag eingetragen und veröffentlicht worden ist, dem wahren Sachverhalte nicht entspreche, insoweit nicht gehört werden, als es sich um seiner Disposition unterliegende Verhältnisse handelt (**RG. 50** 429).

2. **RG. 75** 139, JW. **11** 287 Nr. 25, R. **11** Nr. 1380. Auf die sich aus § 25 HGB. ergebenden Rechtswirkungen ist § 15 HGB. nicht anwendbar (vgl. auch JW. **03** 401 Nr. 15).

Dritter Abschnitt. Handelsfirma.

§ 17. I. Literatur. 1. a) Rothe, Polnische Firmen, DJZ. **11** 909 912. Der Verf. verneint — gegen KG. vom 28. Mai 1888, KGJ. **3** 23 — die Zulässigkeit der Führung einer polnischen Firma, weil der Richter die ihm hinsichtlich der Erfordernisse der Firmenbezeichnungen obliegende weitgehende Prüfungspflicht bezüglich der polnischen Firma nicht gehörig erfüllen könne. b) Gegen ihn v. Mieczkowski, Polnische Firmen, DJZ. **11** 1213, 1214, der darauf hinweist, daß auch der von Rothe angezogene Grund vom RG. vom 3. November 1899 abgetan worden sei.

2. *Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung (s. Vorbem. zu §§ 90 ff. BGB.). Das Recht an der Firma ist das Recht an dem Geschäft als einer Einheit, einem Werte, ein Recht, das wie jedes Subjektsrecht an einem Vermögen als einem einheitlichen Machtfaktor ein zwischen Personen- und Sachenrecht vermittelndes Recht darstellt (18, 56).

II. Rechtsprechung. 1. RJA. **11** 36—38, ZBlFG. **12** 66—69 (KG.). Der Pächter eines Handelsgeschäfts ist zur Anmeldung einer eigenen Firma verpflichtet, wenn der Verpächter in die Fortführung der bisherigen Firma nicht ausdrücklich gewilligt hat.

2. RJA. **11** 36—38, ZBlFG. **12** 66—69 (KG.). Der Kaufmann ist zur Fortführung auch dann berechtigt, wenn er sein bisheriges Geschäft aufgibt und sogleich ein neues beginnt. Die Firma ist der Handelsname des Kaufmanns, nicht die Bezeichnung seines Geschäfts.

3. ZBlFG. **11** 547, 548 Nr. 560 (Dresden). Die Eintragung des gesetzlichen Vertreters eines minderjährigen Geschäftsinhabers in das Handelsregister ist ausgeschlossen.

§ 18. I. Literatur. Marcus, Das Pseudonym in der Firma einer GmbH., KGBl. **11** 136. Das Pseudonym ist in der Firma nicht anwendbar, — unzweifelhaft im ersten Falle („Familiennamen") — anzunehmen auch im zweiten Falle („Namen"), dagegen zulässig für die Firma der GmbH., weil „Sachfirma" zulässig (§ 4 GmbHG.), z. B. für eine Gastspielgesellschaft „Harry Walden Gastspielgesellschaft GmbH.".

II. Rechtsprechung. 1. Abs. 1. RJA. **11** 29, 30, ZBlFG. **12** 61, 62 (Jena). Die Forführung eines Handelsgeschäfts unter der bisherigen sog. Firma ist unzulässig, wenn zur Zeit des Erwerbes des Geschäfts die Firma nicht im Handelsregister eingetragen war und der Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausging.

2. Abs. 2. (S. auch § 17.) OLG. **21** 369, R. **11** Nr. 841 (KG.). Wird die Firma durch einen nach § 18 Abs. 2 gestatteten Zusatz geändert, so ist § 18 Abs. 1 streng zu beobachten.

3. OLG. **21** 368 (Rostock). Der Zusatz „Dr. of dental surgery" zu einer eingetragenen Apothekerfirma ist unzulässig.

4. LeipzZ. **11** 952, 953 (BayObLG.). Unter der Bezeichnung „Möbelhaus" ist ein Unternehmen zu verstehen, das nach der ganzen Ausgestaltung seines Geschäfts-

betriebs einen Umfang erreicht, der den der gewöhnlichen Ladengeschäfte dieser Branche übertrifft und zu den großen Ladengeschäften (in Nürnberg) zu rechnen ist.

5. MschutzuWettbew. **10** 128 (KG.). Die Firma „Pilsener Brauhaus GmbH. in Berlin" ist trotz des Zusatzes „in Berlin" unzulässig, weil zur Täuschung über die Herkunft des zu vertreibenden Bieres geeignet.

6. RheinNotZ. **56** Nr. 488, ZBlFG. **11** 768 Nr. 742 a, b, c (KG.). a) Für die Frage nach der Zulässigkeit einer Sachfirma einer GmbH. ist entscheidend, ob die Angabe in dem Gesellschaftsvertrag über den Gegenstand des Unternehmens der wirklichen Absicht der Vertragsschließenden entspricht und ob die Firmenworte den Gegenstand der Unternehmungen richtig wiedergeben. b) Das Wort „Bergbaugesellschaft" weist unmittelbar auf den Betrieb des Bergbaues hin und darf daher nur von einer solchen Gesellschaft in der Firma geführt werden, die sich wirklich mit dem Betriebe des Bergbaues befassen will. c) Das Wort „Bergwerksgesellschaft" ist zwar allgemeiner, kann aber doch nur auf Unternehmungen bezogen werden, die sich mit betriebsfertigen Bergwerken befassen wollen, sei es zum Zwecke der Einrichtung oder des Erwerbes oder der Veräußerung, sei es zum Zwecke des Betriebs des Bergbaues.

7. S. auch § 18 Abs. 1.

8. HoldheimsMSchr. **11** 215—217 (LG. I als Beschwerdegericht). Die Firma „Kathreiners Malzkaffee-Handelsgesellschaft" genügt dem Erfordernisse des § 19 HGB., wenn unter den persönlich haftenden Gesellschaftern eine Frau Kathreiner figuriert.

§ 20. 1. RJA. **11** 25—27, OLG. **21** 371, ZBlFG. **12** 59, 60 Nr. 44 (Hamburg). Daß „B'er Droschken-Aktien-Gesellschaft" eine zulässige Firmenbezeichnung darstellt, hat OLG. Hamburg im Beschluß vom 1. Juli 1910 — gegen die beiden Vorinstanzen — angenommen. Daß das Wort „Aktien-Gesellschaft" als Zusatz zu der Firma im engeren Sinne hinzukommen müsse, ist nicht nötig.

2. OLG. **21** 369, R. **11** Nr. 843 (Braunschweig). Eine aus zwei Firmen gebildete Aktiengesellschaft kann in ihrer Firma die Namen der Inhaber der früheren Firmen führen, ohne die Rechte der Erben eines früheren Inhabers zu verletzen.

§ 22. A. (S. auch §§ 13, 17, 18.) Literatur. 1. *Fuchs aaO. (s. Vorbem. zu §§ 90 ff. BGB.). Wie der Verf. einen dreifachen Vermögensbegriff annimmt: 1. die schlichte Summe einzelner Gegenstände; 2. die Summe dieser Gegenstände vermehrt um das Vermögen als Werteinheit dieser Gegenstände; 3. die die Gegenstände in sich fassende Werteinheit, — so geht er auch von einem dreifachen Begriff des Handelsgeschäfts aus: Als schlichte Summe erscheint das Geschäft im § 23 HGB., wo es im Gegensatze zur Firma, dem Werteinheitsrechte (vgl. Bem. zu § 17), genannt ist; als Summe vermehrt um die Werteinheit im § 25 HGB., wo es als Geschäft „unter" der Firma bezeichnet wird; als einheitliches Recht bei familienrechtlichen Akten, also im § 27 HGB., in dessen Abs. 2 für „Geschäft" sogar das Wort „Firma" eingesetzt werden müßte (56 f.).

2. Rösel, Das Verhältnis zwischen dem Übernehmer eines Handelsgeschäfts und dem bisherigen Inhaber in den Fällen des § 22 Abs. 2 HGB. (Leipzig, Hirschfeld).

3. Bondi, Einräumung eines Firmenrechts auf Zeit, ZBlFG. **11** 357 f. (s. JDR. **9** § 22 Ziff. I 3).

B. Rechtsprechung. Geschäftserwerb und Fortführung. I. Voraussetzungen. 1. Fortführung des Geschäfts. a) ZBlFG. **11** 472 f. (Darmstadt). Zur Fortführung der Firma reicht der Erwerb eines Teiles des Geschäfts oder eines einzelnen Geschäftszweigs nicht aus, sondern es wird nach § 22 HGB. der Übergang des Geschäfts im großen und ganzen vorausgesetzt. b) RheinA. **108** 217, ZBlFG. **11** 472 Nr. 471 a u. b (Düsseldorf). Zum Erwerb

eines Handelsgeschäfts, der die Fortführung der Firma ermöglicht, genügt der Erwerb des Geschäfts im großen und ganzen, und mit den Bestandteilen, auf denen die Möglichkeit zur gleichmäßigen Fortführung beruht. Das Recht der Fortführung der Firma eines Fabrikgeschäfts erfordert ferner, daß der Erwerber die Fabrikation auch weiter fortführt und daß er nicht nur die für ihn von einem Dritten hergestellten Erzeugnisse im Wege des Handels vertreibt. c) **RG.** LeipzZ. **11** 839. Der Inhaber einer Haupt- und Zweigniederlassung mit gemeinsamer Firma kann die Hauptniederlassung unter der bisherigen Firma veräußern und die Zweigniederlassung unter der bisherigen Firma weiterführen.

2. Charakter des fortgeführten Geschäfts. a) ThürBl. **58** 122, RJA. **10** 180 (KG.). Die Befugnis zur Fortführung eines Handelsgeschäfts unter der bisherigen Firma hängt davon ab, daß der Veräußerer zur Zeit der Veräußerung Vollkaufmann war; ob er eingetragen war, ist gleichgültig. b) Ferner RJA. **11** 29 (Jena).

3. Einwilligung. a) **RG.** JW. **11** 594 Nr. 46, HoldheimsMSchr. **11** 193, 194, BayRpflZ. **11** 263, 264, LeipzZ. **11** 542 (datiert mit 29. April 1911). § 22 verlangt zwar eine bestimmte, direkte Äußerung des Zustimmungswillens, läßt aber jede Form, in welcher eine Äußerung unmittelbar erfolgen kann, genügen. Sie ist eine materielle, nicht eine den Indizienbeweis verbietende prozessuale Vorschrift (unter Hinweis auf ROHG. **10** 291, **RG.** JW. **88** 220 Nr. 7). b) **RG.** **76** 263—266, JW. **11** 660 Nr. 39, ZBlFG. **11** 357. Bei der Einwilligung in die Fortführung einer bestehenden Firma sind Befristungen wie auch andere Beschränkungen rechtlich zulässig mit der Wirkung, daß mit dem Ende der Frist das Recht aufhört und eine weitere Übertragung ausgeschlossen ist. Das RG. läßt dahingestellt, ob vor Ablauf der Frist der frühere Inhaber der Firma die bei der Geschäftsübertragung getroffene Beschränkung der Firmenfortführung wieder aufheben kann (§ 22 HGB.). Hat der Inhaber einer abgeleiteten Firma dem Übernehmer des Geschäfts auf dessen Lebenszeit die Fortführung der Firma gestattet, so erlischt mit dem Tode des Geschäftsübernehmers die Firma. Die frühere Inhaberin ist nicht berechtigt, über die Firma jetzt anderweit zu verfügen, insbesondere einem weiteren Geschäftsnachfolger die weitere Benutzung der Firma zu gestatten. Die gleichwohl erfolgte Einwilligung kann allerdings die Bedeutung haben, daß der Einwilligende nicht mehr befugt ist, ein ihm etwa aus § 37 HGB. zustehendes Klagerecht geltend zu machen. Dagegen bleiben die Klagerechte anderer aus § 37 HGB. Berechtigter bestehen, und auch der Registerrichter hat von Amts wegen das Recht und die Pflicht, gegen die nicht rechtmäßige Fortführung der Firma einzuschreiten.

4. Firma. a) ZBlFG. **11** 472 f. (Darmstadt). Eine Fortführung der Firma liegt auch dann vor, wenn ihr ein das Nachfolgeverhältnis andeutender Zusatz hinzugefügt wird. b) **RG.** BayRpflZ. **11** 262. In der Verwendung der Aufschrift „R.s Drogenhaus K. u. D., gegründet 1807, von 1831—1890 im Besitze von H. F. Riv" an der Außenseite des offenen Geschäftsladens, von Geschäftsbüchern usw., sowie in sonstigen Bekanntmachungen kann die Benutzung eines unzulässigen Firmenbestandteils erblickt werden. Jedenfalls liegt aber darin der unzulässige Gebrauch eines fremden Namens, auf dessen Unterlassung der Namensberechtigte aus § 12 BGB. zu klagen berechtigt ist. S. a. BGB. § 12 Ziff. 3.

II. Wirkung. 1. LeipzZ. **11** 953 f. (Hamburg). Der Erwerber eines Handelsgeschäfts, der sich zur Fortführung der bisherigen Firma mit Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes verpflichtet hat, kann zur Wiederannahme dieser Firma nicht gezwungen werden, nachdem er dieselbe zur Löschung gebracht und durch eine neue Firma ersetzt hat. Die Wiedereintragung der Firma ist unzulässig, weil dem das Firmenrecht des HGB. beherrschenden Grundsatze der Firmenwahrheit widersprechend. Die Ausnahme von diesem Grundsatze, welche § 22 HGB.

statuiert, kommt dort nicht mehr in Frage, wo infolge der Eintragung einer neuen Firma die Kontinuität des Gewerbebetriebs unter der bisherigen Firma nicht gewahrt ist; alsdann kann von einer Fortführung der letzteren nicht mehr gesprochen werden.

2. HansGZ. **11** Hptbl. 78 f., LeipzZ. **11** 311 f. (Hamburg). Hat der Beklagte die Fortführung seines Namens für das von ihm ohne diesen veräußerte Geschäft geduldet, so muß er auch für die unter diesem Namen eingegangenen Verbindlichkeiten aufkommen, gleichgültig, ob er um das einzelne Rechtsgeschäft gewußt hat. Eine solche Duldung aber wird man erst dann annehmen können, wenn er das Geschäft übertragen hat, ohne dies in irgendeiner verkehrsüblichen Weise bekannt zu machen.

§ 23. (S. auch § 22.) 1. Fuchs aaO. s. zu § 22.

2. **RG.** JW. **11** 105 Nr. 38, LeipzZ. **11** 138, R. **11** Nr. 392. Wenn auch das Recht auf Führung einer Firma einem Mitgesellschafter für seine Person eingeräumt wird, so kann dieses Recht doch nicht unabhängig von der Fortführung des Geschäfts bestehen. Verbleibt das Geschäft nach dem Austritte des Firmenberechtigten in den Händen von Personen, denen ein Recht auf Führung der Firma nicht zustand, so kann durch den Wiedereintritt des Gesellschafters das Recht zum Gebrauche der Firma der Gesellschaft nicht wieder verschafft werden. § 24 Abs. 1 HGB. kann hier keine Anwendung finden.

§ 24. (S. § 22.) Bruch, DJZ. **11** 927 f. Der Vorerbe kann eine Erklärung gemäß § 24 Abs. 2 HGB. ohne Einwilligung des Nacherben wirksam abgeben.

§ 25. (S. auch §§ 15, 22). A. Abs. 1. Geschäftserwerb unter Lebenden. I. Fortführung des Geschäfts als Voraussetzung der Haftung. 1. *Fuchs aaO. s. zu § 22 bei A 1.

2. **RG.** LeipzZ. **11** 463, 464. § 25 HGB. findet nicht Anwendung, wenn nur eine Sicherheitsübereignung der Aktiven des Geschäfts erfolgt ist.

3. **RG.** LeipzZ. **11** 550—553. Die Haftung aus § 25 HGB. setzt eine tatsächlich erfolgte Übernahme und Fortführung des Geschäfts voraus.

4. BadRpr. **11** 186, 187 (Karlsruhe). Die Übernahme einer bloßen Geschäftsstelle genügt nicht. S. hierzu § 13 Ziff. II 4.

II. Fortführung der Firma als Voraussetzung der Haftung. 1. Schloß, SeuffBl. **11** 66 ff. Auch im Falle der Fortführung einer minderkaufmännischen oder nicht kaufmännischen „Firma" tritt die Haftung aus § 25 HGB. ein.

2. ZBlFG. **12** 158 (Hamburg). Ein Kaufmann X. hatte ein Urteil gegen Anton Richter, der unter der Firma „Anton Richter vorm. Auguste Muster" ein Speditionsgeschäft betrieb, erwirkt und erbat, nachdem Frau Richter das Geschäft übernommen und unter der Firma „Anton Richter Inh. Emilie Richter" fortgeführt hatte, eine vollstreckbare Ausfertigung gegen die Frau. LG. entsprach dem Antrage, OLG. wies ab: Die Änderung der Firma ist so erheblich, daß auch bei Einnahme eines nicht formalen Standpunkts eine Identität beider Firmen nicht mehr angenommen werden kann. — Vom Einsender als zu formal bekämpft.

III. Haftung für Betriebsverbindlichkeiten. 1. Schloß, SeuffBl. **11** 66 ff. (gegen **RG. 73** 74 ff.). Im Falle des § 25 HGB. kommt es auf die Einwilligung des Veräußerers in keiner Weise an. Die Befugnis zur Firmenfortführung ist nicht Voraussetzung für die Haftung des Firmenfortführers. Steht die Fortführung einmal fest, braucht der Kläger eine längere Dauer derselben nicht nachzuweisen; die Haftung aus § 25 HGB. kann durch Ablegung der Firma nicht wieder abgestreift werden.

2. **RG.** JW. **11** 551, BauerZ. **18** 258, 259. Wer ein Handelsgeschäft unter Lebenden erwirbt und unter der bisherigen Firma fortführt, haftet ohne weiteres auch für die Verbindlichkeiten, die der frühere Inhaber im Betriebe des Geschäfts durch Beteiligung an einer GmbH. (Kartell) übernommen hat.

B. Abs. 2. Wirksamkeit abweichender Vereinbarungen. 1. a) **RG.** JW. **11** 660 Nr. 40, ZBlFG. **12** 158. Die gerichtliche Bekanntmachung und die unmittelbare Benachrichtigung des Gläubigers von dem Ausschlusse der Übernahme der Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers hat Wirksamkeit gegenüber Dritten nicht nur dann, wenn sie der Fortführung des Geschäfts vorausgeht, sondern auch wenn sie sich der Fortführung des Geschäfts unmittelbar anschließt. Dem Übernehmer ist zwar eine angemessene Frist zur Herbeiführung der Eintragung und Bekanntmachung zuzugestehen. Aber eine mehrere Wochen nach der Geschäftsübernahme ohne ersichtlichen Zusammenhang mit dieser erfolgende Mitteilung erfüllt die Voraussetzungen des § 25 Abs. 2 HGB. nicht. Die Bekanntmachung muß so deutlich sein, daß der Dritte erkennen kann, daß seine Forderung von dem Erwerber nicht übernommen ist. Eine Verweisung auf Verträge, die einer verschiedenen Auslegung fähig sind, genügt nicht. **b)** **RG.** LeipzZ. **11** 213, OLG. **21** 374 (Hamm, Frankfurt). **c)** BauerZ. **19** 20, 21 (unter Hinweis auf die Entsch. des RG.). Über Rechtzeitigkeit und Deutlichkeit der Bekanntmachung des Haftungsausschlusses aus § 25 Abs. 2 HGB.

2. **RG.** **75** 139—142, JW. **11** 287 Nr. 25. Die Anmeldung des Ausschlusses der Haftung zum Handelsregister genügt nicht, erforderlich ist vielmehr die Eintragung und Bekanntmachung. Unregelmäßigkeiten der Registerbehörde oder der Druckerei können aber bei Bemessung der angemessenen Frist berücksichtigt werden, wenn der Anmeldende unverzüglich auf Eintragung und Bekanntmachung hinwirkt.

C. Abs. 3. **a)** **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 307, LeipzZ. **11** 933, 934. Wenn das Geschäft ohne die Firma fortgeführt wird, bildet erst die Bekanntmachung der Schuldenübernahme den Grund der Schuldenhaftung des Erwerbers. Eine sachliche Beschränkung dieser Schuldenhaftung ist zulässig, und zwar liegt eine solche darin, daß in der Bekanntmachung hinzugefügt ist „nach der Aufstellung von dem .... (bestimmter Zeitpunkt)“, so daß für Schulden, die in dieser Aufstellung nicht enthalten sind, der Erwerber nicht haftet. **b)** Gegen diese Entsch. wendet sich der Einsender Düringer, der aus dem Passus „das Geschäft mit sämtlichen Passiven“ eine Haftung für sämtliche Geschäftspassiven ohne Ausnahme „einzelner Schuldposten“ herleiten will.

§ 27. *Fuchs aaO. s. zu § 22 Ziff. 1.

§ 28. 1. OLG. **21** 375, R. **11** Nr. 847 (KG.). Ob der neue Beteiligte in das Geschäft eintritt, oder ob beide nach Löschung der alten Firma eine neue Gesellschaft gründen, in welche der Einzelkaufmann sein Geschäft einbringt, ist gleichgültig.

2. OLG. **21** 376, R. **11** Nr. 848 (KG.). Die Haftung tritt zugunsten sämtlicher Gläubiger ohne Rücksicht auf ihre Kenntnis einer — nicht nach Abs. 2 kundgegebenen — Ausschließung ein.

3. **RG.** LeipzZ. **11** 213. Die Beklagte ist in das Geschäft ihres Ehemanns als Gesellschafterin eingetreten. Der Firma wurde lediglich der Zusatz „und Co.“ beigefügt; vor und nach der Eintragung der offenen Handelsgesellschaft im Handelsregister war der Gegenstand des Geschäfts der gleiche (Spedition in O.); das Betriebsinventar wurde nicht geändert, die Bahnspeditionen der Einzelfirma hatten auf die Gesellschaftsfirma überzugehen, und die Kassen- und Buchführung besorgte nach wie vor die Beklagte. Es liegen somit alle Voraussetzungen des § 28 HGB. vor, und da eine Vereinbarung des Inhalts, daß die im Geschäftsbetriebe der Einzelfirma begründeten Verbindlichkeiten auf die Gesellschaft nicht übergegangen seien,

weder in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht, noch dem Kläger mitgeteilt worden ist, so haftet die Beklagte als Gesellschafterin (vgl. § 128 HGB.) für die eingeklagte Schuld, die unbestritten im Geschäftsbetriebe der Einzelfirma entstanden ist. Ein stillschweigender Ausschluß der Verbindlichkeiten bei Eintritt eines Gesellschafters ist Dritten gegenüber ohne Wirkung.

4. ZBlFG. **11** 472 (KG.). Die Wirksamkeit der Eintragung des Haftungsausschlusses nach § 28 HGB. setzt voraus, daß die Eintragung unverzüglich der Übernahme des Geschäfts nachfolge. Ein Zwischenraum von fast zwei Monaten ist auf jeden Fall zu groß.

5. **RG. 76** 439—441, JW. **11** 770, 771, LeipzZ. **11** 924. Die Haftung des in das Geschäft eines Einzelkaufmanns Eintretenden wird durch die Anfechtung des Gesellschaftsvertrags wegen arglistiger Täuschung nicht berührt, wenn der Eintritt ins Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht worden ist.

§ 30. (S. auch § 13; § 16 UnlWG.) 1. **RG.** II. **75** 370—374. § 30 HGB. ist wesentlich öffentlich-rechtlicher Natur und bezweckt in erster Linie, die Interessen des Publikums und des Verkehrs zu schützen (**RG. 20** 73), setzt es doch Wettbewerb nicht voraus und gilt auch für Firmen verschiedener Geschäftszweige. Es genügen deshalb schon verhältnismäßig geringe Unterschiede und ist die Verschiedenheit nur für denselben Ort und dieselbe Gemeinde vorgeschrieben. Stellt der Gebrauch einer firmenrechtlich an sich zulässigen Firma aber einen unlauteren Wettbewerb dar, so hat das formelle Recht an der Firma hinter das stärkere Recht zum Schutze der Erwerbstätigkeit des verletzten anderen Gewerbetreibenden zurückzutreten, da das Recht an dem Unterscheidungszeichen — Firma — niemals Selbstzweck sein kann und letzten Endes auch dieses nur zu dem Schutze der Erwerbstätigkeit dienen soll (**RG. 63** 140, JW. **01** 256 Nr. 17).

2. a) RJA. **10** 20 (KG.). Zur Unterscheidung zweier gleichlautender Sachfirmen genügt die Angabe der verschiedenen Gesellschaftsformen. b) AM. OLG. **21** 377, RJA. **10** 269, ZBlFG. **11** 506, 507, HoldheimsMSchr. **11** 76, 77 (LG. Hamburg). „Herz u. Co." — „Hertz u. Co. Kommanditgesellschaft" unterscheiden sich nicht ausreichend.

3. OLG. **21** 377, ZBlFG. **11** 472 (Hamburg). Die Firma „Max M. Bock" mit oder ohne den Zusatz „Ingenieur" unterscheidet sich hinreichend von der Firma „Max Bock", nur muß das eingeschobene M. auch wirklich einen Vornamen des Inhabers, nicht z. B. den seiner Frau, andeuten.

§ 31. S. §§ 4, 14, 17.

§ 36. (S. § 12.) Finger, Unlauterer Wettbewerb durch Mißbrauch der Bezeichnung Bankgeschäft, BankA. **11** 279—282. Der Verf. definiert entsprechend einer Entsch. der Strafkammer Halle vom 29. November 1910: „Bankiergeschäft ist ein kaufmännisches Unternehmen, das auf der Grundlage bankgeschäftskundiger Leitung und angemessener finanzieller Mittel eine ständige gewerbsmäßige Verbindung mit dem Kapitalmarkte zu bankmäßiger Kreditgewährung, An- und Verkauf von Wertpapieren aufweist." Als Mittel zur Bekämpfung unrichtiger Angaben führt er auf: 1. § 18 Abs. 2 HGB., 2. § 37 Abs. 2 HGB., 3. §§ 3 bis 5, 13, 22, 25 UnlWG.

§ 37. (S. auch §§ 20, 22.) A. Materielles Recht. I. Literatur. 1. Oskar Meyer, Registergericht und Firmenwahrheit im Bankgewerbe, BankA. **10** 117, 118. Der Verf. bespricht das Vorgehen des Registergerichts gegen Firmen, die dem Grundsatze des § 18 Abs. 2 HGB. über die Firmenwahrheit widersprechen, indem er unter Bezugnahme auf die Judikatur des KG. darauf hinweist, daß hierbei der Tatbestand der Täuschung weder den tatsächlichen Erfolg, noch die Absicht der Täuschung voraussetzt, sondern bereits durch deren objektive Möglichkeit

erfüllt ist. Hierbei erörtert er insbesondere die Fälle des unberechtigten Gebrauchs der Bezeichnung „Bank" und „Finanzierung". Schließlich behandelt er die Rechtslage der Organe des Handelsstandes gegenüber dem Registergericht und bedauert, daß sie nach der bisherigen Judikatur des KG. zwar das Antrags- und Beschwerderecht behufs der Berichtigung und Vervollständigung des Handelsregisters, nicht aber hinsichtlich des Einschreitens des Registergerichts gegen den unbefugten Gebrauch einer Firma heben.

2. Marcus, HoldheimsMSchr. **11** 242, 243. Die Stellung des Registerrichters zu dem Urteil auf Firmenlöschung gemäß § 37 Abs. 2 HGB., § 16 HGB., §§ 144, 142 FGG. (Aufsatz, unter Hinweis auf die Rechtsprechung des KG.). Der Registerrichter ist an das Urteil nicht gebunden, sein Prüfungsrecht in dem von ihm zu betreibenden Offizialverfahren wird durch das Urteil nicht beschränkt. Die Gläubigerin ist aus dem Urteile zu dem Offizialverfahren nur als Anregerin bzw. Antragstellerin legitimiert. § 16 HGB. ist auf den hier fraglichen Antrag nicht anwendbar.

II. Rechtsprechung. 1. ThürBl. **58** 124—128 (Hamburg). Der Gebrauch der Abkürzung „GmbH." im Verkehr ist zulässig, und zwar nicht nur der anderweitige, im gewöhnlichen Geschäftsverkehre vorkommende Gebrauch (wie Beschl. des KG., RJA. **9** 231 annimmt), sondern auch der Gebrauch in sog. Formalakten.

2. RJA. **11** 33—35 (KG.). Verstößt eine Firma gegen die Vorschriften des § 18 Abs. 2 oder der §§ 20, 22 HGB., so kann sie gemäß §§ 142, 143, 144 FGG. als nichtig von Amts wegen gelöscht werden.

B. Verfahren. I. Literatur. 1. (§ 136 FGG.) Unger, BuschsZ. **39** 73. Ist gegen die Straffestsetzung Beschwerde, gegen die erneute Strafandrohung Einspruch eingelegt, so ist das Beschwerdegericht mangels einer ausdrücklichen Bestimmung nicht befugt, die Erledigung der Beschwerde bis zur Entscheidung über den Einspruch auszusetzen.

2. HoldheimsMSchr. **11** 182, 183. „Das Beschwerderecht des Drittbeteiligten im Ordnungsstrafverfahren aus § 37 Ziff. 1 HGB., § 140 FGG." unter Hinweis auf die Rechtsprechung des KG., zum Teil in Polemik gegen diese.

3. Marcus, Zur Kasuistik des § 37 Abs. 1 HGB., § 140 FGG., Holdheims MSchr. **09** 185 f.

4. (§ 37 Abs. 1 HGB., § 140 FGG.) Marcus, Zum Ordnungsstrafverfahren wegen unbefugten Firmengebrauchs, HoldheimsMSchr. **11** 28. Der Verf. behandelt — im Anschluß an den Beschl. des KG. vom 15. Januar 1909 (RJA. **10** 35—39) — die Form des registerrichterlichen Einschreitens gegen unbefugten Firmengebrauch und den Inhalt der aus Anlaß desselben zu erlassenden Strafanordnungen und Verfügungen — 1. die Frage, ob mit der Straffestsetzung zugleich die frühere Verfügung unter erneuter Strafandrohung wiederholt werden muß, die er unter Hinweis darauf verneint, daß es sich vorliegend um ein Verbot handelt, auf das die Bestimmung des § 133 FGG. keine Anwendung findet (vgl. hierzu auch Beschl. des KG. vom 18. November 1910, RJA. **11** 44—48); 2. die Frage, ob bei Bestreiten einer nach Verbotserlaß erfolgten Zuwiderhandlung seitens des Strafbedrohten vor dem Registergerichte zu verhandeln oder diese Verteidigung als Beschwerde zu behandeln ist, eine Frage, die er in ersterem Sinne beantwortet, aus dem Begriffe der Straffestsetzung und der Erwägung, daß sonst dem Strafbedrohten eine Instanz entzogen würde.

5. (§ 141 FGG.) Marcus, HoldheimsMSchr. **09** 265. Über das Offizialverfahren des Registerrichters wegen Erlöschens von Firmen.

6. Marcus, HoldheimsMSchr. **09** 106. § 142 FGG. ist entgegen dem Wortlaute des Gesetzes nicht nur bei Offiziallöschung, sondern auch bei Löschung auf Antrag eines Firmenberechtigten anwendbar. Wegen Ablehnung des Löschungs-

antrags hat nur derjenige ein Beschwerderecht, dessen (Firmen-, Namens- oder sonstiges) Recht verletzt ist; ein bloßes berechtigtes Interesse genügt nicht.

II. Rechtsprechung. 1. RJA. **11** 33—35 (KG.). Als Beteiligte im Sinne des § 142 Abs. 2 FGG. sind nur die durch ihren gesetzlichen Vertreter vertretene Gesellschaft, nicht die Gesellschafter anzusehen (mit vielen Zitaten pro und contra).

2. RJA. **11** 33—35 (KG.). Die im § 144 Abs. 3 FGG. als angemessen gesetzte Frist von drei Monaten für die Geltendmachung eines Widerspruchs hat nur die Bedeutung, daß der Beteiligte zu seiner Widerspruchserklärung eine Frist von drei Monaten beanspruchen kann; wenn er aber vorher die Widerspruchserklärung abgegeben hat, ohne zu erklären, daß er für weitere Erklärungen die Innehaltung der Dreimonatsfrist beanspruche, dann kann das Gericht auch vor Ablauf von drei Monaten über den Widerspruch entscheiden.

Vierter Abschnitt. Handelsbücher.

§ 38. **RG.** I. 30. 1. 11, BauersZ. **18** 235. Die Buchführung muß die ihr zugrunde liegenden einzelnen Geschäfte erkennen lassen (s. auch § 40).

§ 39. 1. OLG. **21** 378, R. **11** Nr. 851 (KG.). Die Bilanz braucht eine nähere Angabe der einzelnen Aktiv- und Passivposten nicht zu enthalten und Gewinn oder Verlust nicht erkennen zu lassen.

2. **RG.** III. (Straff.) 24. 10. 10, DJZ. **11** 219, BankA. **10** 236. Die Verpflichtung zur jährlichen Aufstellung der Bilanz wird durch die Berechtigung, nur alle zwei Jahre ein Inventar zu errichten, nicht berührt. Ist also eine Bilanz ohne Aufnahme eines Inventars aufzustellen, nicht möglich, so ist jährlich sowohl ein Inventar zu errichten, als auch eine Bilanz zu ziehen. Keinesfalls darf die jährliche Bilanzziehung um deswillen unterbleiben, weil sie ohne Aufnahme eines Inventars unmöglich ist.

§ 40. 1. Kreibig, Über Bilanztypen (Wien 1911).

2. Knappe, Der Wertansatz nach §§ 38, 40 HGB., HoldheimsMSchr. **10** 257—263, kommt zu dem Ergebnisse, daß die Bewertung nach §§ 38, 40 HGB. im ganzen dieselbe sei, wie sie § 261 HGB. für die Bilanzen der Aktiengesellschaften gebe, und legt sodann die Bedeutung der §§ 38, 40 HGB. für die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mbH. dar.

§§ 45—47. *Laun, Das richterliche Ermessen bei der Anordnung der Vorlegung der Handelsbücher, BuschsZ. **42** 1—20. Das Ermessen des Richters im allgemeinen ist je nach den Zwecken, welche mit dem Ermessensakte verfolgt werden dürfen, entweder ein gebundenes oder ein freies (Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910). Das im Beweisverfahren vorkommende richterliche Ermessen ist im Zweifel ein gebundenes, es darf nur der Ermittelung des Sachverhalts, nicht aber anderen Zwecken dienen. Das Ermessen, welches dem Richter insbesondere bei der Anordnung der Vorlegung der Handelsbücher über die Vorschriften der ZPO. hinaus (§ 45 Abs. 2 HGB.) gewährt ist (§§ 45 Abs. 1 u. 47 HGB.), ist daher auch ein gebundenes; es geht jedoch in einem Punkte weiter als das Ermessen bei der Anordnung der Vorlegung anderer Urkunden, indem bei Handelsbüchern gegen das Interesse des Beweisführers an der Vorlegung jenes des Gegners an der Nichtvorlegung (Geschäftsgeheimnis, Unentbehrlichkeit der Bücher usw.) abgewogen werden muß. Unrichtige Handhabung dieses Ermessens ist Gesetzwidrigkeit und verletzt ein subjektives Recht der benachteiligten Partei.

§ 45. **RG.** BankA. **10** 674. § 45 HGB. enthält nur eine Besonderheit bezüglich des Beweismittels, daraus ist aber nicht eine Abweichung von den materiell-rechtlichen Grundsätzen über die Beweislast oder von der allgemeinen Vorschrift des § 286 ZPO. zu folgern.

Fünfter Abschnitt. Prokura und Handlungsvollmacht.

§ 49. (In Verbindung mit § 1 GewUVG.) **RG.** III. 22. 9. 11, JW. **11** 949. Ein Prokurist kann zugleich Betriebsbeamter sein, muß es aber nicht.

§ 50. **RG. 75** 165, BauerZ. **18** 252, 253. Rechtsgeschäfte von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten, die der Geschäftsführer ohne Zustimmung der Gesellschafter bestellt hat, haben nach außen hin Geltung.

§ 52. Gutmann, Eine Lücke im Gesetze, DJZ. **11** 756. Der Verf. erörtert die Frage, in welcher Weise der Widerruf der Prokura zu erfolgen habe, wenn er dem Prokuristen selbst gegenüber nicht erfolgen könne, weil dieser z. B. flüchtig geworden; der Widerruf durch Erklärung gegenüber Dritten genüge nicht, weil die Wirksamkeit der Prokura sich nicht auf das Verhältnis zu einem bestimmten Dritten beschränke; der Widerruf durch Löschung im Handelsregister sei nicht möglich, weil diese nicht konstitutiv, sondern nur deklaratorisch wirke.

§ 53. S. § 14.

§ 54. Abs. 1. I. Vollmachtserteilung. 1. **RG. 75** 164—169, JW. **11** 334 Nr. 38. Bestellung eines Handlungsbevollmächtigten für den gesamten Geschäftsbetrieb einer GmbH. Sind dessen Rechtshandlungen unwirksam, wenn er nicht von den Gesellschaftern, sondern von den Geschäftsführern bestellt worden ist? Ja (gegen Förtsch und Staub-Hachenburg).

2. **RG.** I. 21. 2. 11, HoldheimsMSchr. **11** 148. In der Verweisung des anderen zum Abschluß eines Vertrags bereiten Teiles an einen Angestellten des Erklärenden mit dem Hinzufügen, er, der Erklärende kümmere sich nicht um geschäftliche Angelegenheiten, kann eine Bevollmächtigung des Angestellten zum Abschlusse des Vertrags gefunden werden.

3. **RG.** II. 10. 11. 10, LeipzZ. **11** 221, 222. Für die Frage der Vollmacht (des Leiters einer Zweigniederlassung) kommt es darauf an, ob und wie der Wille des Vollmachtgebers in die äußere Erscheinung getreten ist (vgl. auch **RG. 50** 76, **65** 295, II. 478. 07 vom 31. Januar 1908), nicht dagegen, ob der Bevollmächtigte sich das Recht anmaßte, als Vertreter für die Beklagte zu handeln.

II. Umfang. 1. **RG.** LeipzZ. **11** 464—466. Das Verbot des Geschäftsherrn an seinen Handlungsbevollmächtigten, gewisse Geschäfte zu machen, betrifft lediglich das interne Dienstverhältnis und ist nach außen belanglos.

2. Abs. 2. **RG.** JW. **11** 720, 721 Nr. 27, HansGZ. **11** Hptbl. 246 f., BauersZ. **19** 12, 13. Die an einen Handlungsbevollmächtigten erteilte Generalvollmacht genügt nicht ohne weiteres zur Zeichnung von Wechseln für den Prinzipal, wohl aber dann, wenn sie ermächtigt, überhaupt alle Rechtshandlungen ohne Ausnahme für die Beklagte vorzunehmen. Ob diese Befugnis eingeräumt werden sollte, ist nicht tatsächliche Feststellung, sondern Rechtsfrage. Denn es kommt nicht darauf an, ob sich der Aussteller der Vollmacht tatsächlich dieser Bedeutung seiner Erklärung bewußt gewesen ist, sondern ob ihr diese Bedeutung nach der für den Verkehr maßgebenden Auffassung beizulegen ist.

3. SeuffA. **66** 113, 114 Nr. 57 (Rostock). Der Handlungsbevollmächtigte kann ohne Vollmacht auch keine Verpflichtung zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten für den Geschäftsherrn übernehmen.

Sechster Abschnitt. Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge.

Exkurs. A. Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts. I. Sachliche Zuständigkeit. 1. Mit Rücksicht auf die Höhe des Einkommens. a) OLG. **23** 60, 61 (KG. XII.). Grundsätze für die Berechnung des Jahresarbeitsverdienstes zwecks Bestimmung der Zuständigkeit. 1. Die Bezüge eines bei mehreren angestellten

Handlungsgehilfen sind zusammenzurechnen, selbst wenn nur einer der kaufmännischen Arbeitgeber verklagt wird, insbesondere dann, wenn die verschiedenen Unternehmungen, aus denen das Einkommen entsprang, im engen wirtschaftlichen Zusammenhange stehen (vgl. OLG. **20** 286). 2. Einer genauen Feststellung, die erst durch Beweisaufnahmen getroffen werden könnte, bedarf es nicht. Es genügt freie richterliche Schätzung, wobei auch Erwartungen angemessen berücksichtigt werden können, die die Parteien selbst bei Begründung des Dienstverhältnisses über die Höhe des Einkommens gehegt haben (vgl. OLG. **20** 283). 3. Nicht das in der Vergangenheit tatsächlich bezogene Einkommen ist ohne weiteres maßgebend, sondern dasjenige Einkommen, das dem Handlungsgehilfen zur Zeit der Klagerhebung — auf das Jahr berechnet — zustand. **b**) **RG.** JW. **11** 66 Nr. 46. Wenn auch nur einer der eingeklagten Jahresbeträge die Summe von 5000 M. übersteigt, so wird dadurch die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte begründet, und es können hier auch die 5000 M. nicht übersteigenden Jahresbeträge eingeklagt werden.

2. Mit Rücksicht auf den Charakter des Anspruchs. **a**) Reichert, Die Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte bei Streitigkeiten wegen Erteilung einer unrichtigen Auskunft, GewuKfmG. **17** 45, 46. Der Verf. meint, daß für die Schadensersatzklage des Handlungsgehilfen gegen den früheren Prinzipal wegen Erteilung einer wahrheitswidrigen Auskunft nach dem bestehenden Gesetze die Zuständigkeit nicht begründet sei, weil die Klage nicht ihren rechtlichen Grund in dem früheren Dienstverhältnisse habe. Er bedauert das. **b**) **RG. 75** 325—328, GewuKfmG. **16** 392—394. Auch für Ansprüche aus einer während des Dienstverhältnisses gemachten Pensionszusage ist das KfmG. zuständig. **c**) Gewu. KfmG. **17** 18, 19 Nr. 9 (AG. Dresden). Das KfmG. ist zuständig für die Klage auf Feststellung einer Gehaltsforderung auch gegenüber einem Konkursgläubiger, der diese im Prüfungstermine bestritten hat (im Gegensatze zu Urt. des OLG. Hamburg vom 7. Juni 1907, LeipzZ. **07** 924). **d**) OLG. **23** 61, 62 Nr. 3 aβ (KG. XII.). Zweifelhaft und wohl zu verneinen ist die Frage, ob die Kaufmannsgerichte für Streitigkeiten aus Verträgen, die nach ausländischem Rechte zu beurteilen, sachlich zuständig sind. Die Frage ist in dem Urteil unentschieden gelassen, weil örtliche Zuständigkeit eines deutschen Kaufmannsgerichts nicht gegeben war.

II. Örtliche Zuständigkeit. 1. OLG. **23** 62—64 (KG. XII.). Unter dem Gerichtsstande der gewerblichen Niederlassung im Sinne des § 27 GewGG., § 16 KfmGG. ist nur diejenige Niederlassung zu verstehen, für deren Zweck das Dienstverhältnis bestimmt ist. Unter Anziehung von Literatur und Judikatur eingehend begründet.

2. GewuKfmG. **16** 318 f. (KfmG. München). Die Vereinbarung, daß statt des örtlich zuständigen ein anderes weit entferntes KfmG. (statt München Breslau) ausschließlich zuständig sein soll, verstößt gegen die guten Sitten und ist nichtig.

B. Prozessuales. 1. JW. **11** 731 (Beschl. des LG. Kiel vom 11. Mai 1911). § 505 ZPO. ist auf das Verhältnis der Sondergerichte zu den ordentlichen Gerichten anwendbar. Literatur und Judikatur zusammengestellt JDR. **8** ZPO. § 505 Ziff. 5, **9** ebenda Ziff. 2. Für Gewerbegericht Beschl. des LG. Kiel vom 22. 29. Juni 1911 (JW. **11** 731) mit ausführlicher Begründung.

2. OLG. **23** 65 (München 5. 9. 10); OLG. **23** 64, 65, SeuffA. **66** 85—87 (Posen 1. 10. 10). Der Beschluß, durch den das Amtsgericht die Sache an das Gewerbegericht verweist, ist gemäß § 505 Abs. 2 ZPO. unanfechtbar und bindet das Sondergericht.

3. Dagegen JW. **11** 959 (KG. VIII. 24. 4. 11). Auf Grund des § 505 ZPO. kann die Verweisung vom ordentlichen Gericht an ein besonderes Gericht (Gewerbe-

gericht) nicht erfolgen. Die Verweisung kann trotz § 505 Abs. 2 ZPO. angefochten werden, weil die Bestimmung des § 505 überhaupt keine Anwendung findet.

4. PosMSchr. **11** 105 f. (Posen). Die Anordnungen der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte über Zulassung oder Nichtzulassung von Personen zum Verhandeln sind unanfechtbar (§ 157 ZPO. in Verbindung mit § 16 KfmGG. und § 26 GewGG.).

5. GewuKfmG. **16** 14, 15 (Beschl. des LG. Nürnberg vom 28. Mai 1910). Kaufmännische Angestellte einer AG., die juristische Vorbildung haben und ihre Firma regelmäßig vor dem KfmG. vertreten, sind nicht als geschäftsmäßige Vertreter anzusehen (§ 16 KfmGG., § 31 GewGG.).

6. GewuKfmG. **17** 68—70 (LG. Magdeburg). Wenn der Wert des Streitgegenstandes durch das Nachgeben der Parteien in I. Instanz unter 300 M. gesunken, ist die Berufung unzulässig.

§ 59. A. Ausländisches Recht. „Zum Entwurfe eines österreichischen Handlungsagentengesetzes." Besprechung des Entw. des G. betr. die Rechtsverhältnisse der Handelsagenten, ausgearbeitet vom Finanzkommissär Dr. Max Bloch, durch Geh. Justizrat Prof. Dr. Gareis, München, DJZ. **11** 465, 466, der die Vermengung des Charakters des selbständigen Kaufmanns mit dem des Handlungsgehilfen an der Hand der einzelnen Bestimmungen tadelt, andererseits auch die präzisere Fassung einer Reihe von Bestimmungen gegenüber denen des HGB. hervorhebt.

B. Begriff der Handlungsgehilfen. Abgrenzung vom selbständigen Unternehmer, Gewerbegehilfen und Angestellten des BGB. I. Literatur. Menzer, Zwei Fragen aus dem Gebiete der Lohnbeschlagnahme, R. **11** 321—326. In der Regel stehen der Direktor und der Geschäftsführer in keinem Dienstverhältnisse zu ihren Gesellschaften; nur dann, wenn durch Dienstordnungsvorschriften ihr persönliches Verhalten inner- oder gar außerhalb des Dienstes geregelt wird.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** LeipzZ. **11** 465, 466 Nr. 3. Trotz der Verpflichtung, einen vorgeschriebenen Reiseweg innezuhalten und Reiseberichte zu erstatten, und trotz der Bewilligung von Reisevorschüssen kann der Dienstverpflichtete Agent sein. Für Agenturverhältnis spricht, daß der Beklagte kein festes Gehalt, sondern eine Provision bezog, daß er seine Geschäftsunkosten selber trug, insofern als der Unkostenvorschuß ihm von der Provision abgesetzt wurde, daß nach dem Vertrage mit der Möglichkeit der Übernahme anderer Vertretungen gerechnet wurde und daß die Provisionsabrechnung am Schlusse eines jeden Kalenderhalbjahres erfolgen sollte.

2. GewuKfmG. **16** 263—265 (LG. I Berlin). Der Filialleiter einer Destillationsniederlage, die sich in den Räumen der Beklagten befindet, ist kaufmännischer Angestellter (Handlungsgehilfe), gleichgültig, ob der Verkauf in Flaschen oder der Ausschank in Gläsern die Haupttätigkeit des Klägers bildet, nicht gewerblicher Arbeiter (andererseits auch nicht Handelsagent), auch wenn der Name des Klägers mit dem Zusatz in Vertretung unter der Firma der Beklagten stand, er nur Provision erhielt und das Dienst- und Hilfspersonal, sowie Heizungs- und Beleuchtungskosten selbst bezahlen mußte.

3. Dagegen GewuKfmG. **16** 266 f. (LG. I Berlin). Leiter der Schankfiliale, in der er im wesentlichen den Ausschank zu besorgen hatte, ist Betriebsleiter (§ 133 GewO.).

4. GewuKfmG. **16** 410 f. (LG. Mainz). Der Gehilfe eines Pächters einer Militärkantine ist nicht Handlungs-, sondern Gewerbegehilfe.

5. OLG. **21** 380, R. **11** Nr. 852 (Hamburg). Der Leiter eines Verlags ist Handlungsgehilfe, auch wenn er in der Hauptsache nur mit der Redaktion einer Fachzeitschrift beschäftigt wird.

6. GewuKfmG. **16** 17 (KfmG. Tilsit). Direktrice in einem Konfektionsgeschäfte, die — wenn auch im Beisein und unter Leitung von Verkäuferinnen — mit den Kauflustigen verhandelte, deren Wünsche über Garnierungen und Änderungen entgegennahm und ihnen beim Aussuchen des Passenden half, ist als Handlungsgehilfin anzusehen.

7. GewuKfmG. **16** 300 (LG. III Berlin). Die Empfangsdame eines Photographen, der nicht im Handelsregister eingetragen ist, ist nicht Handlungsgehilfin oder Privatbeamtin, sondern Gewerbegehilfin, auf die der 7. Titel der GewO. Anwendung findet.

8. GewuKfmG. **16** 390 f. (KfmG. Hamburg). Leichte Kontorarbeiten einer jungen Kontoristin sind als kaufmännische Dienste anzusehen (Fakturen- und Adressenschreiben, Hilfe bei der Buchführung, Zeitungsexpedition).

9. GewuKfmG. **17** 42 f. (KfmG. Lichtenberg). Ein Dekorationslehrling im Warenhaus ist Handlungsgehilfe, weil er nicht mit der Herstellung der Be- und Verarbeitung der Waren, sondern mit der zweckmäßigen Ausstellung der Waren beschäftigt ist.

C. Der Gehilfenvertrag. Leistungen aus dem Dienstverhältnisse. AA. Pflichten des Prinzipals. I. Literatur. **a)** Wangemann, Das Recht der Angestellten an ihren Erfindungen (Berlin 1911). **b)** Meyer, Zwei Fragen aus dem Gebiete der Lohnbeschlagnahme, R. **11** 321—326. Unter den „Gesamtbetrag der Vergütung" eines Angestellten im Sinne des Lohnbeschlagnahmegesetzes fällt auch die Zuwendung von Vermögensvorteilen an dessen Familienmitglieder. Auf dem Wege der sonach zulässigen Beschlagnahme gegen den Ehemann sieht der Verf. die Möglichkeit, der nach seiner Auffassung nicht zu billigenden, mit dem Rechtsbewußtseine der Allgemeinheit und ihrer Rechtssicherheit im Widerspruche stehenden Reichsgerichtsjudikatur zu begegnen. **c)** Krönig, Nachträglicher Gehaltsabzug für Ferienurlaub, GewuKfmG. **17** 54—56. Der Verf. wendet sich mit wirtschaftlichen und rechtlichen Erwägungen gegen die Auffassung einer Reihe von ihm aufgeführter Kaufmannsgerichtsentscheidungen, wonach die Vereinbarung nachträglichen Gehaltsabzugs für Ferienurlaub ungültig sei. **d)** Ulrichs, Das Recht der Zurückbehaltung und Aufrechnung beim gewerblichen Arbeitsvertrage (Berlin 1910). Der Verf. will das Zurückbehaltungsrecht nur zulassen in den Fällen, wo die Leistungsgegenstände ungleichartig sind, und bei Gleichartigkeit der Leistungsgegenstände dann, wenn das Zurückbehaltungsrecht zugunsten einer Forderung aus vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen ausgeübt werden soll, indem er aus den Worten des § 273 BGB. „sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt" folgert, daß das Zurückbehaltungsrecht im Sinne einer exceptio doli gegeben und § 394 BGB. analog darauf anzuwenden sei.

II. Rechtsprechung. 1. Gehalt und Gratifikation. **a)** GewuKfmG. **17** 15 f. (KfmG. Cöln). Der Nießbraucher eines Hotelgrundstücks ist dem Hotelangestellten zur Gehaltszahlung verpflichtet. **b)** GewuKfmG. **16** 272, 273 (KfmG. München) unter Hinweis auf die Entsch. des KfmG. Berlin vom 9. Januar 1907, Jahrb. **1** 273, des KfmG. Leipzig vom 2. Oktober 1908, KfmG. **5** 84, des KfmG. Posen vom 23. Oktober 1906, GewuKfmG. **12** 163, Landmann GewO. II 214. Die Abrede, daß für die Urlaubszeit gezahltes Gehalt bei vorzeitigem Austritte wieder abgezogen werde, ist unzulässig. Sie verstößt gegen den Sinn des § 67 HGB., wonach das Kündigungsrecht für beide Teile vollkommen gleichmäßig geregelt werden soll. **c)** GewuKfmG. **16** 439 Nr. 90 b (KfmG. Hannover). Die Abrede, daß der — ein Gehalt von nicht über 125 M. beziehende — Angestellte das Gehalt für den Sommerurlaub sich abziehen lassen bzw. zurückzahlen müsse, wenn er vor einem bestimmten Zeitpunkt ausscheide, ist rechtswirksam. Sie verstößt weder gegen § 2

LohnBG. noch gegen die guten Sitten. **d)** Bemessung freier Station bei überseeischer Stellung. OLG. **22** 383 (Hamburg). Die Kosten der Wohnung und Verpflegung des Angestellten in der Kolonie, soweit sie den Betrag übersteigen, den er dadurch erspart hat, daß er nicht seinen Unterhalt in der Heimat zu bestreiten hatte, sind ihm nicht als Verdienst anzurechnen; ebensowenig die Kosten seiner Aus- und Heimreise. **e)** OLG. **22** 297, 298 (KG. XII.). Die einem Angestellten bewilligte „Kolonialzulage" soll eine besondere Entschädigung für die in den Kolonien bestehende Verteuerung der Lebenshaltung und die dort bestehende Gesundheitsgefährdung darstellen. Sie fällt also auch bei ungerechtfertigter Entlassung fort, wenn der Angestellte sich durch Verlassen des Schutzgebiets den dort bestehenden ungünstigen Lebensbedingungen entzieht. **f)** GewuKfmG. **17** 16, 17 Nr. 8 (KfmG. Lichtenberg). Der Angestellte, der 11 Jahre hindurch alljährlich eine Gratifikation in Höhe des Monatsgehalts bezogen hatte, und zwar am Schlusse des mit dem 30. September ablaufenden Geschäftsjahrs, kann bei der am 1. November erfolgten Auflösung des Dienstverhältnisses die letztjährige Gratifikation beanspruchen, auch wenn sie ihm bei Eingehung des Dienstverhältnisses nicht zugesichert war. **g)** GewuKfmG. **17** 65 f. (KfmG. Breslau). Eine fünf Jahre hindurch regelmäßig gewährte Tantieme gilt als stillschweigend vereinbart, wenn sie ihm bei Vertragsschluß nicht zugesichert war. **h)** GewuKfmG. **16** 18—21 (LG. Chemnitz). Sie stellt auch keine Schenkung dar. **i)** GewuKfmG. **16** 316 f. (KfmG. Posen). Der im Laufe des Jahres ausscheidende Angestellte hat Anspruch auf anteilige Zahlung der Jahres- und Abschlußgratifikation, wenn diese — auch ohne besondere Vereinbarung — regelmäßig gewährt worden war, und zwar Jahresgratifikation unter Bemessung entsprechend der Dauer, der Fälligkeit im laufenden Jahre (3/4, wenn er am 1. Oktober die Stellung verläßt), die Abschlußgratifikation unter Berücksichtigung dessen, daß sie zwei Entschädigungen enthält: erstens für die ordnungsmäßige Arbeit der Angestellten während des Geschäftsjahrs, andererseits für die erhöhte Arbeitstätigkeit, die der Jahresabschluß erfordert. **k)** GewuKfmG. **16** 412—414 (GG. und LG. Bremen). Der Arbeitgeber kann die an sich auf den Arbeitnehmer entfallenden Beiträge für die Kranken- und Invalidenversicherung sich von dem Arbeitnehmer in bar nicht auszahlen lassen, wenn dieser keinen baren Lohn bezieht. Eine gegenteilige Vereinbarung wäre als gegen gesetzliche Verbote (§ 53 KrankVG. und § 142 InvVG.) nichtig. **l)** OLG. **22** 383 f. (Breslau). Beiträge zu Pensionskassen, die auf Grund des Dienstvertrags abgezogen werden, sind bei Prüfung der Frage, ob das Gehalt 1500 M. übersteigt, abzuziehen, nicht dagegen die Beiträge für Alters- und Invaliditätsversicherung.

2. Sonstiges. **a)** GewuKfmG. **16** 414 f. (KfmG. Schöneberg). Der Prinzipal kann einen Reisenden, der außer der Provision nur ein geringes, die Spesen nicht deckendes Gehalt bezieht, nicht beliebig von der Tour zurückrufen (150 M. Monatsgehalt bei 5 bzw. 10 % Provision ohne Ersatz von Spesen). **b)** GewuKfmG. **16** 417 f. (KfmG. Lichtenberg). Der für ein bestimmtes Geschäft engagierte Handlungsgehilfe, der auf Verlangen des Prinzipals in einem an einem anderen Orte belegenen Geschäfte Dienste leistet, kann Erstattung des Fahrgeldes beanspruchen. **c)** GewuKfmG. **16** 437 f. (KfmG. Charlottenburg). Der Filialleiter eines Zigarrengeschäfts hat — nach Handelsgebrauch — einen Anspruch auf sog. Rauchzigarren und — mangels Bewilligung dieser — einen Anspruch auf 10 M. monatlich.

BB. Pflichten des Handlungsgehilfen. 1. Während des Vertragsverhältnisses. a) Schmiergeld. OLG. **22** 141 f. (KG. VII). Der Beklagte hat dem Kläger, der Prokurist des X. ist, 500 M. Provision für den Fall zugesichert, daß er von X. mit einem Jahresgehalte von 4000 M. angestellt wurde, dagegen 250 M. bei geringerem Jahresgehalte. Durch einen zweiten Schein hat er sich verpflichtet „über die Unterredung und unser Abkommen" zu niemandem

zu sprechen. Abkommen verstößt gegen die guten Sitten: der Gegensatz zwischen den Interessen des Klägers und denjenigen seines Hauses allein gibt dem Abkommen schon einen unsittlichen Charakter. — Gleichgültig dabei, ob die Firma wirklich geschädigt ist oder nicht. Dazu kommt aber noch, daß der Angestellte sich Provision für die Vermittelung eines Vertrags mit seinem Geschäftsherrn hinter dessen Rücken von dem anderen Vertragsschließenden versprechen ließ. **b**) S. auch §§ 63, 70—72, insbesondere über die Verpflichtung des Angestellten im Krankheitsfalle, sich durch einen Vertrauensarzt des Prinzipals untersuchen zu lassen.

2. Nach Auflösung des Vertragsverhältnisses. a) GewU. KfmG. **16** 436 f. (KfmG. Stuttgart). Der Reisende ist verpflichtet, ein von ihm angeschafftes Kommissionsbuch dem Prinzipale gegen Erstattung der Anschaffungskosten herauszugeben (§ 59 HGB., § 950 BGB.). Der Prinzipal erwirbt gemäß § 950 BGB. Eigentum an dem Buche, da es der Angestellte in seinem Dienste als bezahlter Angestellter vollgeschrieben hat und der Wert der Umbildung — für die streitigen Parteien — denjenigen des ursprünglichen Buches um ein Vielfaches übersteigt. **b**) HansGZ. **11** Hptbl. 241—246 (Hamburg). Wenn ein Ingenieur die Kenntnisse, die er in seiner Stellung bei einer Fabrik über den Bau einer Maschine erlangt hat, nach Beendigung dieses Dienstverhältnisses für eigene Zwecke verwertet oder wenn er einen Angestellten seines früheren Dienstherrn veranlaßt, dort zu kündigen und in seinen Betrieb einzutreten, so verstößt dies — wenn nicht ganz besondere Umstände dagegen sprechen — nicht gegen die guten Sitten. **c**) NaumburgAK. **11** 13 (Naumburg). Der entlassene Reisende, der bei den Kunden seines früheren Geschäftsherrn Bestellungen aufsucht, ohne sie aufzuklären, daß sie bei seinem neuen Geschäftsherrn bestellen, ist dem früheren Geschäftsherrn zum Schadensersatze verpflichtet (§ 826 BGB.).

§§ 60, 61. I. Literatur. Joseph, Eintrittsrecht des Prinzipals und Aufhebung des Geschäfts durch den Handlungsgehilfen, LeipzZ. **11** 530, 531. Hebt der Handlungsgehilfe das Geschäft auf, bevor ihm bekannt war, daß der Prinzipal den Kaufpreis zu beanspruchen beabsichtige, so gilt das gegenüber dem Prinzipale; denn das Geschäft blieb immer das des Handlungsgehilfen. Hebt er es hingegen auf nach erlangter Kenntnis von der Eintrittsabsicht des Prinzipals, so macht er sich aus § 826 BGB. dem Prinzipale gegenüber schadensersatzpflichtig und kann sich auf die erfolgte Aufhebung nicht beziehen (vgl. **RG. 59** 212).

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** JW. **11** 991, LeipzZ. **11** 924 f. Vorbereitungen eines nach Beendigung des Dienstverhältnisses zu beginnenden selbständigen Geschäftsbetriebs durch einen Handlungsgehilfen sind zulässig, vorausgesetzt, daß er dadurch nicht seine sonstigen Vertragspflichten verletzt. Diese Erlaubnis ist dem Gedanken der §§ 74, 75 HGB. zu entnehmen, wonach eine unbillige Erschwerung des Fortkommens der Handlungsgehilfen nach Ablauf ihres Dienstverhältnisses verhütet werden soll.

2. **RG.** LeipzZ. **11** 57. Ein Vorbereitungsgeschäft aber liegt nicht vor, wenn der Angestellte während der Dienstzeit Verträge mit Firmen abgeschlossen hat, die sich verpflichtet haben ihm von Beendigung des Dienstverhältnisses an Speditionsaufträge auf die Dauer von zwei Jahren zu übertragen. Unerheblich ist es nämlich, ob die Erfüllung der Geschäfte nach Abschluß der Dienstzeit erfolgt.

3. **RG.** LeipzZ. **11** 222 f., SeuffA. **66** 201—203. Dem Prinzipale steht ein Eintrittsrecht hinsichtlich der Geschäfte, welche nicht sein Handlungsgehilfe für seine Person, sondern eine offene Handelsgesellschaft abgeschlossen hat, bei der sein Handlungsgehilfe als Gesellschafter beteiligt ist, überhaupt nicht zu (vgl. auch **RG. 73** 423). Er ist auf den Schadensersatzanspruch gegen seinen Handlungsgehilfen beschränkt. Das Eintrittsrecht des Prinzipals wäre nur als Anspruch auf die Herausgabe des

Anteils des Handlungsgehilfen am Gewinne denkbar. Dem Gesellschafter steht aber ein Anspruch auf den Gewinn an dem einzelnen Geschäfte gar nicht zu, sondern nur ein Anspruch auf den beim Schlusse des Geschäftsjahrs oder bei der Auflösung des Geschäfts sich ergebenden Gewinn. Also kann auch dem Prinzipal ein solcher Anspruch auf den Gewinnanteil an einzelnen Geschäften nicht zuerkannt werden.

4. **RG.** LeipzZ. **11** 224. Unter dem für eigene Rechnung „gemachten Geschäfte" des Handlungsgehilfen, in welches der Prinzipal eintreten kann, ist nicht ein jedes selbständiges Rechtsgeschäft, sondern ein in sich zusammenhängendes wirtschaftliches Geschäft, das aus einer Reihe von selbständigen Rechtsgeschäften bestehen kann, ein „gemachtes Geschäft" im Sinne der kaufmännischen Ausdrucksweise zu verstehen. ALR. — auf welches die §§ 60, 61 HGB. zurückzuführen sind — bestimmt II. 8 § 525: „Besteht eine solche (von dem Faktor ohne Erlaubnis des Prinzipals betriebene) Handelsunternehmung aus mehreren verbundenen Geschäften, so muß der Prinzipal, wenn er sich den Vorteil bei dem einen Geschäfte zueignen will, auch den Schaden bei den übrigen mitübernehmen" (**RG. 45** 31 ff.).

5. OLG. **22** 1 (Dresden). Hätten auch erkennbar Eigengeschäfte des Handlungsgehilfen im Sinne des § 60 HGB. vorgelegen, so ist doch durch ihren Abschluß allein der mit dem Kläger in einem Vertragsverhältnisse stehende Beklagte nicht schadensersatzpflichtig geworden. Mit dem bewußten Abschlusse von Geschäften der im § 60 HGB. bezeichneten Art wird lediglich eine dem Handlungsgehilfen gegenüber dem Geschäftsherrn obliegende Verpflichtung verletzt, keineswegs aber ohne weiteres gegen die guten Sitten verstoßen, so daß für § 826 BGB. in der Regel kein Raum ist.

§ 62. 1. HansGZ. **11** Hptbl. 52 (Hamburg). Die Bestimmung des § 626 BGB. ist durch Vereinbarung nicht ausschließbar.

2. OLG. **22** 299 (Braunschweig) — unter Heranziehung der Judikatur —. § 618 BGB. ist kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2. Seine Verletzung rechtfertigt nicht den Anspruch auf Schmerzensgeld.

§ 63. I. Literatur. Loening, Pflicht der Handlungsgehilfen zu ärztlicher Untersuchung? GewuKfmG. **17** 20—22. Der Verf. verneint die Verpflichtung, die sich weder aus § 63 HGB. noch aus allgemeinen Grundsätzen ergebe.

II. Rechtsprechung. 1. KfmG. Berlin verneint die Pflicht mangels besonderer Abrede (Jahrb. **1** 275, **2** 260). Dagegen bejaht GG. Berlin (Schulz u. Schallhorn 238 ff.). Zwei entgegengesetzte Entsch. des LG. I (Baum 258).

2. KGBl. **11** 73 f. (LG. II Berlin). Der kranke Handlungsgehilfe, der seine Krankheit durch ein Attest des Kassenarztes dargetan hat, ist von Gesetzes wegen nicht verpflichtet, sich zum Zwecke der Nachprüfung des kassenärztlichen Attestes von dem Vertrauensarzte des Prinzipals untersuchen zu lassen.

3. KGBl. **11** 73 f. (LG. II Berlin). Die Bestimmungen des § 63 Abs. 1 HGB. sind dispositiver Natur.

4. GewuKfmG. **16** 270 f. (KfmG. Danzig). Wenn nach dem Anstellungsvertrage wahlweise Naturalverpflegung oder Kostgeld zu gewähren ist, kann der Prinzipal den erkrankten Handlungsgehilfen nicht auf die Krankenhausverpflegung verweisen.

5. GewuKfmG. **16** 415—417 (KfmG. Posen). Der Prinzipal, der im Krankheitsfall das Gehalt freiwillig weiterzahlt, kann sich nicht vorbehalten, die Zahlung jederzeit zurückzufordern. Unzulässig sowohl aus § 534 BGB. — weil es sich vorliegend um eine der sittlichen Pflicht entsprechende Schenkung handelt —, wie aus § 138 BGB., weil gegen die guten Sitten verstoßend.

6. R. **11** Nr. 1632 (Hamburg). Durch außerehelichen Geschlechtsverkehr herbeigeführte Erkrankung und dadurch bedingte Arbeitsunfähigkeit eines Handlungsgehilfen ist kein unverschuldetes Unglück.

§ 65. 1. GewuKfmG. **16** 345 f. (KfmG. München). Die Abschlußprovision ist nicht für Geschäfte zu zahlen, die der Angestellte zwar eingeleitet, aber nicht abgewickelt hat.

2. GewuKfmG. **16** 298 f. (KfmG. Charlottenburg). Der auf Umsatzprovision angestellte Gehilfe hat einen Anspruch auf Erteilung eines Handelsbücherauszugs nur über den Umsatz selbst, nicht über die einzelnen provisionspflichtigen Aufträge.

3. S. auch §§ 88, 89, 91.

§ 67. 1. GewuKfmG. **16** 297 f. (KfmG. München). Die Abrede, daß ein Versicherungsinspektor sofort entlassen werden kann, wenn er im Monat nicht ein bestimmtes Mindestquantum von Abschlüssen erzielt, ist nach § 138 BGB. im Zusammenhalte mit § 67 HGB. nichtig.

2. GewuKfmG. **16** 366 f. Ein entsprechendes Urteil des KfmG. Nürnberg ist durch LG. Nürnberg abgeändert und die Abrede für gültig erklärt worden.

§§ 70—72. I. Literatur. Krönig, Pekuniäre Verhältnisse als Auflösungsgrund des Dienstvertrags, GewuKfmG. **16** 252—254. Pekuniäre Verhältnisse — z. B. wenn ein Prinzipal den Gehilfen schlechterdings nicht mehr bezahlen kann oder der Gehilfe eine ganz wesentlich bessere Stellung findet, oder ein Handelsgewerbe, an dem er bisher mit Geld beteiligt war, plötzlich wegen veränderter Umstände selbst übernehmen muß, um sein eingelegtes Kapital zu retten — stellen keinen Grund zur sofortigen Auflösung des Dienstverhältnisses gemäß §§ 70, 71, 72 HGB. dar.

II. Rechtsprechung. 1. GewuKfmG. **16** 440 Nr. 91 (KfmG. Mainz). Die Klage auf Feststellung der Zulässigkeit sofortiger Vertragslösung — vor dem Ausspruche der Entlassung — ist zulässig (gegen Staub [6/7] zu § 70 — nicht aufrechterhalten in der 8. Aufl. — OLG. Kiel vom 25. Februar 1902).

2. **RG.** LeipzZ. **11** 936 f. Der Dienstherr, der den Handlungsgehilfen ohne Grund vorzeitig entläßt und damit bestimmt erklärt, den Vertrag nicht weiter erfüllen zu wollen, kann seinerseits nicht wider Willen des Gehilfen den Fortbestand des Dienstverhältnisses geltend machen, wenn sich die Entlassung als unbegründet herausgestellt hat, z. B. für die Frage, ob die Voraussetzungen des § 75 Abs. 1 Satz 2 gegeben seien.

3. OLG. **22** 209 f. (Naumburg). Der grundlos entlassene Angestellte kann die Wiederaufnahme des Dienstes verweigern und geht dadurch seines Lohnanspruchs nicht verlustig. Durch die Entlassung ist die Pflicht des Angestellten aus dem Dienstvertrage beseitigt und der Anspruch aus § 324 BGB. begründet worden. Eingehende Polemik der Redaktion hiergegen.

4. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 307 f., LeipzZ. **11** 853 f. Auch früheres, vor der Vertragszeit gelegenes Verhalten kann einen Grund zur fristlosen Entlassung bieten. Der an die Beurteilung dieses Verhaltens anzulegende Maßstab kann dadurch nicht beeinflußt werden, daß der Prinzipal sich besser hätte informieren können.

5. **RG.** GewuKfmG. **16** 348 f. Auch Tatsachen, die nach der Entlassung liegen, können im Prozeß als Entlassungsgründe verwertet werden. Zu prüfen ist nur, ob eine solche nach der Entlassung ausgestoßene Beleidigung mit Rücksicht auf das zwischen den Parteien bestehende Kampfverhältnis einer milderen Auffassung unterliegt, so daß ihr die Eigenschaft eines wichtigen Grundes abgehen würde.

6. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 280—282. Gründe brauchen bei der Entlassung überhaupt nicht mitgeteilt zu werden.

7. **RG.** LeipzZ. **11** 306, GewuKfmG. **16** 349, 350. Auslegung der Bestimmung des Dienstvertrags, welche bestimmte Gründe für die sofortige Entlassung des Dienstverpflichteten (Direktors einer Genossenschaft) anführt.

8. **RG.** JW. **11** 57 ff., BayRpflZ. **11** 22 f., BankA. **10** 138 f. Die im § 72 HGB. aufgeführten Beispiele sind nicht zwingend. Es kann Fälle rechtswidriger Entnahme von Geld aus der Geschäftskasse geben, die nicht als wichtiger Entlassungsgrund anzusehen sind.

9. GewuKfmG. **16** 394, 395 (AG. Cöln). Das Vorliegen eines „wichtigen Grundes" zur Auflösung des Arbeitsvertrags setzt ein Verschulden des Dienstverpflichteten nicht voraus (GewO. § 133 a).

10. **RG.** GewuKfmG. **16** 348 f. Ob ein Verhalten einen w i c h t i g e n Grund darstellt, ist eine in der Revisionsinstanz n i c h t zu erörternde T a t frage (vgl. JW. **01** 209 Nr. 26).

11. **RG.** LeipzZ. **11** 695. Der Senat hat schon in dem Urt. vom 22. Januar 1904 (**RG. 56** 373) mit eingehender Begründung ausgeführt, daß der Austritt oder die Entlassung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist nicht sofort zu erfolgen brauche, daß jedoch dann stets zu prüfen sei, ob nicht in dem Verbleiben oder Behalten im Dienste trotz des Kündigungsgrundes eine Verzeihung der Rechtswidrigkeit zu finden sei. An dieser Auffassung hat der Senat seitdem in einer Reihe von Entscheidungen festgehalten.

12. GewuKfmG. **16** 226 f. (LG. Stuttgart). Die Nichtleistung einer vom Handlungsgehilfen zugesagten Kapitaleinlage bietet einen Grund zur sofortigen Entlassung. Der Handlungsgehilfe kann sich dem gegenüber aber darauf berufen, daß ihm der Prinzipal die zugesagte Prokura nicht erteilt habe. Solange besteht das Recht, die Einlage zurückzubehalten.

13. **RG.** JW. **11** 57 ff., BayRpflZ. **11** 22 f., BankA. **10** 138 f. Der Beklagte war, wenn auch speziell zum Prokuristen des Zweiggeschäfts bestellt, doch als Handlungsgehilfe für das G e s a m t geschäft des Klägers angenommen worden. In solchem Falle ist es für den Prinzipal nicht schlechthin unmöglich, von den Diensten des auf der einen Stelle nicht mehr verwendbaren Handlungsgehilfen fernerhin Gebrauch zu machen. Nicht einmal die Aufgabe des ganzen Geschäfts berechtigt unter allen Umständen den Prinzipal zur sofortigen Kündigung. Unerheblich ist es auch, daß die Auflösung des Zweiggeschäfts durch vom Geschäftsinhaber nicht zu vertretende Umstände veranlaßt worden ist.

§ 72. (S. auch § 63.) 1. OLG. **22** 299, 300 (Naumburg). Ein M o l k e r e i - v e r w a l t e r, der als v e r h e i r a t e t e r M a n n sich mehrere Male mit einer Arbeiterin getroffen und mit ihr umarmt hat, hat noch keinen Grund zur sofortigen Entlassung aus §§ 133 a, 133 c Nr. 6 GewO. geboten.

2. OLG. **22** 300 (Marienwerder). Wenn der Gutsverwalter den Befehlen des Dienstberechtigten lediglich deshalb entgegenhandelt, weil er die von ihm selbst getroffene Maßnahme für zweckmäßiger hielt, so liegt hierin k e i n e g r o b e W i d e r s e t z l i c h k e i t, die eine sofortige Entlassung rechtfertigt.

3. HansGZ. **11** Hptbl. 175 f. (Hamburg). Ein unwahrhaftes Benehmen im Privatleben (Eintragung ins Hotelfremdenbuch unter einem falschen Namen) berechtigt den Geschäftsherrn noch nicht zur Dienstentlassung seines Angestellten.

4. PosMSchr. **11** 47 f. (Marienwerder). Zur Dienstverweigerung bis zur erfolgten Zahlung rückständigen Gehalts nach Art eines Zurückbehaltungsrechts ist der Angestellte zwar nicht befugt, sie stellt jedoch keinen wichtigen Grund nach § 72 HGB. dar.

5. KfmG. Posen vom 14. November 1910 (vgl. KfmG. Berlin Jahrb. **1** 239, **2** 124). Wenn der erkrankte Angestellte ohne Entschuldigung fortbleibt, ohne daß die fehlende Entschuldigung durch den krankhaften Zustand geboten war und Angestellter verantwortlichen Posten hatte, kann er sofort entlassen werden.

6. GewuKfmG. **17** 42 f. (KfmG. Lichtenberg). Wiederholtes, trotz Verwarnung erfolgendes Zuspätkommen ist Grund zur sofortigen Entlassung.

7. GewuKfmG. **17** 14 f. (KfmG. Breslau). Ungeziefer sind Grund zur sofortigen Entlassung eines Handlungslehrlinges.

§ 73. I. Literatur. „Das Dienstzeugnis", systematisch dargestellt von Möllmann. (S. Selbstbericht zu § 630 BGB. Ziff. 1.)

II. Rechtsprechung. (S. a. BGB. § 630 Ziff. 2—9.) 1. GewuKfmG. **16** 369, 370 (KfmG. Trier). Der Prinzipal ist verpflichtet, dem Handlungsgehilfen bereits bei der Kündigung ein Zeugnis auszustellen.

2. OLG. **22** 304—307 (KG. XII.). Die Vorschrift ist zwar keine öffentlichrechtliche, wohl aber eine zwingende und deshalb — vor Ablauf der Vertragsdauer — unverzichtbar. Nachträglich ist Verzicht zwar zulässig, bedarf jedoch der Ausdrücklichkeit und ist auch in diesem Falle nicht für die Zukunft endgültig bindend, wenn nicht auch letzteres sich als unzweideutige Absicht des Dienstverpflichteten ergibt.

3. GewuKfmG. **16** 273 f. (Marienwerder). Ein Schiffsbauingenieur kann nach langjähriger Tätigkeit ($9^1/_4$ Jahre) verlangen, daß im Zeugnisse die Art seiner Spezialtätigkeit detailliert wird.

4. OLG. **23** 43 f. (Düsseldorf). Der Aussteller eines Zeugnisses hat, wenn er nachträglich dessen Unrichtigkeit entdeckt, kein Recht darauf, dieses zurückzufordern oder dem Gehilfen ein anderes Zeugnis oder eine Berichtigung zuzusenden. Er hat auch keine Verpflichtung, sich das Zeugnis wieder zu verschaffen, um solche ungünstigen Tatsachen, die er erst nachträglich erfahren hat, durch dessen Berichtigung zur Kenntnis Dritter zu bringen (OLG. **9** 251, Bendix, ABürgR. **28** 134).

5. OLG. **23** 42 f. (KG. XVIII.). Haftung aus unrichtigen Dienstzeugnissen. Der Kläger ist durch Unterschlagungen eines Angestellten geschädigt worden, der vordem beim Beklagten tätig war, und über den er dem Kläger eine gute Auskunft gegeben hat. Diese hat er auch nicht widerrufen, als der Angestellte ihm später brieflich mitteilte, daß er Unterschlagungen begangen habe, die er in Teilbeträgen ersetzen wolle. Die Schadensersatzklage ist abgewiesen. Für die Haftung aus § 826 BGB. fehlt es sowohl am Vorsatze wie an einem Verstoße gegen die guten Sitten, selbst wenn der Beklagte schon vorher den Verdacht einer Unterschlagung gehabt hätte.

§ 74. A. Literatur. 1. *Cantor, Die Konkurrenzklausel (Berlin bei F. Siemenroth). Die Bestimmung gilt zunächst nur für Handlungsgehilfen. Der zu ihr führende gesetzgeberische Gedanke ist heranzuziehen bei Prüfung der Wirksamkeit und des Umfanges der Wirksamkeit von Konkurrenzklauseln, denen sich andere Bedienstete unterworfen haben, welche nicht Handlungsgehilfen sind. Für Konkurrenzklauseln zwischen selbständigen Gewerbetreibenden kämen diese Grundsätze nicht in Betracht. Maßgeblich ist die Lage der Verhältnisse zur Zeit des Vertragsabschlusses. Unzulässig ist eine Konkurrenzklausel mangels berechtigten Interesses des Prinzipals an deren Vereinbarung, so die Konkurrenzklausel gegenüber geringeren Angestellten, welche Einblick in die Geschäftsgeheimnisse nicht erlangen. Denn der Schutz der Geschäftsgeheimnisse erfordert in erster Linie die Konkurrenzklausel. Das Interesse des Dienstherrn an der Konkurrenzklausel kann nachträglich erlöschen. § 74 HGB. schließt nicht aus, eine Konkurrenzklausel event. nach § 138 BGB. für sittenwidrig und nichtig zu erklären. Hierfür reicht allerdings im Zweifel eine lediglich zu weite Umgrenzung des Konkurrenzverbots nicht aus. Hierfür können besondere hinzutretende Umstände bei Vertragsschluß oder besondere Vertragsgedinge, z. B. übermäßig hohe Zuwiderhandlungsstrafe, ehrenwörtliche Verpflichtung ➛ aM. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **11** 126 ← usw. in Betracht kommen. Konkurrenzklauseln mit Minderjährigen sind schlechthin nichtig. Nichtige Vereinbarungen können nicht durch einfache Bestätigung Wirksamkeit erlangen. Bei zu weiten Grenzen des Konkurrenzverbots sind vom Richter hinsichtlich örtlicher, zeitlicher und gegen-

ständlicher Umgrenzung engere Grenzen zu ziehen. Dies ist auch nach §§ 138, 139 BGB. bei Konkurrenzklauseln Bediensteter möglich, welche nicht Handlungsgehilfen sind. Nichtigkeit des Konkurrenzverbots macht im Zweifel nicht den gesamten Vertrag nichtig, da regelmäßig nicht anzunehmen ist, daß der Anstellungsvertrag ohne die nichtige Konkurrenzklausel nicht geschlossen worden wäre. Auch gegenüber einfachen Arbeitern, welche auf Fabrikgeheimnisse eingearbeitet sind, ist die Konkurrenzklausel im Interesse der Geheimnisbewahrung oft unentbehrlich und in solchen Fällen auch in enger zeitlicher, örtlicher und gegenständlicher Umgrenzung, deren Grenzen event. vom Richter zu reduzieren sind, zulässig. Im Auslande geschlossene Vereinbarungen über Konkurrenzbeschränkungen unterfallen der Beurteilung nach diesen Rechtsgrundsätzen des deutschen Rechtes (Art. 30 EGBGB.). Die Auslegung der Konkurrenzklausel richtet sich nach dem zu erforschenden Vertragswillen im Einzelfalle. Sie ist eher restriktiv als extensiv. Z. B. ist bei Zweifel, ob der Lauf der zeitlich begrenzten Konkurrenzverbotsfrist vom Momente der rechtlichen Beendigung des Dienstverhältnisses oder vom Momente des tatsächlichen Austritts des Bediensteten beginnt, letzterer Moment als Fristbeginn zugunsten des Bediensteten anzusehen. Legislatorisch ist die Konkurrenzklausel als unentbehrlich zu erachten. Lediglich ihrem Mißbrauch ist vorzubeugen, und es sind allgemeine Normen über genügende Beschränkung nach Ort, Zeit, Gegenstand zu treffen. Die Normen sind zu verallgemeinern. Zwingende Spezialvorschriften müssen fallen. Es ist innerhalb allgemeiner bezüglicher Direktivnormen dem richterlichen Ermessen im Einzelfall ein weiter Spielraum zu lassen.

2. Düringer, Die gesetzgeberische Regelung der Konkurrenzklausel, DJZ. **11** 1233—1239. Der Verf. befürwortet die Schutzbestimmungen des HGB. und der GewO. auf alle Angestellten, wendet sich gegen das Verbot und die Nichtigerklärung jeder Konkurrenzklausel, gegen nähere gesetzliche Bestimmungen für die Begrenzung des Konkurrenzverbots in örtlicher, zeitlicher, gegenständlicher Hinsicht, erachtet den Vorschlag einer Karenzvergütung zur Wirksamkeit des Konkurrenzverbots für einen gesunden gesetzgeberischen Gedanken, dem durch eine Ergänzung des § 74 HGB.: „Der Richter kann die Wirksamkeit der Beschränkung auch von der Leistung einer dem Angestellten zu gewährenden Vergütung, deren Art und Höhe er festzusetzen hat, abhängig machen" Rechnung getragen werden könne, und empfiehlt schließlich die notarielle oder gerichtliche Form für jede vertragsmäßige Konkurrenzbeschränkung.

B. Rechtsprechung. I. Kontrahenten. 1. RheinA. **108** 224—228 (Düsseldorf). Ein Kaffeebrenner gehört zwar nicht zu den im § 133 a GewO. aufgeführten Angestellten, die Vereinbarung einer Konkurrenzklausel ist aber auch im Verhältnisse des Dienstherrn zu einfachen Arbeitern zulässig. Der Dienstherr hat ein schutzfähiges Interesse daran, daß geschulte Arbeiter aus seinem Spezialbetriebe nicht in ein Konkurrenzgeschäft eintreten.

2. HansGZ. **11** Hptbl. 47, BauersZ. **18** 161 f. (Hamburg). § 74 HGB. findet auf das einem selbständigen Kaufmanne gegenüber ausgesprochene Verbot auch nicht einmal analoge Anwendung (vgl. **RG.** JW. **01** 725 Nr. 20).

II. Wirksamkeit. 1. BadRpr. **11** 125 f. (Karlsruhe). Beklagter hatte sich — als höherer Techniker — im Anstellungsvertrag auf Ehrenwort verpflichtet, vor Ablauf von drei Jahren nach Auflösung des Vertrags in keine mit der Klägerin konkurrierende Fabrik in Deutschland, England, Frankreich, Schweiz oder Österreich-Ungarn einzutreten. Dem Verlangen der Klägerin, dem Beklagten unter Strafandrohung für den Fall der Zuwiderhandlung die Tätigkeit in einer Konkurrenzfabrik in Frankreich zu untersagen, wurde — unter Beschränkung des Konkurrenzverbots auf die Dauer von zwei Jahren — stattgegeben. Weder im Hinblick auf die Verpfändung des Ehrenworts, noch im Hinblick auf die Beschrän-

kungen ist bei dem vorliegenden Sachverhalte die Vereinbarung als nichtig anzusehen oder die Beschränkung aus § 133 f GewO. gerechtfertigt.

2. **RG. 74** 332—335, LeipzZ. **11** 139, BauersZ. **18** 210—212, GewuKfmG. **16** 346 f., Korr. d. Ält. d. Kaufm. **11** 162 f. Versprechen eines technischen Angestellten, sich nach seiner Entlassung des Wettbewerbes zu enthalten mit Verpfändung des Ehrenworts — Verstoß gegen die guten Sitten, der Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts herbeiführt (unter Hinweis auf **RG. 68** 229).

III. Anspruch auf Unterlassung. 1. **RG.** LeipzZ. **11** 542. Daß aus einem vertragsmäßigen Konkurrenzverbot auf Unterlassung der Tätigkeit in einem Konkurrenzgeschäfte geklagt werden kann, ist allgemein anerkannt (Wendt, ACivPr. **92** 77, Eltzbacher, Die Unterlassungsklage 145, Lehmann, Die Unterlassungsklage 139). **RG. 72** 393 steht dem nicht entgegen. Sie betrifft nicht den Fall eines vertragsmäßigen Konkurrenzverbots.

2. Dagegen GewuKfmG. **17** 41, 42 (KfmG. Stettin). Kann durch einstweilige Verfügung einem Handlungsgehilfen anderweite Tätigkeit untersagt werden, wenn dem Prinzipal vertragsmäßig das Recht zugestanden ist, anderweite Tätigkeit während der Kontraktszeit zu verbieten? Nein (unter Hinweis auf die PlEntsch. des RG. vom 12. Januar 1910).

§ 75. A. Literatur. 1. *Cantor, Die Konkurrenzklausel. (Vgl. Bericht zu § 74 A 1). § 75 Abs. 1 HGB. ist analog auf Konkurrenzklauseln in Verträgen mit anderen Bediensteten anzuwenden, welche nicht Handlungsgehilfen sind. Der Kündigung seitens des Prinzipals im Sinne des § 75 Abs. 1 HGB. steht gleich völlige Aufhebung des Vertrags mit der Konkurrenzklausel im beiderseitigen Einverständnisse, steht dagegen nicht gleich Beendigung des Dienstverhältnisses auf Grund beiderseitigen Übereinkommens und Dispositionsstellung des kündigenden Angestellten. In den beiden letzteren Fällen entfällt nicht das Konkurrenzverbot. Was im Einzelfalle gewollt war, ist Tatfrage. Was der zur Disposition gestellte Bedienstete in inzwischen angenommener anderweiter Stellung erwirbt, muß er sich in Analogie des § 615 BGB. oder nach § 61 HGB. auf sein Gehalt anrechnen lassen, im Gegensatze zu dem Bediensteten, dem der Dienstherr ohne verschuldeten Anlaß gekündigt hat mit der Erklärung der Fortzahlung des Gehalts unter Aufrechterhaltung der Konkurrenzklausel. § 75 Abs. 2 HGB. findet nur auf Konkurrenzklauseln von Handlungsgehilfen Anwendung. Gegenüber anderen Bediensteten ist ein Konkurrenzverbot mit Vereinbarung von Zuwiderhandlungsstrafe nach § 340 BGB. zu beurteilen. Richterliches Strafermäßigungsrecht nach § 343 BGB. ist allemal gegeben. Der Entschädigungsanspruch wegen Verletzung der Konkurrenzklausel zieht noch nicht an sich einen Rechnungslegungsanspruch nach sich.

B. Rechtsprechung. (S. a. BGB. § 343.) I. Konkurrenzklausel bei Entlassung. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 98, 99, LeipzZ. **11** 466 f. Unter „erheblichem" Anlaß im Sinne des § 75 Abs. 1 Satz 2 ist nicht der in den §§ 70 und 72 HGB. erörterte „wichtige" Grund zu verstehen, vielmehr genügt dazu ein minder wichtiger Tatbestand, insbesondere eine wohlbegründete Unzufriedenheit mit den Leistungen des Handlungsgehilfen. Sicher reicht dazu der Fall aus, daß der Handlungsgehilfe fingierte Aufträge aufgegeben.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 98, 99, LeipzZ. **11** 466 f. Eine ausdrückliche Mitteilung der Gründe für die Kündigung ist im § 75 HGB. nicht vorgeschrieben; es genügt, daß sie für ihn erkennbar waren.

3. **RG.** LeipzZ. **11** 936—937. Hat jemand durch Kauf- und Dienstvertrag sein Geschäft veräußert und ist in den Dienst des Erwerbers getreten, so kann die darin getroffene Konkurrenzklausel nach den Umständen des Falles lediglich als Teil

des Dienstvertrags angesehen werden, so daß mit der grundlosen Entlassung des Veräußerers und demnächstigen Handlungsgehilfen das Konkurrenzverbot hinfällig wird.

4. GewuKfmG. **16** 222 f. (KfmG. Frankfurt a. M.). Die Vereinbarung, daß der Anstellungsvertrag aufgehoben werde, hebt die Konkurrenzklausel nicht ohne weiteres auf (s. auch §§ 70—72).

II. Konventionalstrafe. 1. Höhe. a) GewuKfmG. **16** 386—390. Konventionalstrafe von 10 000 M. für einen Bankbeamten, der beim Kläger zuerst 3600 M., schließlich 4800 M. erhalten hatte und im Konkurrenzgeschäfte 6000 M. erhält, vom KfmG. Breslau (10. August 1910) auf 2000 M. herabgesetzt, vom BerGerichte — LG. Breslau (6. Januar 1911) — als angemessen zuerkannt worden. **b)** GewuKfmG. **16** 268 f. (LG. III Berlin). Konventionalstrafe für Nichtantritt der Stellung herabgesetzt: „Wenn der Gesamtwert der Leistungen des Beklagten während eines Monats nach dem Dienstvertrag auf 250 M. festgesetzt war, so kann auch das Interesse der Klägerin an der vertraglichen Tätigkeit des Beklagten nicht höher eingeschätzt und die Vertragsstrafe ebenfalls nicht höher bemessen werden." S. auch § 74.

2. Dauer. GewuKfmG. **16** 222 f. (KfmG. Frankfurt a. M.). Wenn auf längere Zeit hinaus, als tatsächlich Dienste in Anspruch genommen werden, Gehalt gefordert und gezahlt wird, dann rechnet die Frist für die Konkurrenzenthaltung von dem Zeitpunkte, bis zu welchem die Zahlung erfolgt ist.

3. Wiederholung. a) **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 218, 219, BauersZ. **19** 10, 11. Kann von einem ausgeschiedenen Geschäftsführer die vereinbarte Vertragsstrafe bei wiederholter Verletzung des Konkurrenzverbots nochmals verlangt werden und außerdem Konkurrenzenthaltung? Ja (unter Hinweis auf die Entsch. **RG.** 31. 3. 09, **70** 439—443). **b)** **RG.** LeipzZ. **11** 543. Der Verpflichtete kann sich — im Falle eines unter Vertragsstrafe gestellten gewerblichen Konkurrenzverbots — von der ihm auferlegten Beschränkung durch die festgesetzte Strafleistung dann frei machen, wenn die Strafe ihrer Höhe nach dazu bestimmt erscheint, dem Berechtigten das volle Interesse an der Vertragserfüllung zu ersetzen. Dies gilt zwischen selbständigen Gewerbetreibenden und zwischen Prinzipalen und Handlungs- und Gewerbegehilfen. — Unter Anziehung von Judikatur und Literatur.

4. Ermäßigung. OLG. **23** 12 (KG. XI.). Vertragsmäßiger Verzicht auf das richterliche Ermäßigungsrecht aus § 343 BGB. ist nichtig. S. auch §§ 74, 75 II 1.

§ 76. GewuKfmG. **17** 68 (KfmG. Breslau). Gegen die dem Lehrlinge zustehende Vergütung ist Aufrechnung zulässig. Sie hat nur den Charakter eines Taschengeldes, nicht eines Arbeits- oder Dienstlohns und ist deshalb unbeschränkt pfändbar.

Siebenter Abschnitt. Handlungsagenten.

§ 84. Agenturvertrag. A. Begriff. I. Literatur. *Goldbaum, Der Aufführungsagenturvertrag (Berlin, Konkordia). Der Aufführungsagenturvertrag, d. h. der Vertrag zwischen einem Stückagenten und einem Bühnenschriftsteller, ist ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat. Diese besteht in dem Vertriebe des Bühnenwerkes an die Theaterunternehmer und dem Inkasso der Tantiemen, für welche Tätigkeit der Agent üblich 10 pCt. der Tantiemeneingänge als Provision einbehält. Ein derartiger Vertrag enthält regelmäßig als dingliches Element die Übertragung der ausschließlichen Aufführungsbefugnis auf den Agenten. Diese Übertragung ist keine Veräußerung, sondern eine fiduziarisches Rechtsgeschäft. Der Bühnenschriftsteller bleibt materiell Inhaber der ausschließlichen Aufführungsbefugnis; der Agent wird nur formell ihr Träger. Auf die Übertragung der ausschließlichen Aufführungsbefugnis finden die Vorschriften

über die Zession einer Forderung entsprechende Anwendung. Der Agent schließt mit dem Theaterunternehmer im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Bühnenschriftstellers ab. Er ist regelmäßig Kaufmann und unterliegt hinsichtlich der Lizenzverträge gemäß § 406 HGB. der Vorschrift des § 392 Abs. 2 HGB. Unmittelbar aus dem Vertrag ergibt sich die Pflicht des Agenten, seine persönliche Tätigkeit und seine persönlichen Beziehungen an die Annahme des Werkes zu setzen sowie das Inkasso zu betreiben. Die Versand- und Inkassospesen trägt er. Er ist gesetzlich verpflichtet, Rechnung zu legen; auch hat er Rechtsverletzungen zu verfolgen. Ist die Dauer des Vertrags nicht vereinbart, dann können die Parteien den Vertrag jederzeit kündigen, da die Vergütung nicht nach Zeitabschnitten bemessen ist. Ist eine Vertragsdauer ausgemacht worden (in der Übertragung der Aufführungsbefugnis für die Dauer der Schutzfrist liegt keine Abrede über die Dauer des Dienstvertrags), so können beide Parteien das Dienstverhältnis aus wichtigem Grunde kündigen. Der Vertrag erlischt im Zweifel durch den Tod des Agenten, dagegen im Zweifel nicht durch den Tod des Bühnenschriftstellers. Der Konkurs des Aufführungsagenten löst den Vertrag nicht von Rechts wegen auf, bildet jedoch einen wichtigen Kündigungsgrund. Unterbleibt die Kündigung, so greift event. § 17 KO. ein. Hinsichtlich der fiduziarisch übertragenen Aufführungsbefugnis und der auf seine Rechnung einzuziehenden Tantiemen hat der Bühnenschriftsteller als Treugeber ein Aussonderungsrecht. — Im Konkurse des Bühnenschriftstellers erlischt der Aufführungsagenturvertrag gemäß § 23 KO. Nach § 667 BGB. hat der Agent die ausschließliche Aufführungsbefugnis herauszugeben, jedoch fällt gemäß § 10 LitUrhG. diese Forderung des Bühnenschriftstellers nur dann in die Konkursmasse, wenn der Bühnenschriftsteller damit einverstanden ist.

II. Rechtsprechung. 1. OLG. **23** 392 f. (KG. VII.). Anzeigenagenten sind nicht Beauftragte der Inserenten im Sinne des § 13 UnlWG.

2. PosMSchr. **11** 48 (Königsberg). Auf sog. Gelegenheitsagenten finden die Bestimmungen der §§ 84 ff., insbesondere § 85 HGB. nicht Anwendung. Jene Gelegenheitsgeschäfte sind vielmehr nach BGB. und § 346 HGB. zu beurteilen.

3. **RG.** LeipzZ. **11** 454. Das Agenturverhältnis ist ein Dienstvertrag, der mit einer Geschäftsbesorgung verbunden ist. Diese Beurteilung ist dieselbe geblieben unter der Herrschaft des neuen wie des alten Rechtes. Der BerR. hat hierfür Belegstellen angezogen. Es mag hierzu auch noch auf **RG. 31** 68 und **ROHG. 2** 332, 333 verwiesen werden; — das alte HGB. hatte keine Vorschriften über den Agenturvertrag. Es war aber schon damals die herrschende Meinung, daß der Agenturvertrag eine Art des Dienstvertrags sei (für das neue Recht **RG. 62** 249, **63** 73, JW. **08** 138 Nr. 8). S. auch §§ 59 B, 92.

B. I. Rechtliche Stellung des Agenten. **RG. 75** 61—63. Über die Befugnis eines Generalagenten zur Klage aus dem UnlWG.

II. Rechtliche Stellung des Versicherungsagenten. 1. Literatur. Moir, Die Tätigkeit des Lebensversicherungsagenten und die Grundsätze der Lebensversicherung, Sonderabdruck aus der Österreichischen Revue, Organ für Assekuranz und Volkswirtschaft XXXV. Jahrg. 1910. (Wien 1911, Selbstverlag der Österreichischen Revue).

2. Rechtsprechung. a) OLG. **22** 133 f., HansGZ. **11** Beibl. 97 f., LeipzZ. **11** 404 f. (Hamburg). Täuschung durch Versicherungsagenten berechtigt den Versicherungsnehmer zur Anfechtung, auch wenn die Gesellschaft die Täuschung nicht kannte, noch kennen mußte. „Wenn der Agent einen anderen durch Aufforderung oder Überredung zur Eingehung einer Versicherung zu bestimmen bemüht ist, tritt er diesem zwar nicht als Vertreter der Gesellschaft

im gesetzlichen Sinne, wohl aber, als deren Vertrauensmann, als Vertreter der Interessen der Gesellschaft, nicht als ein Dritter im Sinne des § 123 Abs. 2 BGB. entgegen. Betrügerische Handlungen des Agenten bei dieser Tätigkeit muß die Gesellschaft gegen sich gelten lassen." **b)** HansGZ. **11** Beibl. 98 f. (Hamburg). Anders aber, wenn der Agent nur die Vorverhandlungen geführt, der Geschäftsherr aber weiter über den Vertrag verhandelt und ihn selbst abgeschlossen hat. **c)** **RG.** LeipzZ. **11** 71 f. Dem Antragsteller kann es im Verhältnisse zum Versicherer nicht zum Verschulden gereichen, wenn er sich darauf verläßt, daß der Agent, sofern dieser die selbständige Beantwortung von Fragen übernimmt, bei denen Gegenstände eigener Wahrnehmung oder eigenen Wissens in Betracht kommen, sich die erforderliche Kenntnis, falls er sie nicht schon besitzt, verschaffen und die entsprechenden Angaben richtig und vollständig machen werde (diese Auffassung hat auch schon Urt. vom 30. März 1900, **RG. 46** 184 ff.). **d)** Ferner aber **RG.** JW. **12** 84 f. Nr. 32. Der Versicherungsnehmer darf sich nur insoweit auf den sachkundigen Agenten verlassen und nur insoweit gehen dessen etwaige Irrtümer zu Lasten der Gesellschaft, als es sich um die Aufklärung über den Inhalt und die Bedeutung solcher Fragen handelt, die einen Zweifel zulassen (vgl. **RG. 46** 190); nicht dagegen, wenn die Fragen so einfach und deutlich sind, daß über ihren Sinn kein Zweifel bestehen kann, die Belehrung somit zu einer Abänderung des Antragsformulars werden würde (vgl. auch JW. **07** 183 Nr. 27).

§ 85. S. § 84.

§ 86. Abs. 2. S. Art. 11 EGBGB. zu B II.

§ 88. 1. Allgemeines. KGBl. **11** 6, BauersZ. **18** 165 (LG. III Berlin). Die Provision eines Handlungsagenten unterliegt unbeschränkt der Pfändung. Er ist selbständiger, unabhängiger Gewerbetreibender. Die Bestimmungen des Lohnbeschlagnahmegesetzes finden deshalb auf die von ihm verdiente Provision keine Anwendung.

2. Abs. 1. **a)** **RG.** LeipzZ. **11** 294 f. Zur Herstellung des ursächlichen Zusammenhanges reicht es nicht hin, daß eine Tätigkeit geleistet wird, die unter Umständen geeignet ist, den Erfolg herbeizuführen, von dessen Eintritt der Provisionsanspruch abhängig ist; die Tätigkeit muß vielmehr in der Richtung auf die Herbeiführung jenes Erfolges wirksam geworden sein und geholfen haben, ihn zu erzielen. **b)** **RG.** GruchotsBeitr. **55** 946—948, JW. **11** 105 f., R. **11** Nr. 854. Ein Abschluß des Weinagenten mit einem Gastwirt auf Bezug seines Gesamtweinbedarfes in bestimmten Sorten ist noch keine Unterlage für sofortige Provisionszahlung, sondern kann nur nach Ausführung entsprechender Bestellungen einen Provisionsanspruch begründen. **c)** **RG.** LeipzZ. **11** 303 f. Der Anspruch des Versicherungsagenten auf verdiente Provision besteht auch im Falle seiner gerechtfertigten sofortigen Entlassung. Der mit dem Abschlusse des Versicherungsvertrags erworbene gesetzlich bedingte Anspruch auf Provision verbleibt dem Agenten auch dann, wenn vor Ausführung des Geschäfts (Prämienzahlung) seine Agententätigkeit aufhört.

3. Abs. 2. **a)** OLG. **22** 1 f. (Dresden). Der Geschäftsherr soll nach dieser Bestimmung von der Rücksichtnahme auf den Agenten nur dann entbunden werden, wenn ihm die Ausführung des Geschäfts aus Gründen nicht zuzumuten ist, die in der Person des Vertragsgegners, d. h. im Gegensatze zu Gründen, die der Geschäftsherr den eigenen Verhältnissen entnehmen könnte, in den Verhältnissen des Kunden vorliegen. **b)** **RG. 74** 168 f., JW. **10** 1008 Nr. 25. Wenn der Grund der Nichtausführung der Geschäfte darin bestand, daß die Fabrik zu der Zeit, wo die Lieferung erfolgen sollte, mit Bestellungen überhäuft war, so befreit das den Geschäftsherrn von der Provisionszahlung an den Agenten nicht. **c)** HansGZ. **11** Hptbl. 187 f. (Hamburg). In der jahrelangen Stundung des Kaufpreises seitens des Geschäftsherrn liegt nur dann, wenn sie als Willkür oder Fahrlässigkeit erscheint, ein die Vor-

aussetzungen des § 88 Abs. 2 HGB. erfüllendes Verhalten des Geschäftsherrn. **d)** R. **11** Nr. 1990 (Hamburg). Ist dem Agenten bereits vor Eingang der Zahlung die Provision gutgebracht, so hat er sie dem Geschäftsherrn zurückzuzahlen, wenn später die Zahlung nicht eingeht. Beruht jedoch der Ausfall der Zahlung auf fahrlässiger Stundung seines Geschäftsherrn, so verbleibt dem Agenten die im voraus gezahlte Provision.

§ 89. 1. BadRpr. **11** 187, 188 (Karlsruhe). Aus Geschäften, die nach der Auflösung des Vertragsverhältnisses mit Kunden abgeschlossen sind, die durch den Agenten dem Geschäftsherrn zugeführt wurden, steht im Zweifel dem Agenten keine Provision zu.

2. **RG.** LeipzZ. **11** 937, 938. Der Geschäftsherr kann die Auslegungsregel des § 89 nicht nur durch den Beweis einer entgegenstehenden ausdrücklichen Vereinbarung entkräften, sondern auch durch Darlegung von Umständen, aus denen sich ein anderer Wille der Vertragschließenden ergibt.

§ 91. R. **11** Nr. 621 (Stuttgart). Das Recht des Agenten auf Erteilung eines Buchauszugs schließt nicht zugleich das Recht auf Vorlegung von Belegen zu den zu erteilenden Auszügen aus, ebensowenig das Recht auf Vorlegung der Bücher zum Zwecke der Prüfung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Auszüge in sich.

§ 92. I. Allgemeines. 1. **RG.** JW. **12** 73 f. Nr. 12, LeipzZ. **11** 388, 389, RheinA. **108** 353, 354. Schadensersatzanspruch des Agenten wegen vorzeitiger durch den Geschäftsherrn verschuldeter Aufhebung des Agenturverhältnisses ist gemäß § 628 BGB. gerechtfertigt. Diese Bestimmung, die grundsätzlich auf alle Dienstverhältnisse Anwendung findet, ist demgemäß auch — in Ermangelung entgegenstehender Sondervorschriften — auf das Agenturverhältnis anwendbar und schließt die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen der §§ 325, 326 BGB. aus.

2. **RG.** JW. **12** 73, 74 Nr. 12. Die für den Handlungsagenten geltende Vorschrift findet analog auf den Kommissionsagenten Anwendung, d. h. auf den, der von einer Firma damit betraut ist, deren Fabrikate im eigenen Namen für Rechnung der Firma gegen Provision zu verkaufen (**RG.** I. **69** 364). Dahingestellt sein lassen hat es der III. Sen. in der Entsch. vom 10. November 1911.

3. **RG.** HansGZ. **11** Hptbl. 56, LeipzZ. **11** 224 f. Auf langjährige Warenabnahmeverträge mit Alleinverkaufsrecht findet § 92 HGB. entsprechende Anwendung (vgl. auch **RG. 65** 37, II. 112. 07).

II. Wichtiger Grund. 1. R. **11** Nr. 221 (Colmar). Durch Eintritt einer Veränderung in den seit dem Abschlusse des Agenturvertrags eingetretenen Verhältnissen wird der Geschäftsherr im allgemeinen nicht zum Rücktritte vom Vertrage berechtigt. Dagegen dann, wenn der Geschäftsherr durch die Veränderungen gezwungen ist, seinen Betrieb einzuschränken oder eine Fabrikation einzustellen, oder, wenn bei weiterer Eingehung von Geschäften die Erfüllung der hieraus erwachsenden Verpflichtungen sowohl dem Dritten als dem Agenten gegenüber zur Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Geschäftsherrn führen würde.

2. Noch weitergehend **RG.** JW. **11** 158 Nr. 21, HansGZ. **11** Hptbl. 56, LeipzZ. **11** 225. Die Unmöglichkeit lohnenden Fortbetriebs stellt sich als wichtiger Auflösungsgrund im Sinne des § 92 HGB. dar (schon für das alte HGB. **RG. 31** 61, für das neue u. a. LeipzZ. **09** 551).

3. **RG.** LeipzZ. **11** 925. Die Klägerin hat nicht nur als Kaufmann allgemein die sittliche Pflicht, ihre Geschäfte ehrenhaft, redlich und nach den Grundsätzen eines ehrbaren Kaufmanns zu führen; sie hat diese Pflicht auch gegenüber ihrem Agenten als stillschweigend begründete Vertragspflicht. Dagegen verstößt sie mit der Hergabe von Schmiergeldern.

III. Schadensersatzanspruch. S. hierzu I.

Achter Abschnitt. Handelsmäkler.

Literatur: Kurt Jacusiel, Das Recht der Mäkler. 2. Aufl. Berlin 1910. Hayns Erben. — Toebelmann, Beiträge zur Geschichte des Mäklerrechts nach süddeutschen Rechtsquellen, GoldschmidtsZ. **70** 133 ff.

§ 93. Begriff. 1. **RG. 76** 250—253, JW. **11** 661 Nr. 41. Wer gewerbsmäßig Bankkredite für hypothekarische Darlehen auf Grundstücke vermittelt, ist Handelsmäkler, denn die Gewährung eines Bankkredits gehört zu den Bankiergeschäften, die nach § 1 Abs. 2 Nr. 4 HGB. zu den Gegenständen des Handelsgewerbes, also auch des Handelsverkehrs gehören.

2. **RG.** R. **11** Nr. 1924 (Hamburg). Der Mäkler hat regelmäßig keine Erkundigungspflicht hinsichtlich der Kreditwürdigkeit der Parteien. (S. BGB. § 652 III 1.)

3. OLG. **23** 49 (Marienwerder). Der Mäkler vertritt nicht schon dann ein dem Interesse seines Auftraggebers entgegengesetztes Interesse, wenn er ihm zuredet, von seiner ursprünglichen Forderung etwas nachzulassen, mag er dabei auch gleichzeitig für den anderen Teil tätig gewesen sein (vgl. GruchotsBeitr. **52** 992).

4. OLG. **22** 320 f. (Hamburg). Hat der Mäkler durch Verletzung der Pflichten aus dem Mäklervertrage (fahrlässig oder auch arglistig) den Auftraggeber zum Abschlusse des Vertrags bestimmt und ist dieser vom Vertrage zurückgetreten, so haftet er zwar auf das negative Vertragsinteresse, nicht aber auf das Erfüllungsinteresse.

5. Dagegen OLG. **22** 321 f. (Hamburg). Hat ein Mäkler seine Vertragspflicht durch fahrlässige Erteilung einer unrichtigen Auskunft verletzt, ist aber der Kauf infolge der Vermittelung abgeschlossen, so steht dem Auftraggeber ein Schadensersatzanspruch gegen den Mäkler zu, aber dessen Lohnforderung besteht an sich zu Recht. (S. BGB. § 652 IV 2.)

6. **RG. 76** 250—253, JW. **11** 661 Nr. 41. Wer durch einen Mäklervertrag eine Geschäftsvermittelung und sodann von einem als Gegenkontrahenten in Aussicht Genommenen einen Auftrag zu vorgängiger Erkundigung übernommen hat, haftet dem letzteren als Beauftragter.

§ 99. I. Allgemeines. 1. **RG.** LeipzZ. **11** 230, 231 Nr. 7. Auch für bereits geleistete Dienste kann gültig eine Mäklerprovision versprochen werden. Schenkungsversprechen liegt nicht vor, selbst wenn der Beklagte wußte, zur Zahlung einer Mäklerprovision nicht verpflichtet zu sein.

2. OLG. **22** 324 (München). Wenn eine gemeinschaftliche Vermittelung des Grundstücksverkaufs nicht vorliegt, so besteht keine Verpflichtung zur Teilung des Mäklerlohns. Eine dahingehende Übung in Unterhändlerkreisen bindet den Beklagten nicht, wenn er kein gewerbsmäßiger Unterhändler ist.

3. OLG. **22** 323 (Hamburg). In der Bemerkung des Auftragsgebers „auf einen Blauen komme es ihm nicht an" liegt nicht die Vereinbarung einer Provision von 100 M., sondern nur die Inaussichtstellung einer kulanten Belohnung; sie ist nicht geeignet, den Anspruch auf übliche Provision auszuschließen, wenn ein solcher bei fehlender Vereinbarung sonst anzuerkennen ist. (S. BGB. § 653 Ziff. 3.)

4. OLG. **23** 49 f. (Braunschweig). Entspr. („er könne sich ein paar Hundert Mark verdienen"). (S. BGB. § 653 Ziff. 4.)

5. OLG. **22** 323 (Hamburg). Wer gelegentliche Vermittlertätigkeit ausübt, kann nicht die Kourtagesätze der Berufsmäkler beanspruchen, sondern muß sich üblicherweise seine Vergütung bemessen lassen nach dem Aufwande an Arbeit und Zeit sowie nach dem Vorteile, der dem Auftraggeber erwachsen ist.

II. Wann ist die Provision verdient? 1. OLG. **22** 317 (KG. VII.). Bei Grundstücksverkäufen ist eine gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich, damit der Mäklerlohn erwächst.

2. Ferner OLG. **22** 320 (Marienwerder). Die Zusage „die Provision ist zahlbar am Tage der Auflassung“ ist dahin aufzufassen, daß der Mäklerlohn nicht schon mit Abschluß des vom Kläger vermittelten Kaufgeschäfts, sondern mit der Auflassung des verkauften Grundstücks verdient sein sollte. (S. BGB. § 652 V 6 a.)

3. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 946—948. Dem Vermittler eines Vertrags, durch den der eine Teil zur Entnahme seines Bedarfes an Weinen für sein Restaurant von dem anderen Teile auf eine gewisse Zeit verpflichtet wird, entstehen Provisionsansprüche erst durch spätere Weinabschlüsse auf Grund dieses Vertrags. S. unter § 88 Abs. 1 u. zu BGB. § 652 V 5.

4. OLG. **22** 317 f. (KG.). Ist in dem Scheine Lohn für den Fall versprochen, daß der Mäkler den Kauf innerhalb bestimmter Frist vermittelt, so hat diese Bestimmung — mangels anderweiter Vereinbarung — eben den Sinn, daß der Auftraggeber vor Ablauf der Frist nicht kündigen darf, dagegen ist es ihm unbenommen, selbst anderweit zu verkaufen, wenn er einen höheren Preis erzielen kann. Lautet jedoch die Vereinbarung, daß das Grundstück dem Kläger 14 Tage fest an die Hand gegeben wird, dann darf der Auftraggeber während der Frist das Geschäft weder selbst machen noch durch Vermittelung eines anderen Mäklers abschließen. Andernfalls hat er den Mäklerlohn namentlich dann zu zahlen, wenn der Mäkler schon wesentlich Bemühungen aufgewendet hat und seine Vermittlertätigkeit schon erfolgreich gewesen ist (unter Heranziehung von Judikatur und Literatur). (BGB. § 652 VI 5 c.)

5. Hingegen **RG. 76** 361—64. Wer einem Mäkler ein Geschäft auf bestimmte Frist „fest an die Hand gegeben“ oder sonst seines Widerrufs sich begeben hat, ist nicht schlechthin zur Zahlung des Mäklerlohns verpflichtet, wenn er das Geschäft ohne Vermittelung des Mäklers abschließt (unter Mitteilung der Literatur und Judikatur). Der Bruch der Vereinbarung hat nur zur Folge, daß der Auftraggeber dem Mäkler schadensersatzpflichtig wird und ihm insbesondere den Betrag zu zahlen hat, welcher dem Mäkler gebühren würde, wenn er durch seine Vermittelung den Abschluß eines Geschäfts der ihm aufgetragenen Art herbeigeführt hätte. Der Mäkler aber ist beweispflichtig. Seiner Beweispflicht genügt er, wenn er nachweist, daß er innerhalb der ihm gesetzten Frist einen zum Ankauf unter sachgemäßen Bedingungen bereiten und fähigen Käufer gestellt haben würde. Sache des Gegenbeweises wäre es dann, nachzuweisen, daß der Auftraggeber gleichwohl mit diesem Käufer bei verständiger Würdigung nicht abgeschlossen hätte (BGB. § 652 VI 5 a).

6. Ebenso **RG.** 21. 6. 11, GruchotsBeitr. **56** 117—121, LeipzZ. **11** 938—941 (hier datiert vom 20. Juni 1911). (S. BGB. § 652 zu VI 5 b.)

7. OLG. **22** 319 f. (Hamburg). Auch wenn der Auftraggeber auf Abschluß des Geschäfts mit dem vom Mäkler zugeführten Kontrahenten verzichtet, entsteht dem Mäkler — von besonderen Umständen abgesehen — kein Anspruch auf Provision.

III. Kausalzusammenhang. 1. PosMSchr. **11** 33, 34 (Marienwerder). Was unter „Vermittelung“ zu verstehen ist, richtet sich nach den jeweiligen Umständen. Hier ist nach § 157 BGB. anzunehmen, daß jede Tätigkeit genügen sollte, durch die mittelbar oder unmittelbar der Entschluß des Käufers, das Gut zu erwerben, wenn auch nur in geringem Umfange, zugunsten des Auftraggebers ursächlich beeinflußt worden ist.

2. PosMSchr. **11** 34 (Marienwerder). Das gleiche gilt für das „Besorgen eines Käufers“. Es wird in der Regel als eine Unterart der im § 652 BGB. erwähnten Vermittelung zu betrachten sein, bei der an die zu entwickelnde vermittelnde Tätigkeit des Mäklers jedoch geringere Anforderungen gestellt werden. Es reicht aus, wenn der Mäkler den Reflektanten auf das Grundstück aufmerksam gemacht, es ihm empfohlen und ihn zum Verkäufer geführt hat (BGB. § 652 V).

3. **RG.** LeipzZ. **11** 938. Für den Lohnanspruch des Mäklers genügt es grundsätzlich nicht, daß durch ihn ein Geschäft zustande kam, das den gleichen wirt-

schaftlichen Zweck erfüllt, wie das ihm aufgetragene. Die wirtschaftliche Bedeutung des Verkaufes für den Verkäufer erschöpft sich nicht in dem erzielten Gewinne, sondern liegt wesentlich auch in der Entäußerung und der Erlangung des dafür bedungenen vollen Preises (s. auch § 652 BGB. zu V 3 b).

4. Ferner PosMSchr. **11** 68 (Königsberg). Der mit der Vermittelung eines Grundstücks verkaufs beauftragte Mäkler kann für das Zustandebringen eines Parzellierungsauftrags Provision nur dann beanspruchen, wenn die Parzellierungsunternehmer sich für den Fall, daß sie die Käufer nicht innerhalb der vereinbarten Frist beschafften, zur Abnahme des Grundstücks verpflichteten. Denn nur dann kann angenommen werden, daß das Geschäft zustandegekommen ist, das wirtschaftlich denselben Zwecken diente, wie das dem Mäkler aufgegebene Geschäft.

5. OLG. **23** 49 (KG. XIV.). Wenn die Beklagte den Mäkler durch Hervorhebung von Bedenken davon abgehalten hat, ihn auf den Laden als Mietobjekt weiter aufmerksam zu machen, und hinterher — nach Aufgabe jenes Bedenkens — denselben Laden durch Vermittelung eines anderen Mäklers mietet, so liegt hierin ein arglistiges Verhalten der Beklagten, durch das sie offenbar die dem Kläger versprochene Vergütung ersparen wollte, da der andere Mäkler nur vom Hauswirt, nicht vom Mieter Provision erhält; sie hat die Provision dem ersten Mäkler zu zahlen.

IV. Vermittelung anfechtbarer oder nichtiger Geschäfte. 1. **RG. 76** 354—356. Ein Anspruch auf Mäklerlohn besteht nicht, wenn der vermittelte Vertrag durch arglistige Täuschung seitens des Auftraggebers zustandegekommen und deshalb mit Erfolg angefochten ist (BGB. § 652 V 8).

2. HansGZ. **11** Beibl. 256 (Hamburg). Der Mäkler, der das Geschäft durch Täuschung seines Auftraggebers vermittelt, verliert den Provisionsanspruch auch dann gegen diesen, wenn dieser nicht geschädigt worden ist (BGB. § 652 V 9).

3. OLG. **22** 134—136 (KG. VII.), bestätigt vom **RG.** GruchotsBeitr. **56** 121 bis 123 Nr. 7. Aus der Vermittelung von Versicherungsverträgen für nicht konzessionierte Gesellschaften, die gegen § 108 RGes. vom 12. Mai 1901 und damit gegen ein Verbotsgesetz verstößt, entsteht kein Anspruch auf Mäklerprovision (BGB. § 652 II 1).

4. Dagegen OLG. **23** 51 (KG. VII.). Ist bei dem vermittelten Geschäfte das Rücktrittsrecht stillschweigend vereinbart und wird dieses nachträglich ausgeübt, so geht der Mäkler seines Lohnanspruchs nicht verlustig (BGB. § 652 V 7).

5. Ferner OLG. **22** 320 (KG. XIV.). Der Mäkler geht seines Provisionsanspruchs nicht verlustig, wenn in dem Kaufvertrag ein Rücktrittsrecht vorbehalten ist und hiervon Gebrauch gemacht wird, — also die auflösende Bedingung eintritt, von der das Bestehen des Kaufvertrags abhängig gemacht ist (vgl. auch **RG.** 23. 1. 00, I. 437 und 31. 5. 00, III. 110; BGB. § 652 V 6 b).

V. Widerruf. OLG. **22** 322, 323 (KG. XIV.). Durch grobe Verletzung der durch den Mäklervertrag begründeten Pflichten, wie das Anerbieten gegenüber dem Kauflustigen, das Grundstück selbst vom Auftraggeber zu kaufen und es dem Kauflustigen weiter zu verkaufen, bietet der Mäkler dem Auftraggeber berechtigten Grund, den Auftrag — trotz Bindung auf bestimmte Zeit — sofort zu widerrufen. S. ferner unter II und zu BGB. § 652 VI 4.

VI. Nichtigkeit des Provisionsversprechens. 1. OLG. **22** 318 f. (KG. XIV.). Die Bindung an einen Mäklerauftrag zur Beschaffung eines Darlehens bis 1. Oktober zur Bezahlung einer gekündigten Hypothekenschuld ist eine unbillige und dem Volksbewußtsein unverständliche Ausbeutung des Geldsuchenden und verstößt damit gegen die guten Sitten, zumal wenn diese Bindung durch formularmäßig vorgedruckte Ausbedingung zur Grundlage des Geschäftsverkehrs des Mäklers gemacht ist (BGB. § 652 VI 3).

2. OLG. **22** 140 (Stuttgart). Eine schrankenlose Bindung an einen Mäklerauftrag des Inhalts „würde ich die Vollmacht zurücknehmen oder obiges Anwesen selbst oder durch einen Dritten verkaufen, so habe ich an den (Kläger) die (als Mäklerlohn vereinbarte) Summe zu zahlen" verstößt gegen die guten Sitten (BGB. § 652 VI 1).

3. RheinA. **108** 308—310 (Cöln). Das Versprechen eines Mäklerlohns dafür, daß der andere Vertragsteil bei einer Submission ein höheres Angebot als der Versprechende macht, um diesem den Zuschlag zu verschaffen, ist nicht unsittlich, wenn dadurch der sachverständig beratene Besteller nicht zur Bewilligung eines unangemessenen Preises bestimmt wird (BGB. § 652 II 2).

4. **RG.** BauersZ. **19** 19 f. Das einem Vermittler gegebene Provisionsversprechen ist gültig trotz seiner Drohung, den damit im Zusammenhange stehenden Vertrag sonst hintertreiben zu wollen, wenn die Provision nicht zugleich eine Vergütung dafür sein sollte, daß der Vertrag nicht hintertrieben werde, sondern durch Vermittelung des für den Versprechenden günstigen Vertrags gerechtfertigt war. S. auch unter I.

Zweites Buch. Handelsgesellschaft und stille Gesellschaft.

Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft.

Erster Titel. Errichtung der Gesellschaft.

§ 105. Begriff. 1. Aktiengesellschaft und Gesellschaft mbH. als Mitglieder einer oHG. Marcus, HoldheimsMSchr. **11** 215 vgl. GmbHG. § 13.

2. *Kattausch, Die Anteile der Miteigentümer und der Gesamthänder an der gemeinschaftlichen Sache (vgl. zu § 718 BGB. Ziff. I 2) 76 f. Eine oHG. kann bei einer anderen oHG. beteiligt sein. Dagegen **RG. 36** 139, Staub I 405 Anm. 22.

3. Erbengemeinschaft als oHG. Jung, BayNotZ. **12** 329. Vereinigen sich die sämtlichen Erben eines Einzelkaufmanns zu einer oHG. und gehört zum Geschäftsvermögen Grundbesitz, so können die Gesellschafter beantragen, diesen Grundbesitz auf die Firma der oHG. oder auf die Namen der einzelnen Gesellschafter, letzterenfalls mit dem Zusatz „in offener Handelsgesellschaft" (§ 48 GBO.) im Grundbuche zu umschreiben. Auflassung ist hierbei nicht erforderlich, nachdem eine Eigentumsänderung auf rechtsgeschäftlichem Wege nicht stattfindet; denn die Erben sind zugleich die Teilhaber der von ihnen gebildeten oHG., es findet also kein Personenwechsel statt, und die Erbengemeinschaft und das Vermögen der neugegründeten oHG. bilden eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, so daß auch in der Anteilsberechtigung der einzelnen Gesellschafter keine Änderung eintritt.

4. Umwandlung. Jung, BayNotZ. **12** 320. a) Bei Umwandlung einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes in eine oHG. tritt lediglich eine Veränderung des Namens der Gesellschaft ein, aber keine Neugründung; denn die oHG. bildet nur eine Abart der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes (§ 105 HGB.). In dem materiellen Eigentumsverhältnis an den Gesellschaftsgrundstücken tritt keine Änderung ein, es ist daher keine Auflassung erforderlich, sondern nur Grundbuchberichtigung dahin, daß die Gesellschaft nunmehr als oHG. in das Grundbuch einzutragen ist. b) Bei Umwandlung einer oHG. in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes tritt eine Rechtsänderung an dem Gesellschaftsvermögen nicht ein; nur die Firma hat in Wegfall zu kommen, weil das Recht zur Führung einer Firma bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes nicht möglich ist. Wegen Wegfalls der Firma ist Richtigstellung des Grundbuchs veranlaßt, indem die Gesellschaftsgrundstücke und sonstigen Grundbuchseinträge, wenn sie auf die Firma im Grundbuch eingetragen sind, auf die Privat-

namen der einzelnen Gesellschafter mit dem Zusatz „als Gesellschafter des bürgerlichen Rechtes" im Grundbuch einzutragen sind.

§ 106. Sitz. R. **11** 856, BauersZ. **18** 233 s. schon JDR. **9** § 106.

Zweiter Titel. Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander.

§ 114. Geschäftsführung. *Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung (s. Vorbem. zu §§ 90 ff. BGB.) 60. Das Verwaltungsrecht jedes Gesellschafters erstreckt sich auf das gesamte Kapital der Gesellschaft.

§ 118. Kontrollrecht der Gesellschafter. **RG.** R. **11** Nr. 3237. Konto- und Bilanzabschriften eines Gesellschafters bleiben auch nach der Geschäftsauflösung dessen Eigentum.

§ 120. Gewinn- und Verlustbeteiligung. *Fuchs aaO. (s. Vorbem. zu §§ 90 ff. BGB.). Der Kapitalanteil ist das Interessensubjektsrecht eines Gesellschafters an einem Teile des durch das Verwaltungsrecht eines jeden von ihnen geeinten Vermögenskomplexes. — Gegenüber der Verwaltungsmasse erscheinen diese Interessensubjektsrechte nur als Wertbelastungen des Vermögens, als forderungsähnliche Rechte (60 ff.).

Dritter Titel. Rechtsverhältnisse der Gesellschafter zu Dritten.

§ 124. Juristische Selbständigkeit der oHG. 1. *Kattausch aaO. 79. Die oHG. ist erbfähig. AA. Dernburg, Bürgerliches Recht V 25.

2. *Kattausch aaO. 78. Eine oHG. kann nicht als Vertreter handeln. AA. OLG. **4** 466.

3. Bendix, LeipzZ. **11** 200. Die rechtliche Stellung der früheren Gesellschafter einer aufgelösten oHG. im Konkurs einer Genossenschaft mbH., deren Mitglied die Gesellschaft war, vgl. § 105 GenG.

4. Stellung im Prozesse. a) *Kattausch aaO. 82—87. Die oHG. als solche ist formell und materiell Partei in ihren Prozessen, nicht die einzelnen Gesellschafter. b) Verpflichtung zur Bezeichnung der gesetzlichen Vertreter im Prozesse. Im Gegensatze zu Staub, HGB. § 124 Anm. 7, OLG. **1** 143 (Cöln), **3** 274 (Hamburg), RheinA. **30** 46 (Cöln), Selb, BadRpr. **03** 316, Pignol R. **8** 162, hält Struckberg, LeipzZ. **11** 130 f. in Übereinstimmung mit Düringer-Hachenburg, HGB. § 17 Anm. 14, Göppert, GoldschmidtsZ. **47** 267 u. 274, Gaupp-Stein, ZPO. § 50, SeuffA. **56** 297 (Hamburg) und unter Bezugnahme auf **RG.** R. **09** Nr. 330 die oHG. für verpflichtet, bei Klagen auf Verlangen des Gerichts die Inhaber anzugeben. Wenn die oHG. dieser Auflage nicht nachkommt, soll das Gericht befugt sein, den Erlaß des Urteils bis zur Erfüllung der Auflage abzulehnen.

5. Abs. 2. Zwangsvollstreckung. SächsOLG. **32** 52. Vollstreckungsklausel gegen die Gesellschafter aus einem Urteile gegen die Gesellschaft vgl. § 129 Ziff. 2.

§ 125. Vertretung. 1. Kenntnis eines der vertretungsberechtigten Gesellschafter (z. B. von der Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts) als Kenntnis der Gesellschaft (vgl. § 232 Ziff. 2).

2. Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretungsbefugnis. **RG.** **74** 228, BankA. **10** 123, JW. **11** 59, R. **11** Nr. 222. Im Gegensatze zu Staub § 125 Anm. 3 und in Übereinstimmung mit der in Rechtsprechung und Literatur herrschenden Ansicht erklärt das RG. den Ausschluß aller Gesellschafter von der Vertretungsbefugnis für zulässig mit der Wirkung, daß dann auf dem durch § 29 BGB. gebotenen Wege Abhilfe getroffen werden muß.

3. Abs. 3. Gesamtvertretung mit Prokuristen. Marcus,

HoldheimsMSchr. **11** 324. Die Anmeldung aus § 125 Abs. 3 setzt nicht die bereits erfolgte Bestellung einer Prokura voraus (vgl. § 238).

§ 126. Haftung der Gesellschaft für unerlaubte Handlungen der vertretungsberechtigten Gesellschafter. a) **RG.** BayRpflZ. **11** 338. Die oHG. kann auch von der Berufsgenossenschaft wegen einer Fahrlässigkeit im Sinne des § 136 GewUVG. für die Handlungen ihrer Vertreter in Anspruch genommen werden. b) R. **11** Nr. 2983 (Braunschweig). Die oHG. haftet für unerlaubte Handlungen des vertretungsberechtigten Gesellschafters nur, wenn sie in Ausführung einer ihm als solchem zustehenden Verrichtung, also in einem inneren Zusammenhange mit dem Geschäftsbetriebe begangen ist. Wenn der vertretungsberechtigte Geschäftsführer mit dem ihm von der Gesellschaft zur Verfügung gestellten Kraftfahrzeug eine Geschäftsfahrt macht und dabei die Pflicht zur Beaufsichtigung des Fahrers verletzt, dann haftet die Gesellschaft nicht, da die unerlaubte Handlung nur bei Gelegenheit der Geschäftsfahrt begangen wurde. c) **RG.** LeipzZ. **11** 771. Die Haftung der oHG. für unerlaubte Handlungen ihrer vertretungsberechtigten Gesellschafter ergibt sich aus dem Grundsatze des § 126. Aus der Haftung der oHG. ergibt sich nach dem Grundsatze des § 128, der alle Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Gesamtschuldner persönlich verpflichtet, weiter die Haftung der einzelnen Gesellschafter für die unerlaubten Handlungen eines vertretungsberechtigten Gesellschafters.

§ 128. Solidarhaft der Gesellschafter. 1. *Fuchs aaO. (s. Vorbem. zu § 90 BGB.) 61. Die Gesellschafter haften mit ihrem Kapitalanteil und daneben mit ihrem Privatvermögen, da in jedem von ihnen die Verwaltungs- und die Interessensubjektsqualität vereinigt ist. Die Haftungsarten sind Folgen der Verwaltungsorganisation.

2. **RG.** LeipzZ. **11** 454. Hat der Kläger das Geschäft in einer für den Gegner erkennbaren Weise mit der oHG. abschließen wollen und abgeschlossen, so ist die Tatsache, daß bei den Verhandlungen der Vertragsgegner sich als Alleininhaber der Firma ausgab, während er tatsächlich nur Teilhaber war, für den Anspruch des Klägers gegen die anderen Teilhaber belanglos.

3. Gesellschafter als Gläubiger der Gesellschaft. **RG. 77** 102, LeipzZ. **11** 925, R. **11** Nr. 3864. Während des Bestehens der Gesellschaft, wenn auch nur im Liquidationsstadium, kann der Gesellschafter, der darlehnsweise Betriebskapital für die Zwecke der Gesellschaft hergegeben hat und deshalb zugleich Gläubiger der Gesellschaft ist, als solcher von den anderen Gesellschaftern persönlich Zahlung nicht verlangen, muß sich vielmehr, von besonderen Abmachungen abgesehen, ausschließlich auf das Gesellschaftsvermögen verweisen lassen.

§ 129. 1. Haftung ausgeschiedener Gesellschafter. a) R. **11** Nr. 857 (Hamburg) s. schon JDR. **9** § 129 Ziff. 1. b) **RG. 76** 330. Während vor Erlaß des neuen HGB. der aus einer oHG. ausscheidende Gesellschafter für ein zur Zeit seines Ausscheidens bestehendes Guthaben eines Dritten aus einem Kontokurrentverhältnisse mit der Gesellschaft im Falle der Fortsetzung dieses Verhältnisses und der Anerkennung weiterer Saldoziehungen nicht mehr haftete (vgl. **RG. 18** 246), ist mit Rücksicht auf den nunmehrigen § 356 HGB. anzunehmen, daß der ausscheidende Gesellschafter für die zur Zeit seines Ausscheidens bestehende Saldoforderung weiter haftet, auch wenn spätere Saldoziehungen erfolgen und von der Gesellschaft anerkannt werden.

2. Abs. 4. Vollstreckungsklausel gegen die Gesellschafter aus einem Urteile gegen die oHG. SächsOLG. **32** 52. Im Gegensatze zu der Ansicht Staubs HGB. § 124 Anm. 23, daß im Falle der Auflösung einer oHG., die ohne Liquidation erfolgt ist, zu einem gegen die Gesellschaft er-

gangenen Urteile die Vollstreckungsklausel gegen die Gesellschafter erteilt werden könne, hält das OLG. in Übereinstimmung mit Gaupp, Petersen, Falkmann hier eine Rechtsnachfolge im Sinne des § 727 ZPO. nicht für gegeben. Wenn das RG. (OLG. **3** 145) die Erteilung einer Vollstreckungsklausel zu dem wider die Gesellschaft ergangenen Urteile gegen die Gesellschafter für gerechtfertigt gehalten hat, so hat das seinen Grund darin gehabt, daß im konkreten Falle sich die Gesellschaft bereits während des Rechtsstreits ohne Liquidation aufgelöst hatte, und daß der gegen die Gesellschaft begonnene Rechtsstreit mithin in einen Prozeß gegen die Gesellschafter selbst übergegangen war.

Vierter Titel. Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern.

1. Bendix, LeipzZ. **11** 200. Die rechtliche Stellung der früheren Gesellschafter einer aufgelösten oHG. im Konkurs einer Genossenschaft mbH., deren Mitglied die oHG. war, vgl. § 105 GenG.

2. Wirkung der Auflösung auf Rechte Dritter. **RG.** DJZ. **11** 153. Ist die oHG. laut Vertrags verpflichtet, einem Dritten wegen der Verdienste, die er sich bei Errichtung des Handelsgewerbes der oHG. und um das hierbei anzuwendende Verfahren erworben hat, einen Anteil des Reingewinns abzugeben, so ist eine Auflösung der oHG. auf diese Verpflichtung dann ohne Einfluß, wenn feststeht, daß es sich nicht um eine Beendigung des laufenden Geschäfts und die Aufhebung des Fabrikationsbetriebs, sondern um die Übertragung der Rechte und Pflichten aus den laufenden Verträgen sowie des Fabrikationsbetriebs auf den übernehmenden Gesellschafter handelt.

§ 131. Auflösung. **RG. 76** 313, LeipzZ. **11** 840. Durch den Tod des einen der beiden persönlich haftenden Gesellschafter wurde nach § 131 die oHG. aufgelöst. Wenn im Gesellschaftsvertrage bestimmt war, daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortgesetzt werden solle, so müssen auch diese Erben Teilhaber der oHG. geworden sein. Wurden sie dies nicht, so kann von einer Fortführung der alten Gesellschaft durch die Erben des zweiten persönlich haftenden Gesellschafters keine Rede sein; sie können nur eine neue Gesellschaft gegründet haben; denn beim Tode des zweiten Gesellschafters war die frühere Gesellschaft bereits erloschen.

§ 132. Anspruch des Ausscheidenden auf Rechnungslegung. SeuffA. **66** 448 vgl. § 730 BGB. Ziff. 1.

§ 135. Recht des Pfandgläubigers auf Vorlegung einer Gesellschaftsbilanz trotz Nichtigkeit der Gesellschaft. R. **11** Nr. 858 (KG.) vgl. JDR. **9** § 135.

§ 139. Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters. 1. *Kattausch aaO. 77. Jeder einzelne Erbe kann seine Rechte für sich geltend machen, auch aus der Gesellschaft ausscheiden (vgl. Staub Anm. 7 zu § 139).

2. *Hagemann, Der Eintritt eines Gesellschafters in die oHG. 120 f. Die „Einlage des Erblassers" des § 139 (schiefe Ausdrucksweise des Gesetzes) ist das Auseinandersetzungsguthaben des Erblassers im Augenblicke des Todes. Ist dieses aktiv, so gilt es als bereits geleistete Kommanditeinlage des Erben, sein Privatvermögen ist dem Zugriff entzogen. Ist es passiv, so ist es die noch zu leistende Einlage des Erben als Kommanditisten. In dieser Höhe steht sein Privatvermögen dem Zugriff offen. Anders die herrschende Meinung.

3. Abs. 3. *Hagemann aaO. Liquidiert die Gesellschaft innerhalb der Frist des Abs. 3, so haftet der Erbe für Verbindlichkeiten, die erst während der Liquidation entstehen, auch nur wie für sonstige Nachlaßverbindlichkeiten. AM. Staub § 139 Anm. 21.

§ 140. Ausschluß eines Gesellschafters während der Liquidation. **RG. 74** 62, SeuffA. **66** 285. Zwar wird auch die in Liquidation befindliche Gesellschaft als fortbestehend behandelt, aber nur insoweit, als dies für den Liquidationszweck erforderlich ist. Sie ist gleichwohl eine aufgelöste Gesellschaft und deshalb ein Ausschluß eines Gesellschafters nicht mehr möglich. AM. Flechtheim, JW. **11** 176; gegen Flechtheim wendet sich Hachenburg, JW. **11** 430; s. dagegen wieder Flechtheim, JW. **11** 479. Vgl. § 142.

§ 142. Geschäftsübernahme durch einen von nur zwei Gesellschaftern. 1. Ausdehnbarkeit des im § 738 BGB. ausgesprochenen Anwachsungsprinzips auf den Fall vereinbarten Ausscheidens. a) BayObLG. **12** 250, BauersZ. 18 231. Durch einen gerichtlichen Vergleich zwischen den beiden Gesellschaftern einer oHG., in welchem bestimmt ist, daß der eine Gesellschafter ausscheidet und daß das Geschäft mit allen Aktiven und Passiven ohne Liquidation gegen eine bestimmte Abfindungssumme auf den anderen Gesellschafter übergeht, ist ohne weiteres und ohne daß es einer Auflösung bedürfte, auf diesen das Eigentum an den Grundstücken übergegangen. Die Gebühren berechnen sich nach Artt. 252, 253 BayGebG. Ebenso BayObLG. **12** 291; vgl. **RG. 65** 227 (JDR. **6** § 142), **68** 410 (JDR. **7** § 142). b) *Kaufmann, Eigentum am Gesellschaftsvermögen 83 ff. Weder in den drei unmittelbaren Anwendungsfällen des Paragraphen, noch im Falle vereinbarten Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters wird Auflassung erfordert. Es tritt vielmehr (nicht auf Grund einer Spezialvorschrift, § 738 BGB.) sondern wegen des inneren Wesens gesamthändischer Mitberechtigung Anwachsung ein, vorausgesetzt natürlich, daß „die objektive Grundlage, das Geschäft fortdauert", d. h. daß es sich wirklich um ein Ausscheiden, nicht um eine verschleierte Liquidation handelt.

2. **RG.** JW. **11** 720, LeipzZ. **11** 695, SeuffA. **66** 285, BauersZ. **18** 232, R. **11** Nr. 3124. Während der Liquidation einer oHG. ist es nicht mehr zulässig, daß ein Gesellschafter gemäß § 142 HGB. die Übertragung des Geschäfts mit Aktiven und Passiven verlangt. Vgl. **RG. 74** 62 und Könige, LeipzZ. **11** 690.

Fünfter Titel. Liquidation der Gesellschaft.

§ 157. Löschung der Firma. RJA. **11** 42, HoldheimsMSchr. **11** 29, R. **11** Nr. 862 (KG.). Die Löschung der Firma durch den Registerrichter kann nicht erfolgen wegen Aufgabe des Geschäfts, wegen dauernden Nichtgebrauchs der Firma, auch nicht weil der Betrieb der Handelsgesellschaft auf den Umfang eines Kleingewerbes herabgesunken ist (vgl. ZAktWes. **11** 60).

Sechster Titel. Verjährung.

§ 159. Verjährung der im Konkurse festgestellten Gesellschaftsschulden. **RG.** (VerSen). **74** 63 (vgl. JDR. **9** § 159), JW. **11** 106. Ebenso SächsOLG. **32** 364.

Anhang: Stempel, Steuern und Gebühren.

1. **RG. 74** 6. Berechnung der Stempelgebühren nach preußischem Rechte, wenn die beiden Inhaber einer oHG. diese in eine GmbH. „umwandeln" und dabei zur Deckung ihrer Einlagen in die neue Gesellschaft ihre „Geschäftsanteile" an der oHG. einbringen.

2. BayObLG. **10** 149. Die oHG. ist vom Standpunkte des BayGebG. als eine von den Personen der Gesellschafter verschiedene Rechtspersönlichkeit anzusehen. Für Verträge, durch welche die unter sich verwandten Gesellschafter an die von ihnen gebildete Gesellschaft das Eigentum an Grundstücken übertragen, sind nicht die Gebühren zu berechnen, die für Verträge unter Verwandten zu berechnen sind (vgl. BayObLG. **10** 320).

3. BayObLG. **10** 415. Zu § 139 HGB. Die Annahme des Antrags des Erben eines Gesellschafters einer oHG., ihm die Stellung eines Kommanditisten einzuräumen, durch die anderen Gesellschafter hat die Umwandlung der oHG. in eine KommG. zur Folge und enthält eine Abänderung des bisherigen Gesellschaftsvertrags, die mit der Gebühr des Art. 60 Abs. 3 BayGebG. zu bewerten ist.

4. a) BayObLG. **10** 235. Gebührenbewertung einer Notariatsurkunde, in welcher der eine von den zwei Gesellschaftern einer oHG. gegen Abfindung des anderen Gesellschafters mit einem bestimmten Geldbetrage das „ganze Unternehmen der bisherigen Gesellschaft mit Aktiven und Passiven als Einzelkaufmann" mit dem Rechte zur Fortführung der Firma übernimmt (vgl. BayObLG. **11** 405, **12** 250 u. oben § 142). **b**) BayObLG. **12** 271. Wenn nach dem Tode des einen der zwei Gesellschafter einer oHG. der überlebende gegen Abfindung der Erben des Verstorbenen das ganze Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt, ist für die Gesellschaftsgrundstücke die Gebühr des Art. 253 GebG. zu zahlen. **c**) SchlHolstAnz. **11** 30 (KG.). Verstempelung eines Vertrags zwischen den Erben des verstorbenen Gesellschafters und dem anderen Gesellschafter einer oHG., durch den die Aktiven und Passiven der Gesellschaft auf den bisherigen Gesellschafter als Alleinberechtigten übergehen (Tarifst. 25 d Abs. 2 u. 3 StempStG. vom 31. Juni 1895). **d**) R. **11** Nr. 383 (BayObLG.). Besitzveränderungsgebühr bei Übernahme des Geschäfts einer oHG. durch den überlebenden Gesellschafter. Erhebung des Gebührenäquivalents (Art. 258 GebG.). Vgl. R. **11** Nr. 496 (BayObLG.).

5. BayObLG. **11** 538. Die Gebühr für die Eintragung in das Handelsregister, daß ein bisher von einem Einzelkaufmanne betriebenes Geschäft nunmehr von ihm mit einem anderen in oHG. betrieben wird, ist nach dem Jahresbetrage der Gewerbesteuer, mit der die Gesellschaft angelegt ist, zu berechnen.

6. BayObLG. **12** 271. Ist vor Ablauf der Frist des Art. 258 BayGebG. die Gesellschaft durch den Tod des einen der beiden Gesellschafter aufgelöst worden, so kann, wenn der überlebende Gesellschafter nach dem Ablaufe der Frist gegen Abfindung der Erben das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven übernommen hat, nicht mehr die Gebühr aus Art. 258 erhoben werden.

7. **RG.** JW. **11** 728 (preuß. Recht). Berechnung des Stempels bei Auseinandersetzung einer aus zwei Personen bestehenden oHG., zu deren Vermögen Grundstücke gehören.

8. Entsch. d. SächsFinMin., SächsRpflA. **11** 68. Umwandlung einer oHG. in eine stille Gesellschaft. Berechnung des Wertes der Gegenleistung für die Einlage.

Zweiter Abschnitt. Kommanditgesellschaft.

Vorbemerkung: Über den Gegensatz von Gesellschaft und partiarischer Beteiligung Silberschmidt, Das Sondergeschäft im Hansagebiet, GoldschmidtsZ. **68** 405, **69** 1.

§ 161. Einlage des Kommanditisten. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 147. Wesentliche Bestandteile eines im Eigentume des Kommanditisten bleibenden Fabrikgrundstücks können nicht als eingebrachte Sacheinlage gelten.

§ 170. Vertretungsmacht des Kommanditisten. ÖstZBl. **11** 696 (Wien). Bei einer KommG., bestehend aus einem persönlich haftenden Gesellschafter und einem Kommanditisten, kann eine Kollektivvertretung durch jenen und diesen als Prokuristen nicht vereinbart werden (östr. R.).

§ 171. Umfang der Haftung des Kommanditisten. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 147, BauersZ. **18** 233. Die den Gesellschaftsgläubigern gegenüber bestehende Haftung des Kommanditisten für den nicht geleisteten Teil der Einlage wird ihrer Höhe nach lediglich durch den wahren Wert der geleisteten Sach-

einlage bestimmt, nicht durch deren hiervon abweichenden von den Gesellschaftern festgesetzten Einlegungspreis.

§ 177. Firmenlöschung. RJA. 11 42, HoldheimsMSchr. 11 29, R. 11 Nr. 862 (KG.). Die Gesellschaft gilt bis zur gänzlichen Abwickelung der Geschäfte und Aufteilung des gemeinschaftlichen Vermögens als fortbestehend und behält bis zur Lösung sämtlicher gesellschaftlicher Rechtsbeziehungen ihre bisherige Firma. Erst nach Abwickelung sämtlicher Geschäfte ist das Erlöschen der Firma zum Handelsregister anzumelden (§§ 157, 161 HGB.). Daraus folgt, daß im Ordnungsstrafverfahren die Löschung der Firma, solange noch unverteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, nicht erfolgen kann, auch wenn sie nach allgemeinen Grundsätzen, z. B. wegen Aufgabe des Geschäfts, wegen dauernden Herabsinkens des Betriebs auf den Umfang des Kleingewerbes, wegen dauernden Nichtgebrauchs als erloschen nach § 31 HGB. angesehen werden müßte.

Anhang: Stempelrecht. Entsch. d. SächsFinMin., SächsRpflA. 11 67. Stempelsteuerberechnung bei Errichtung einer KommG., pactum de mutuo dando und Versprechen einer Gehaltszahlung an die persönlich haftenden Gesellschafter.

Dritter Abschnitt. Aktiengesellschaften.

Allgemeine Bemerkungen.

1. Statistisches über die AG. s. Moll, LeipzZ. **11** 42 und ZAktWes. **11** 45.
2. Die Nationalität der AG. Fuld, ZAktWes. **11** 89, erörtert, daß nicht nur physische, sondern auch juristische Personen eine Staatsangehörigkeit besitzen. Dabei ist für die Frage, welchem Staate eine AG. angehört, nicht unbedingt der in dem Statut als Sitz der Gesellschaft angegebene Ort maßgebend. Die Angabe im Statute hat allerdings die Vermutung der Richtigkeit für sich. Wenn aber der Richter Anlaß zu der Annahme hat, daß diese Angabe eine fingierte ist, dann muß er den wirklichen Sachverhalt aufklären und die Angaben im Statute binden ihn insoweit nicht. Die Frage der Staatsangehörigkeit ist nicht nur wichtig für die ganze nach dem Personalstatut zu beurteilende Verfassung der AG. (Nominalbetrag der Aktien, Steuerverhältnisse, Rechte und Pflichten der Aktionäre), sondern auch für den Rechtsschutz der AG. nach Maßgabe der internationalen Verträge. Wäre die Staatsangehörigkeit nur eine Eigenschaft der Menschen, so könnten sich die AG. auf diese Verträge (z. B. die Pariser Union) nicht berufen. — Zur gleichen Frage stellt Schwandt, JW. **11** 932, die Sätze auf, daß erstens die Gründer einer AG. volle Freiheit haben in der Wahl des Rechtes, nach dem sie die Gründung vornehmen wollen und daß insbesondere jedes einzelne nationale Recht selbständig darüber zu befinden hat, ob der Verwaltungssitz im Inland errichtet werden muß (vgl. § 201).
3. ZAktWes. **11** 91. Kolonialkleinaktien.
4. HoldheimsMSchr. **11** 215. AG. als Mitglied von Handelsgesellschaften nicht korporativen Charakters (vgl. § 13 GmbHG.).

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 179. Genußscheine. **RG.** LeipzZ. **11** 771. Die Rechte der Inhaber von Genußscheinen können, soweit diese nicht gesellschaftliche Rechte, sondern Gläubigerrechte festsetzen, nicht durch spätere Beschlüsse der Generalversammlung der Aktionäre geschmälert werden. Aus der Tatsache, daß die Genußscheine zunächst nur an Aktionäre gegen Zuzahlung auf die Aktien ausgegeben sind, darf nicht gefolgert werden, daß die Inhaber sich eine Änderung solcher verbrieften Rechte durch die Organe der AG. gefallen zu lassen brauchen.

§ 182. Gründung. I. Begriffliches. *Haußmann, Gründung der AG. Die aus der Konstruktion der AG. als Gesamtperson im Sinne der Ge-

nossenschaftstheorie gezogenen praktischen Folgerungen sind unzulässig (vgl. 9 ff.). Die AG. ist keine Gesamtperson, sondern ein subjektivierter Personenverband (§§ 24 bis 26). Grundlage ihrer Entstehung sind der Zeichnungs- und Übernahmevertrag, die auf die Rechtsbedingung der Eintragung gestellt sind (§§ 27—29). Im Gründungsgange ist kraft Gesetzes ein Personenverband wirksam, der nach positiver Vorschrift nicht in den Vermögensverkehr eintreten kann (§ 31).

II. Die oHG. als Mitgründerin einer AG. Kreß, LeipzZ. **11** 346. Die oHG. kann sich kraft des ihr innewohnenden Einheitswillens an der Gründung einer AG. beteiligen. Gründerin im Sinne des Gesetzes ist in einem solchen Falle die Gesellschaft, nicht sind Gründer die einzelnen Gesellschafter; daher gilt die Gesellschaft immer nur als eine Person, mag sie auch durch mehrere physische Personen vertreten werden.

III. Die einzelnen Gesellschafter einer oHG. als Mitgründer einer AG. *Kreß, Können neben einer oHG. ihre einzelnen Gesellschafter als Gründer einer AG. auftreten? LeipzZ. **11** 346 ff., 422 ff. Die Frage ist aus folgenden Gründen bejaht: Der selbständigen Beteiligung aller Gesellschaften neben der oHG. als solcher steht 1. das Erfordernis der Fünfzahl (§ 182 HGB.) nicht entgegen, weil fünf getrennte einzelne Gründerpersonen nicht gefordert sind, der vertretungsberechtigte Gesellschafter vielmehr in der Doppelrolle: als Vertreter der Gesellschaft und als Privatmann auftreten kann und dann zwei der fünf Gründer darstellt. 2. Die selbständige Beteiligung der Gesellschafter steht auch nicht in Widerspruch mit der Rechtsstellung, welche die Gesellschafter der Gesellschaft gegenüber einnehmen, weil die in der Gesellschaft verkörperte Gemeinschaftssphäre der zur Kollektiveinheit vereinigten Gesellschafter der Sonderrechtssphäre der einzelnen Gesellschafter zwar nicht als ein neues, aber immerhin als ein selbständiges Rechtssubjekt gegenübertritt. 3. Im Falle der Beteiligung der Gesellschafter neben der Gesellschaft findet auch kein Selbstkontrahieren im Sinne des § 181 BGB. statt, weil das Gründungsgeschäft als Ganzes und in seinen Teilen sich im Wege einseitiger durch Vereinbarung unter den Gründern nicht beeinflußter konstitutiver Rechtsgestaltung vollzieht. Rechtliche Bedenken sonstiger Art kommen nicht in Betracht, sind auch in der Lehre und Rechtsprechung nicht geltend gemacht.

IV. Formmangel des Gründungsvertrags. *Ebbecke, R. **11** 646. Der Mangel der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrags hat die Nichtigkeit des Vertrags nicht zur Folge, sobald die AG. durch Eintragung in das Handelsregister zur rechtlichen Entstehung gelangt ist. Es liegt insofern eine Heilung des Formmangels durch nachträgliche Erfüllung vor (vgl. § 309).

V. Änderung der Dauer der Gesellschaft. R. **11** Nr. 226 vgl. § 274.

VI. Rechtsgeschäfte vor Gründung (vgl. § 200). *Haußmann, Gründung der AG. Im Gründungsgange können (außer den gesetzlich vorgeschriebenen Gründungshandlungen) nur die im § 186 HGB. bezeichneten Geschäfte mit Wirksamkeit für die AG. vorgenommen werden. Für alle übrigen Geschäfte haften die Handelnden persönlich, auch wenn die AG. zur Entstehung gelangt. Konkurs oder Liquidation der „werdenden" AG. ist ausgeschlossen (41—46).

§ 185. Vorzugsaktien. Wulff, LeipzZ. **11** 835, bespricht den Fall, daß eine Sanierung der AG. notwendig wird infolge der durch das Verschulden der Gesellschaftsorgane herbeigeführten Geldbedürftigkeit und Illiquidität der Gesellschaft. Hier können sich Komplikationen ergeben, wenn die Geltendmachung der Regreßansprüche gegen die Gesellschaftsorgane nicht von der Mehrheit, sondern nach §§ 268 ff. durch die Minderheit durchgesetzt wurde. Wenn hier die Herausgabe neuer Aktien mit Vorrechten durch die Mehrheit gegen die Minderheit, die für die Geltend-

machung der Regreßansprüche eingetreten ist, beschlossen wird, so ist der Bestand der Aktiven der Gesellschaft, an denen die Inhaber der neu geschaffenen Aktien beteiligt sind, tatsächlich häufig ein ganz anderer, als er sich nach der Bilanz und dem Mehrheitsbeschlusse darstellt. Die Minderheit wird außerordentlich geschädigt, wenn die Inhaber der neu geschaffenen Vorzugsaktien an dem Ergebnis eines günstigen Regreßprozesses teilnehmen.

§ 186. Geldgründung oder Sachübernahme? ZAktWes. **11** 93. 1. Um die für Gründung mit Sacheinlagen vorgeschriebenen Bestimmungen der §§ 186—192 zu umgehen, kommt es vor, daß bei Umwandlung eines industriellen Unternehmens in eine AG. erst von den Gründern eine reine Geldgründung gemacht und nachträglich von der bereits eingetragenen Gesellschaft das Objekt gekauft wird. Diese Form der Geldgründung bei geplanter Sachübernahme ist unzulässig. Das Gericht kann die unterlassene Einreichung des Revisionsberichts (§ 192) über den Gründungshergang zum Handelsregister nachträglich trotz der bereits erfolgten Eintragung von allen Gründern, Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern unter Androhung von Ordnungsstrafen verlangen. Das Unterlassen der Einreichung kann Nichtigkeit der AG. zur Folge haben.

§ 189. Zeichnung. 1. Beteiligung von Strohmännern. **RG.** (Straff.) **43** 407, BauersZ. **18** 97. Die Rechtswirksamkeit der Gründung wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß Gründer oder Aktienzeichner nur vorgeschobene Personen, sog. Strohmänner sind, daß mit anderen Worten unter den am Gesellschaftsvertrage Beteiligten Einverständnis darüber besteht, die Gründer sollten in Wirklichkeit Aktien überhaupt nicht oder nicht nach Maßgabe des notariellen Gründungsvertrags übernehmen oder aus der Zeichnung nicht verhaftet seien. Die Gesellschaft selbst gelangt trotz der gemachten Vorbehalte nach Maßgabe des beim Registergericht eingereichten und eingetragenen notariellen Vertrags zu rechtlichem Dasein; die geheimen Vorbehalte sind der Gesellschaft gegenüber rechtlich bedeutungslos. — Das vorstehende Urteil setzt sich in Widerspruch mit dem vom **RG. 54** 418 für die GmbH. vertretenen Standpunkte, daß die Gesellschaft beim Fehlen eines formgültigen Vertrags trotz Eintragung nichtig sei. Vgl. hierzu Smoschewer, JW. **11** 315.

2. *Haußmann, Gründung der AG. Eine Beschränkung der Anfechtbarkeit der Zeichnungserklärung kann nicht aus Gründen allgemeiner Art hergeleitet werden. Sie ergibt sich aber aus § 189 Abs. 5 HGB. (26 ff.).

3. **RG.** LeipzZ. **11** 622 (vgl. § 15 GenG. Ziff. 3). Umfang des Schadensersatzanspruchs bei einer durch Betrug des Vorstandes bewirkten Aktienzeichnung. Vgl. auch § 232 HGB.

§ 191. Der Gründerbericht. Fuld, ZAktWes. **11** 48. Grund der Vorschrift des § 191 ist, daß bei den sog. qualifizierten Gründungen die Gefahr einer Überbewertung der eingebrachten Vermögenswerte und damit die Gefahr einer unsoliden Basis der AG. und einer Täuschung der künftigen Aktionäre gegeben ist. Im einzelnen stellt Fuld folgende Sätze auf: a) Die Pflicht, im Falle des Überganges eines Unternehmens die Betriebserträgnisse aus den letzten beiden Jahren anzugeben, ist nicht nur dann gegeben, wenn ein Unternehmen als Ganzes übergeht, sondern auch für den Fall, daß von einem Unternehmen einzelne Teile abgezweigt und diese auf die AG. übertragen werden. So auch OLG. Jena, R. **01** Nr. 1557. b) Die Gründer haben die Pflicht, die Momente anzugeben, die für die von ihnen angenommene Bewertung maßgebend sind; sind ihnen diese Umstände nicht bekannt, so haben sie dieselben zu ermitteln; eine Unterlassung macht sie verantwortlich. c) Begriff der „vorausgegangenen Geschäfte" (Abs. 2). Anzugeben sind die Rechtsgeschäfte, die zustande gekommen sind mit der Absicht, daß der betreffende Gegenstand auf die AG. übergehen soll, also z. B. ein Patent

wird von dem Erfinder an ein finanzielles Institut veräußert, das bei dem Erwerbe die Absicht der Übertragung auf die AG. hat. Die Worte „die auf den Erwerb durch die Gesellschaft hingezielt haben" sind in weitergehendem Sinne zu verstehen. Es gehören hierher Konsortialverträge zwischen den Gründern, ferner ein Vertrag zwischen einem Bankhaus und dem Inferenten, in dem sich dieses verpflichtet, die Aktien dem Inferenten zu einem bestimmten Preis abzunehmen, dem Inferenten gewährte Vorschüsse. d) „Erwerbs- und Herstellungspreise". Es müssen nicht nur die Preise angegeben werden, die die Gründer für wesentlich halten, vielmehr müssen die Aktionäre durch die Angaben den historischen Werdegang der Preisentwickelung erfahren und sich über die Gesamtheit der Erwerbs- und Herstellungspreise der letzten zwei Jahre orientieren können. Deshalb brauchen aber noch nicht alle Einzelheiten angegeben werden; z. B. wird es bei Herstellung eines Fabrikgebäudes nicht nötig sein, neben dem ausgeschiedenen Bodenwert auch die Kosten des Baues einzeln zu spezifizieren. Welche Angaben jeweils erforderlich, ist Tatfrage. e) Die Vorschrift über Herstellung des Gründerberichts ist zwingendes Recht. Die Gründer können sich nicht damit verteidigen, daß sie nicht imstande gewesen seien, die vom Gesetze verlangten Angaben zu machen.

§ 192. Prüfung der Gründung durch Vorstand. 1. Vgl. § 186.

2. ZAktWes. **11** 103, BayerZ. **18** 269 (KG.). Wenn § 192 Abs. 2 für den Fall, daß ein Mitglied des Vorstandes oder Aufsichtsrats zu den Gründern gehört, eine besondere Prüfung durch Revisoren vorschreibt, so läßt sich bei Gründung einer AG. durch mehrere Korporationen (z. B. Gemeinden) diese Prüfung nicht dadurch umgehen, daß man in den Vorstand und Aufsichtsrat zwar Vertreter der Korporationen, aber nicht dieselben physischen Personen, die bei der Gründungsverhandlung als Vertreter fungiert hatten, wählt.

3. BayerZ. **18** 269 (KG.). Aus § 192 Abs. 3 und § 193 Abs. 3 HGB. läßt sich kein Recht der Handelskammer herleiten, die Einreichung eines Revisorenberichts zu verlangen oder in diesem Verfahren Beschwerde einzulegen.

§ 195. Anmeldung. 1. Zu Ziff. 6. Über Entstehung konzessionspflichtiger AG. vgl. § 200.

2. Abs. 2. Besitz der Bareinzahlungen. **RG.** (Strafs.) **43** 182. Unter Besitz ist nur, wenn auch nicht unbedingt der unmittelbare, so doch mindestens mittelbarer Besitz an dem baren Gelde zu verstehen, verbunden mit der tatsächlichen Verfügungsgewalt. Ein Bankguthaben oder sonstige rechtliche Verfügungsmöglichkeit genügt nicht. — Es besteht hier ein vom Gesetzgeber bewußt geschaffener Gegensatz zur GmbH., bei der die Versicherung genügt, daß die Stammeinlagen sich in der „freien Verfügung" der Geschäftsführer befinden. Vgl. Smoschewer, JW. **11** 315.

§ 198. Eintragung. Umfang des Prüfungsrechts des Registergerichts. BayerZ. **18** 103 (KG.). Inhalt und Umfang des richterlichen Prüfungsrechts ist verschieden zu bemessen, je nachdem die Registereintragung, auf die die vorgelegte Anmeldung abzielt, eine Eintragung von rechtserzeugender oder nur kundmachender Bedeutung ist. Da der Registerrichter nicht zur Eintragung von Tatsachen mitwirken darf, die mangels einer gesetzlichen Voraussetzung wirkungslos bleiben würde, wird er bei Eintragungen von rechtserzeugender Wirkung das Recht und die Pflicht, die Wahrheit der Anmeldung zu prüfen, strenger auszuüben haben als bei Eintragungen von nur kundmachender Bedeutung.

§ 200. 1. Vor Eintragung vorgenommene Rechtsgeschäfte (vgl. § 182). a) BayerZ. **18** 134 (Dresden). Haftung des im Namen einer noch nicht eingetragenen AG. Handelnden, auch wenn es zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrags überhaupt nicht kommt (vgl. § 11 GmbH.). **b)** BayerZ. **18**

108 (KG.). Umfang der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers eines die Unterbringung von Aktien bezweckenden Konsortiums. c) Vom Vorstand bei Gründung den Aktienübernehmern gemachte Versprechen. BauersZ. **18** 121. Macht der Vorstand bei Gründung den Aktienübernehmern Versprechungen in geschäftlicher Hinsicht, stellt er ihnen z. B. für den Fall der Zeichnung eine Geschäftsverbindung mit der AG. in Aussicht, so findet § 200 Abs. 1 Satz 2, wonach der Handelnde persönlich haftet, keine Anwendung: denn § 200 greift nicht Platz, wenn der Dritte gleichzeitig Aktionär ist. Für den Aktionär gilt § 186 Abs. 1; hat sich also der Aktionär besondere Vorteile versprechen lassen, so hat er einen Anspruch hierauf nur, wenn die Vereinbarung im Statut Aufnahme gefunden hat. Da mangels einer Aufnahme im Statut die Vereinbarung nichtig ist, kann auch die AG. den Vorstand nicht auf Schadensersatz wegen des getroffenen Abkommens belangen.

2. Zeitpunkt der Entstehung. Konzessionspflichtige AG. Hachenburg, DJZ. **11** 314. Aus § 195 Ziff. 6 HGB. ergibt sich, daß die Genehmigung des Staates nicht zur Entstehung der AG. verlangt wird. Die Entstehung ist rechtlich nach wie vor an die Eintragung geknüpft. Allerdings soll diese erst erfolgen, wenn die Urkunde über die Konzession vorgelegt wird. Ist aber der Eintrag trotzdem erfolgt, so ist die AG. vollwirksam entstanden; sie ist nicht nichtig. Die Nichtigkeitsklage ist nur gegeben, wenn der Gesellschaftsvertrag selbst einen wesentlichen Mangel aufweist. Ebenso ist der Verfall oder die Entziehung der Genehmigung ohne Einfluß auf die Existenz der AG. Es gibt keine Nichtigkeitsklage aus diesem Grunde; es gibt kein Löschen des Eintrags von Amts wegen. Vgl. auch Schultze-Görlitz, DNotV. **11** 796.

§ 201. 1. Gerichtsstand der Zweigniederlassung. BauersZ. **18** 129, SeuffA. **66** 79 (Hamburg). Die Klage beim Gerichtsstande der Zweigniederlassung der AG. erscheint auch dann zulässig, wenn die Bestellung auf die an die Zweigniederlassung gelieferten Waren von der Hauptniederlassung ausging.

2. Ausländische AG. Schwandt, JW. **11** 932 ff., legt der AG. die Nationalität des Landes bei, welches ihr die Rechtsfähigkeit verliehen hat. Dies muß entgegen der herrschenden Meinung für das deutsche, französische und englische Recht gelten. Nur ein scheinbares Bedenken ist im deutschen Rechte der § 201 Abs. 5 HGB. Dieser muß etwa, wie folgt, verstanden werden: „Ist die AG. nach ausländischem Rechte gegründet, so ist das Bestehen usw." Eine abweichende Auslegung würde zu absurden Ergebnissen führen.

Zweiter Titel. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschaften.

§ 212. NebenleistungsAG. Fischer, Das Sanierungsproblem, behandelt auch die Frage der juristischen Konstruktion der NebenleistungsAG. und des vom RG. angenommenen Bestehens eines selbständigen Nebenvertrags neben der aktienrechtlichen Gesellschafterverpflichtung. Vgl. hierzu Wulff, LeipzZ. **11** 832.

§ 213. 1. Dividendenscheine. **RG. R. 11** Nr. 3720. Die Gewinnanteilscheine sind Inhaberpapiere im weiteren Sinne und können Gegenstand selbständiger Rechte und unabhängig von den Aktien sein.

2. BauersZ. **18** 127. Abtrennung der Dividendenscheine und Berechnung von Stückzinsen im Aktienhandel.

3. Verjährung des Dividendenanspruchs. BauersZ. **18** 127 (Dresden). Abkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist für Ansprüche aus Dividendenscheinen durch Abänderung des Gesellschaftsvertrags.

4. Hinausschieben der Gewinnverteilung. a) BauersZ. **18** 106. Die Statutenänderung, die das Hinausschieben der Gewinnverteilung betrifft, gilt auch für solche Inhaber von Dividendenscheinen, die nicht Aktionäre sind. **b) RG.** LeipzZ. **11** 771 über teilweisen Vortrag des Gewinns auf neue Rechnung (vgl. § 262).

5. Rückkauf der Aktien. **RG. 77** 71, LeipzZ. **11** 925, R. **11** Nr. 3571. Verpflichtet sich eine AG. ihrem Aktionär gegenüber, ihm die Aktie, wenn auch unter bestimmten Voraussetzungen, wieder abzunehmen, so liegt hierin die Verpflichtung zur Rückzahlung seiner Einlage. Eine solche ist, solange die Gesellschaft besteht, als unvereinbar mit § 213 ausgeschlossen.

§ 214. Gewinnverteilung. Fischer, Das Sanierungsproblem. Der Gewinn ist nur nach Maßgabe der geleisteten Einlage zu verteilen. Vgl. dagegen Wulff, LeipzZ. **11** 834.

§ 217. Aktionärhaftung. 1. **RG. 77** 88, JW. **11** 991, R. **11** Nr. 3572. Die Vorschrift des § 217 Abs. 1 Satz 2 bezieht sich nicht nur auf die im Abs. 1 Satz 1 geregelten Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger, sondern auch auf die anderswie begründeten Ansprüche der Gesellschaft selbst.

2. **RG. 77** 88, JW. **11** 991, R. **11** Nr. 3573. Unter Zinsen im Sinne des § 217 Abs. 1 Satz 2 sind an sich alle Zinsen zu verstehen, die ein Aktionär, gleichviel aus welchem Rechtsgrunde, erhalten hat, insbesondere auch Zinsen, die entgegen einer gesetzlichen Vorschrift gezahlt sind.

§ 218. Einzahlungsverzug. Der Anspruch der AG. aus der Aktienzeichnung im Konkurse des Aktionärs. Wolff, LeipzZ. **11** 881. Während von einer Seite behauptet wird, daß durch die genehmigte Aktienzeichnung ein gegenseitiger Vertrag begründet werde, auf den § 17 KO. Anwendung finde, wird von anderer Seite (Staub § 218, Ritter, HGB. § 219, Makower § 219, Jaeger, KO. § 17 u. a.) die Anwendbarkeit des § 17 bestritten. Die Vertreter der ersten Meinung verweisen die AG. für den Fall, daß der Konkursverwalter den Zeichnungsvertrag nicht erfüllen will, auf die Kaduzierung des § 219 HGB. und die Anmeldung der Ausfallforderung: die Vertreter der zweiten Meinung lassen entweder die Anmeldung des rückständigen Zeichnungsbetrags und die Kaduzierung oder nur die Kaduzierung zu. Unter Bezug auf **RG. 19** 124, **54** 129, **57** 297 erklärt Wolff, daß ein gegenseitiger Vertrag durch die Aktienzeichnung nicht entstehe. Gegen Staub und in Übereinstimmung mit Goldmann § 218 Anm. 4 I vertritt Wolff weiter die Ansicht, daß der AG., die den gezeichneten Betrag im Konkurs anmeldet, das Recht der Kaduzierung zu versagen ist.

§ 226. Erwerb eigener Aktien durch die AG. **RG.** ZAktWes. **11** 195. Das OLG. Cöln hatte auf die Klage eines Syndikatsmitglieds das Syndikat — eine Vereinigung, die ihren Mitgliedern ihre Ziegel nach bestimmten Kontingenten abkaufte und selbst weiter veräußerte — zur Abnahme der Interimsscheine des Mitglieds für verpflichtet erklärt, weil die Mitglieder nach den Statuten nicht gezwungen werden dürften, die Verlängerung des Syndikats selbst mit einzugehen und weil andererseits die Abgabe der Aktien an Nichtmitglieder verboten war, so daß die Abnahmepflicht der AG. als vertraglich gewollt erscheine; auch liege ein Erwerb „im regelmäßigen Geschäftsverkehre", d. h. in Gewinnabsicht nicht vor. Das RG. hob auf.

Dritter Titel. Verfassung und Geschäftsführung.

§ 231. Vorstand. I. Bestellung des Vorstandes. 1. Formfehler bei Bestellung. **RG.** BauersZ. **18** 175, JW. **11** 330, BankA. **10** 384. Die Nichtbeachtung der im Statut und Gesetze für die Vorstandswahl vorgeschriebenen Förmlichkeiten macht das gewählte Vorstandsmitglied keineswegs unfähig, sowohl im Verhältnisse zur AG. wie Dritten gegenüber, die dem Vorstande zukommenden Aufgaben zu erfüllen; die von einem solchen Vorstand einberufene Generalversammlung ist deshalb nicht ungültig berufen (vgl. § 253).

2. BauersZ. **18** 194. Wenn das Vorstandsmitglied, das bisher ohne schrift-

lichen Vertrag angestellt war und nun gegen schriftlichen Vertrag auf längere Zeit verpflichtet werden soll, den ihm zugegangenen, vom Aufsichtsrat bereits unterschriebenen Anstellungsvertrag erst verspätet, nach Kündigung seitens des Aufsichtsrats, unterschreibt, kann es sich auf die Kündigungsbestimmungen des schriftlichen Vertrags nicht berufen.

II. Gehaltsansprüche. BauersZ. **18** 265. Die AG. kann wegen eigener Forderungen gegen den Direktor zwar gemäß § 394 BGB. gegenüber dem unpfändbaren Gehaltsteile des Direktors nicht aufrechnen; dagegen steht ihr nach § 273 BGB. das Zurückbehaltungsrecht zu.

III. Entlassung des Vorstandes. 1. **RG.** BauersZ. **18** 170. Die Festsetzung gewisser Entlassungsgründe im Anstellungsvertrage schließt nicht die Entlassung des Vorstandes aus einem wichtigen Grunde gemäß § 626 BGB. aus; denn auf das Recht, ein Dienstverhältnis fristlos aus wichtigem Grunde zu kündigen, kann im voraus nicht verzichtet werden (vgl. **RG. 69** 365).

2. BauersZ. **18** 170 (Cöln). Prüfung der Gültigkeit eines die Absetzung des Vorstandes aussprechenden Aufsichtsratsbeschlusses (vgl. § 246 Ziff. 3).

3. **RG. 75** 234, BauersZ. **18** 194. Es ist unzulässig, das Kündigungsrecht aus wichtigen Gründen im voraus auszuschließen oder zu beschränken. Auch wenn die Parteien darüber einig waren, daß gewisse Gründe zur Aufhebung nicht berechtigen sollten, so kann dies doch nicht ausschließen, daß bei besonderer Gestaltung der Verhältnisse auch solche Gründe die Aufhebung herbeiführen; die Vereinbarung kann nur als Moment bei der Entscheidung über die Frage der Wichtigkeit in Betracht gezogen werden. Die Kündigung aus wichtigen Gründen darf auch nicht dadurch erschwert werden, daß Vermögensnachteile, z. B. Gehaltsweiterzahlung, an die Ausübung des Kündigungsrechts geknüpft werden. S. a. BGB. § 626 Ziff. II 2 a.

4. **RG. 75** 234. Wenn das Vorstandsmitglied durch eine vorgeschobene Person mit der AG. Spekulationsgeschäfte macht, ist das ein wichtiger Grund zur Entlassung.

5. Über das Stimmrecht des Vorstandes als Aktionär bei der Frage seiner Entlassung vgl. § 252 Ziff. 6 b.

6. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 280. Die Tatsache, daß der Vorstand in einer Generalversammlung bewußt unwahre Angaben bezüglich der Unterlassung an Abschreibungen auf ein bestimmtes Konto machte, bildet einen wichtigen Grund zu seiner Entlassung. Auf das Motiv (kein Eigennutz, sondern nur der Wunsch eines glatten Verlaufs der Generalversammlung) kommt es nicht an. S. a. BGB. § 626 Ziff. II 2 b.

7. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 281. Die Gründe brauchen bei der Entlassung nicht angegeben zu werden.

8. Marcus, KGBl. **11** 116. Die Ausstellung des dem ausscheidenden Vorstandsmitgliede zu erteilenden Zeugnisses hat durch den Aufsichtsrat zu erfolgen.

9. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 307. Auch wenn Verfehlungen des Vorstandsmitglieds aus der Zeit vor der Anstellung dem Geschäftsherrn wegen mangelnder Sorgfalt in der Nachforschung nach dem Vorleben des Angestellten unbekannt geblieben sind, kann er diese Verfehlungen zur fristlosen Kündigung nach § 626 BGB. verwerten, ohne daß dies in einem solchen Falle davon abhängt, ob die Verfehlungen besonders schwerer Natur waren.

IV. Bestellung eines Bevollmächtigten seitens des Vorstandes. BauersZ. **18** 146. Der Vorstand ist zwar berechtigt, Spezialvollmachten für gewisse Rechtsgeschäfte zu erteilen, wie zur Ausführung von Prozessen, Auflassung an Grundstücken u. a.; dagegen kann er nicht etwa für die Zeit seiner Abwesenheit einen Generalbevollmächtigten als seinen Stellvertreter ernennen.

§ 232. 1. Tatsächliche Verhinderung eines Vorstandsmitglieds. **RG.** BauersZ. **18** 196. Zur Rechtswirksamkeit eines gestellten Strafantrags gehört, daß der einzige Direktor tatsächlich und satzungsgemäß allein den Vorstand bildet. Der Umstand, daß außer ihm tatsächlich ein weiteres Vorstandsmitglied nicht vorhanden war, würde, wenn satzungsgemäß der Vorstand aus einer Mehrheit von Personen bestand, die Befugnis des allein Handelnden nicht begründen.

2. Kenntnis eines von mehreren Vorstandsmitgliedern als Wissen der AG. **RG.** JW. **11** 778, BauersZ. **19** 2. Soweit es sich um ein Wissen von Tatumständen handelt, welchem nach maßgebenden objektiven Rechtssätzen ein Einfluß auf die Gestaltung eines durch Willenserklärung begründeten Rechtsverhältnisses zukommt, muß schon die Kenntnis eines Vertreters als Kenntnis der juristischen Person gelten (vgl. **RG. 53** 231, **57** 93, **59** 400). Doch ist die ausnahmslose Anwendung dieses Grundsatzes unmöglich. Man denke z. B. an den Fall, daß ein Vorstandsmitglied in der Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, das ihm gehörige Vermögen an die AG. überträgt, wobei die letztere durch andere Vorstandsmitglieder vertreten wird. Beschränkt sich hier der als Verkäufer auftretende Vorsteher auf die Wahrnehmung seiner Interessen und enthält er sich einer Mitwirkung als Vorstandsmitglied, so ist er als Vertreter der AG. ausgeschaltet. Anders ist die Sachlage zu beurteilen bei oHG., da sich hier, wo die Gesellschaft ein selbständiges Rechtssubjekt nicht bildet, die Rechtswirkung des Geschäfts nach der Seite des Erwerbes mit Notwendigkeit auch auf die Person des Veräußerers als Teilhabers am Erwerbe der Gesellschaft erstreckt.

3. Abs. 2. BauersZ. **18** 145. Der Aufsichtsrat kann das einem einzelnen Vorstandsmitglied erteilte Recht zur Einzelvertretung auch gegen den Willen des Ermächtigten wieder entziehen.

4. Deliktshaftung des Vorstandes gegenüber Dritten. **RG.** BayRpflZ. **11** 335 behandelt die Frage, unter welchen Voraussetzungen Vorstand und Vorsitzender des Aufsichtsrats für den Schaden verantwortlich gemacht werden können, der daraus entsteht, daß eine irrtümlich an die AG. statt an einen Dritten geleistete Zahlung zum Vorteile der Gesellschaft verwendet wird.

5. Haftung der AG. für Delikte ihres Vorstandes. a) **RG. 77** 12, JW. **11** 771 HoldheimsMSchr. **11** 326, R. **11** Nr. 3238. Dem Aktionäre steht als solchem ein Schadensersatzanspruch wegen Entwertung oder Wertsminderung der Aktien überhaupt nicht zu, einerlei aus welchem Grunde die Wertsminderung eingetreten ist, insbesondere ob sie durch Verschulden des Vorstandes herbeigeführt wurde. Dadurch wird nun zwar nicht ausgeschlossen, daß auch zwischen Aktionären und der Gesellschaft aus anderen Gründen ein Gläubigerverhältnis bestehen kann und daß insbesondere in solchen Fällen, in denen ein Aktionär durch unrichtige Angaben über die Vermögenslage und die Aussichten für die Entwickelung der Gesellschaft seitens der Organe derselben zur Anschaffung von demnächst minderwertigen oder wertlosen Aktien bestimmt worden ist, aus diesem Verhältnis ein Schadensersatzanspruch gegen die Gesellschaft entstehen kann (vgl. **RG. 71** 97). Daraus allein aber, daß der Aktionär seine Aktien der AG. für deren Kontokorrentforderung verpfändet hatte und daß die Aktien, während sie sich im Pfandbesitz der AG. befanden, ihren Wert verloren, kann eine Haftung der AG. nicht hergeleitet werden, da der AG. keine weitere Pflicht oblag, als die die Aktien zu verwahren, und ihr durch den Pfandvertrag eine weitere Pflicht, für den inneren Wert der verpfändeten Aktien Sorge zu tragen, nicht überkommen ist. Möglich wäre eine Haftbarkeit nur, wenn infolge der Verpfändung durch ein Verschulden des Vorstandes der Aktionär an der durch ihn beabsichtigten rechtzeitigen Verwertung der Aktien verhindert worden wäre. b) Herrmann, HoldheimsMSchr. **11** 178, Die Rechte des Aktionärs gegen die

AG., die ihm eigene Aktien betrügerisch verkauft, wendet sich gegen die Rechtsprechung des RG., die unter Bezug auf § 213 HGB. dem Aktionäre die Anfechtung des Aktienerwerbes und jeden Schadensersatzanspruch versagt.

§ 235. Interne Beschränkung des Vorstandes. Bindung des Vorstandes an Aufsichtsratsbeschlüsse. BauersZ. **18** 122. Der Vorstand braucht nur solche gebietende oder verbietende Beschlüsse des Aufsichtsrats zu respektieren, bei denen allen Aufsichtsratsmitgliedern Gelegenheit gegeben wurde, mitzuwirken.

§ 236. Konkurrenzverbot. BauersZ. **18** 266. Von dem grundlos entlassenen Direktor kann die auf Verletzung des Konkurrenzverbots gesetzte Vertragsstrafe nicht gefordert werden; das gleiche gilt, wenn die AG. durch die rechtswidrige Art ihres Verhaltens die Lösung des Vertragsverhältnisses seitens des Direktors verschuldete.

§ 238. Prokuristenbestellung. BauersZ. **18** 103, R. **11** Nr. 863 (KG.). Im Gegensatze zu Staub § 238 Anm. 8 a vertritt das KG. die Ansicht, daß dem Registerrichter die Genehmigung des Aufsichtsrats zur Bestellung eines Prokuristen vor Eintragung nachzuweisen ist. Die Ansicht, daß der Registerrichter ebenso wie andere, die zur AG. in rechtsgeschäftliche Beziehung treten, im Verhältnisse zu dieser und zu ihrem Vorstand als Dritter zu gelten habe, dessen Prüfung es nicht unterliege, ob der Prokurist satzungsgemäß bestellt ist, sei irrig; die Entstehungsgeschichte des § 238 HGB. widerspreche der Annahme, daß der Gesetzgeber dem Registerrichter das Prüfungsrecht in diesem Falle habe entziehen wollen (vgl. oben § 125 Ziff. 3 und JDR. **9** § 238).

§ 239. BauersZ. **18** 175. Wann beginnt die Buchführungspflicht der AG.?

§ 241. Haftung der Vorstandsmitglieder. 1. Maß der anzuwendenden Sorgfalt. BauersZ. **18** 169. Wenn auch die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder bei Ausübung der ihnen als Verwaltungsorgane obliegenden Aufgaben die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden haben, so trifft sie doch eine derartige Beschränkung nicht soweit sie gleichzeitig als Aktionäre handeln; als Aktionäre brauchen sie sich also bei ihren Abstimmungen nicht von der Rücksicht auf ihre Amtspflichten leiten zu lassen.

2. BauersZ. **18** 101. Pflichten des Vorstandes bei Annahme und Überwachung der Angestellten.

3. BauersZ. **18** 241. Der Vorstand haftet, wenn er es unterläßt, gegen zu hohe Besteuerung oder Gebührenbelastung der AG. zu reklamieren, obwohl eine Prüfung der Steuerzettel ihn den Irrtum hätte erkennen lassen müssen.

4. **RG.** R. **11** Nr. 3364. Die Vorstandsmitglieder werden hinsichtlich eines beanstandeten Geschäfts durch Beschlüsse der Generalversammlung und des Aufsichtsrats nicht gedeckt, wenn die Generalversammlung zwar einen dem geplanten Geschäft geneigten Aufsichtsrat bestellt hat, damit jedoch zu dem Geschäfte weder im ganzen noch im einzelnen Stellung genommen hat und der Aufsichtsrat über das Geschäft nichts bestimmt, geschweige denn es genehmigt hat.

5. BauersZ. **18** 265. Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht der AG. wegen ihres Ersatzanspruchs gegen den unpfändbaren Gehaltsteil des Direktors (vgl. § 231 zu II).

6. Abs. 4. a) **RG.** R. **11** Nr. 865. Die Gläubiger haben, soweit sie von der Gesellschaft nicht ihre Befriedigung erlangen können, ein mit dem Anspruche der Gesellschaft konkurrierendes Recht, den Schaden geltend zu machen. Dadurch wird ein Gesamtgläubigerverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Gläubiger geschaffen. b) Einfluß einer Dechargeerteilung. **RG.** R. **11** Nr. 2984 Ein Entlastungsbeschluß (z. B. für ein Aufsichtsratsmitglied) wirkt auf die Konkursmasse nicht notwendig ein. In den hauptsächlichsten Fällen der Pflichtverletzung

(§ 241 Abs. 3) steht den Gläubigern der Gesellschaft ein selbständiger Ersatzanspruch zu, der vom Konkursverwalter geltend gemacht wird. Dieser Anspruch wird durch einen Verzicht der Gesellschaft nicht getilgt.

§ 243. Zusammensetzung des Aufsichtsrats. 1. Vorsitzender und stellvertretender Vorsitzender des Aufsichtsrats vgl. hierzu u. § 260 Ziff. 2.

2. Gerichtliche Ernennung von Aufsichtsratsmitgliedern. HoldheimsMSchr. **11** 243. In dringenden Fällen, zumal wenn der Aufsichtsrat als Vertretungsorgan berufen ist (§ 247), oder wenn es sich im Sinne des § 246 um schleuniges Eingreifen behufs Kontrollmaßregeln handelt, steht dem Gerichte die Befugnis aus § 29 BGB. zu. S. a. BGB. § 29 Ziff. 6.

§ 245. Vergütung des Aufsichtsrats. 1. Zahlung der Tantieme an den Aufsichtsrat in corpore. **RG. 75** 308, BauersZ. **18** 196, ZAktWes. **11** 152, LeipzZ. **11** 378, R. **11** Nr. 1813. Der Anspruch auf Tantieme steht jedem Mitgliede des Aufsichtsrats gegen die AG. unmittelbar zu, nicht etwa dem Aufsichtsrat in corpore, so daß er sie erst unter die einzelnen Mitglieder zu verteilen hätte. Der Aufsichtsrat ist nicht selbst wieder eine Gesellschaft oder gar eine selbständige Persönlichkeit. Weist daher das Statut dem Aufsichtsrat als Ganzem eine bestimmte Tantieme zu, so hat gleichwohl jedes Mitglied des Aufsichtsrats seinen Teilanspruch gegen die Gesellschaft zu richten und braucht sich auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht mehr einzulassen, wenn die Generalversammlung in Kenntnis der Sachlage ohne jede Einschränkung die Auszahlung der statutenmäßigen Tantieme an den Aufsichtsrat beschlossen hat. Vgl. hierzu BauersZ. **18** 102 (KG.) und Breit, LeipzZ. **11** 439.

2. Entzug der Tantieme eines Aufsichtsratsmitglieds durch Aufsichtsratsbeschluß. **RG. 75** 308, BauersZ. **18** 196, ZAktWes. **11** 32, 152. Das RG. hat die Frage, ob einem Aufsichtsratsmitglied sein Anteil an der Tantieme durch Aufsichtsratsbeschluß, z. B. wegen Untätigkeit entzogen werden kann, bejaht mit der Begründung, daß die Tantieme nicht eine Risikoprämie für die Verantwortlichkeit, sondern das Entgelt für die Mühewaltung sei (vgl. hierzu BauersZ. **18** 218).

3. Verteilung der Tantieme durch den Aufsichtsrat. Tantieme bei Ausscheiden während des Geschäftsjahrs. BauersZ. **18** 245 (Dresden). Auch dann, wenn nach dem Statut die Verteilung der Tantieme dem Aufsichtsrat überlassen ist, kann mangels einer besonderen Vorschrift der Satzung eine andere Verteilung als nach Kopfteilen nur durch einen übereinstimmenden Beschluß aller Berechtigten verfügt werden. Sind Mitglieder des Aufsichtsrats im Laufe des Jahres infolge Ablebens oder Ausscheidens weggefallen und daher von der Beschlußfassung des zur Zeit der Tantiemenverteilung vorhandenen Aufsichtsrats ausgeschlossen, so ist ein ohne ihre Zustimmung gefaßter Beschluß über eine andere Verteilung als nach Kopfteilen unverbindlich.

§ 246. Geschäftsführung des Aufsichtsrats. 1. *Calmes, Die Kontrollpflichten des Aufsichtsrats, R. **11** 431. Nach § 246 HGB. hat der Aufsichtsrat zwei Pflichten: Revision der Geschäftsführung und Revision der Ergebnisse der Rechnungsführung, sog. Bücherrevision (Inventur, Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung nebst Unterlagen). Für die Geschäftsführungsrevision hat der Aufsichtsrat meist die nötige spezielle Sachkunde. Für die Bücherrevision ist das meistens nicht der Fall; daher Notwendigkeit der Ergänzung durch ein sachkundiges Organ. — Wie weit geht die Pflicht der Bücherrevision? Die übliche formale Revision ist unzureichend, die im „Reichsanzeiger" geforderte materielle Revision aller Einzelheiten ist praktisch unmöglich. Es gilt hier der goldene Mittelweg zwischen beiden, den ich als die sachkundige

Revision bezeichnet habe (vgl. Calmes, Deutsche Wirtschaftszeitung 57 f. vom 1. August 1911).

2. **RG.** ZAktWes. **11** 189. Haftung des Aufsichtsrats für rechtswidrige Handlungen des Vorstandes kann nur im Falle der Anstiftung oder der Beihilfe in Frage kommen.

3. Sitzungen des Aufsichtsrats. Einladung. Mitteilung der Tagesordnung. Abstimmung. a) LeipzZ. **11** 232, BayerZ. **18** 170, R. **11** Nr. 1633, 1634 (Cöln). Zu den Versammlungen des Aufsichtsrats müssen die sämtlichen Mitglieder eingeladen werden. Die Unterlassung der Einladung hat unter allen Umständen die Ungültigkeit des gefaßten Beschlusses zur Folge und zwar auch dann, wenn bei Zuziehung und Widerspruch des nicht geladenen Mitglieds die für den Beschluß tatsächlich abgegebenen Stimmen in der Mehrheit geblieben wären. Über die Berufung der Versammlungen des Aufsichtsrats enthält das Gesetz keine Bestimmung, während es für die Berufung der Generalversammlung genaue Vorschriften getroffen, insbesondere die Bekanntgabe der Tagesordnung vorgeschrieben hat. Daraus ist zu schließen, daß, soweit nicht die Satzung etwas Abweichendes enthält, die Einladung zu Aufsichtsratssitzungen einer Angabe der Tagesordnung nicht bedarf. **b)** BayerZ. **18** 244. Zur Gültigkeit eines Aufsichtsratsbeschlusses gehört, daß sich die beschlußfähige Anzahl der Mitglieder an der Abstimmung beteiligt hat. Ist also nach dem Statute die Beschlußfähigkeit des Aufsichtsrats von der Anwesenheit von wenigstens drei Mitgliedern abhängig und ist weiter bestimmt, daß die Beschlüsse mit einfacher Stimmenmehrheit gefaßt werden, so geht es nicht an, daß, wenn bei Anwesenheit von drei oder mehr Aufsichtsratsmitgliedern eines oder mehrere die Teilnahme an der Abstimmung verweigern, die beiden anderen einhellig für oder gegen den Antrag stimmen und dieses Ergebnis als den Willen des Aufsichtsrats ausgeben; denn zwei Personen genügen nicht zur Beschlußfähigkeit; die Stimme dessen, der an der Abstimmung nicht teilnimmt, wird bei Feststellung des Beschlußfassungsergebnisses nicht mitgezählt, weder für noch gegen.

§ 248. Abgrenzung zwischen Aufsichsrat und Vorstand. Abs. 2. Aufsichtsratsmitglieder als Vorstandsvertreter. LeipzZ. **11** 232, BayerZ. **18** 170, R. **11** Nr. 1635 (Cöln). Unter einem im voraus bestimmten Zeitraum ist nur ein Zeitraum zu verstehen, der kalendermäßig bestimmt ist.

§ 249. Haftung des Aufsichtsrats. 1. Kein Verschulden. **a) RG.** BayerZ. **18** 172, LeipzZ. **11** 213, 307, JW. **11** 224, HansGZ. **11** Hptbl. 121, R. **11** Nr. 1043. In der unrichtigen Beurteilung der wahrscheinlichen Folgen einer geschäftlichen Maßnahme liegt in der Regel noch keine Fahrlässigkeit. Mit Sicherheit lassen sich diese Folgen überhaupt nicht vorhersehen, und im geschäftlichen Leben muß manches sogar mit dem Bewußtsein unternommen werden, daß es vielleicht auch nachteilig ausschlagen könne. **b)** Nichtverfolgung eines Anspruchs aus geschäftlichem Anstande. **RG.** LeipzZ. **11** 307, BayerZ. **18** 172, JW. **11** 224, HansGZ. **11** Hptbl. 121, R. **11** Nr. 1042. Der Aufsichtsrat, der die von der Generalversammlung beschlossene Erhöhung des Aktienkapitals einstweilen sistiert, obgleich die Zeichner der Gesellschaft gegenüber trotz des erklärten Widerrufs gebunden sind, handelt noch nicht unter allen Umständen fahrlässig. Das wäre nur der Fall, wenn es zu den Pflichten eines ordentlichen Geschäftsmanns gehörte, jeden rechtlich begründeten Anspruch auf jeden Fall im Rechtswege durchzusetzen, nicht aber, wenn der Aufsichtsrat sich für verpflichtet halten durfte, in diesem Punkte auf den geschäftlichen Anstand Rücksicht zu nehmen.

2. Regreß der haftpflichtigen Aufsichtsratsmitglieder untereinander. BayerZ. **18** 148 (Dresden). Haben die Aufsichtsratsmit-

glieder die ihnen bekannt gewordenen Veruntreuungen des Vorstandes, wenn auch im Interesse der Gesellschaft verschwiegen, obwohl sie sich bei dem Beschluß auf Verheimlichung bewußt sein mußten oder bewußt waren, daß sich Dritte zum Ankaufe von Aktien zu einem Kurse bestimmen lassen konnten, der dem inneren Werte der Aktien nicht mehr entsprach, so ist das von dem Dritten auf Schadensersatz beklagte Mitglied berechtigt, die übrigen Mitglieder nach § 426 BGB. zur Beitragsleistung heranzuziehen. Dieser Ausgleichsanspruch besteht aber nicht betreffs der Prozeßkosten, die dem Regreßkläger durch den Prozeß mit dem Dritten erwuchsen.

§ 250. Generalversammlung. 1. Zuständigkeit. BauersZ. **19** 5 wendet sich gegen den vom RG. (vgl. JDR. **9** § 243 II c) aufgestellten Satz, daß der Generalversammlung das Entscheidungsrecht zustehe, falls im Aufsichtsrate wegen Stimmengleichheit, und weil entweder der Vorsitzende keine ausschlaggebende Stimme hat oder von seinem Rechte keinen Gebrauch macht, kein Beschluß zustande kommt.

2. Müller, WürttRpflZ. **11** 141. Recht der Minderheit in der Generalversammlung auf Auskunftserteilung.

§ 252. Stimmrecht. 1. Abhängigmachen des Stimmrechts von Vorzeigung der Aktien. BauersZ. **18** 219. Wenn der Gesellschaftsvertrag das Stimmrecht und zwar sowohl für den Aktionär als für seine Bevollmächtigten von der Vorzeigung der Aktien in der Generalversammlung abhängig macht, dann kann bei verpfändeten Aktien, wenn der Pfandinhaber sich weigert die Aktien (es würden die Mäntel ohne Dividendenbogen genügen) dem Aktionäre auszuhändigen, die Beteiligung an der Abstimmung lediglich durch die Ermächtigung erreicht werden, daß der Inhaber der Aktien (Pfandgläubiger) entweder für sich ohne Vollmacht oder für den wirklichen Aktionär mit Vollmacht das Stimmrecht ausübt. Ein Depotschein über hinterlegte Aktien würde angesichts der Satzung zur Legitimation nicht ausreichen.

2. Verzicht auf das Stimmrecht. BauersZ. **18** 248. Wirkungen eines Verzichts auf das Stimmrecht, wenn die Stimmlosigkeit der Aktien nicht im Statut ausbedungen, sondern der Verzicht nur erklärt worden ist, um die Zulassung der noch nicht voll eingezahlten Aktien zum Börsenhandel zu erreichen.

3. Ritter, DJZ. **11** 641. Einen wesentlichen Bestandteil des Stimmrechts bildet das Recht des Aktionärs darauf, daß der Abstimmung eine Erörterung vorhergehe, in der neben der Mehrheit die Minderheit zum Worte kommt (**RG. 36** 26, LeipzZ. **08** 469 [Bamberg]). Dieses Recht auf Beteiligung an der Beratung kann ebenso wie das Stimmrecht überhaupt durch Bevollmächtigte ausgeübt werden. Beschlüsse der Generalversammlung die unter Verletzung dieses Sonderrechts eines Aktionärs gefaßt wurden, sind nichtig mit der besonderen Maßgabe, daß sie durch nachträgliche Zustimmung des Aktionärs gültig werden können. Daneben unterliegen aber solche Beschlüsse auch der Anfechtung durch die übrigen Aktionäre, die mit der Heilung der Nichtigkeit nicht einverstanden sind. Als „Gesetz", das durch die Beschlüsse verletzt wird, bezeichnet Staub, HGB., S. 875, die allgemeinen parlamentarischen Regeln, die kraft Handelsgewohnheitsrechts auch für die Verhandlungen in der Generalversammlung gelten. Man wird aber nicht nötig haben, auf diesen Ausweg zurückzugreifen. Das Gesetz bestimmt, daß die Beschlüsse der Generalversammlung durch Abstimmung herbeizuführen sind (§ 251), und versteht unter Abstimmung die Ausübung des Stimmrechts, also Teilnahme an der Verhandlung und Beschlußfassung. Das Gesetz selbst schreibt mithin vor, daß in Verhandlung und Beschlußfassung die Abstimmung vorzunehmen ist; und daß zum Begriffe der Verhandlung auch die Möglichkeit einer Erörterung gehört, kann nicht zweifelhaft sein.

4. Übertragung des Stimmrechts. Pfeifer, HoldheimsMSchr. **11** 177, verneint die Frage, ob eine Aktienbank sich von ihren Aktionären Stimmrechte übertragen lassen und diese in der eigenen Generalversammlung nicht als Bevollmächtigte des Aktionärs, sondern im eigenen Namen ausüben kann.

5. Abs. 2. Ausübung des Stimmrechts durch Bevollmächtigte. BauersZ. **18** 197 bespricht die Frage, ob ein Rechtsanwalt von der ihm durch seinen Vollmachtgeber erteilten Weisung bei der Abstimmung abweichen darf.

6. Abs. 3. Ruhen des Stimmrechts. a) **RG.** R. **11** Nr. 223. Der Aktionär darf bei einem Beschlusse, der seine eigene Wahl zum Mitgliede des Vorstandes oder Aufsichtsrats betrifft, mitwirken; denn es handelt sich hierbei um einen Akt des Mitverwaltungsrechts, bei dem im Sinne des § 252 Abs. 3 ein Interessenstreit nicht besteht. b) Stimmrecht eines Vorstandsmitglieds bei der Frage seiner Entlassung. **RG. 75** 234, JW. **11** 408, BauersZ. **18** 194, DJZ. **11** 706, R. **11** Nr. 1636. Zwar hat das RG. schon früher (**RG. 60** 172) entschieden, daß ein Aktionär bei seiner eigenen Wahl in den Aufsichtsrat mitwirken dürfe, weil es sich dabei vorwiegend um Bildung eines Gesellschaftsorgans handle und regelmäßig ein Widerstreit der wechselseitigen Interessen nicht stattfinde. Dasselbe wird von der Wahl des Vorstandes gelten müssen (vgl. hierzu auch § 47 GenG.). Es ist aber schon zweifelhaft, ob es auch dann gilt, wenn es sich gemäß § 231 HGB. darum handelt, ein Vorstandsmitglied vor Ablauf seiner Amtsdauer (vorbehaltlich seines Gehaltsanspruchs) abzurufen. Regelmäßig wird schon hier ein Interessenkonflikt im Sinne des § 252 Abs. 3 vorliegen, da das betreffende Mitglied ein moralisches Interesse daran haben wird, seine Stelle zu behaupten. Wenn es sich aber um die Frage handelt, ob der Vorstand wegen schwerer Pflichtverletzung ohne Schadloshaltung zu entlassen ist, materiell darum, ob Ansprüche der AG. gegen den Vorstand wegen jener Pflichtverletzungen zu verfolgen sind, also nicht bloß um ein Rechtsgeschäft — Kündigung auf sofort — zwischen Vorstand und Gesellschaft, sondern um die Einleitung eines Rechtsstreits zwischen beiden, tritt das Bedürfnis der AG., ihre Beschlüsse nicht durch unsachliche Beweggründe bestimmt zu sehen, gegenüber dem Interesse des Aktionärs derart in den Vordergrund, daß § 252 anzuwenden ist.

§ 253. Form der Berufung. **RG.** BauersZ. **18** 175, JW. **11** 330, BankA. **10** 384 (o. § 231 Ziff. I 1). Die von einem unter Verletzung des Gesetzes oder Statuts bestellten Vorstand einberufene Generalversammlung ist deshalb nicht ungültig berufen.

§ 254. Außerordentliche Generalversammlung. BauersZ. **18** 266. Will eine Aktionärenminderheit gemäß § 254 auf Berufung einer Generalversammlung dringen, so muß sie nachweisen, daß der Beratungs- und Beschlußfassungsgegenstand zur Zuständigkeit der Generalversammlung gehört. In den Angelegenheiten, die zur Zuständigkeit des Aufsichtsrats gehören, entfällt das Recht des § 254.

§ 255. 1. BauersZ. **18** 124, RJA. **10** 267. Verzicht auf die für Ankündigung und Einberufung der Generalversammlung vorgeschriebene Form vgl. § 259.

2. Aktienhinterlegung bei Notaren. ZAktWes. **11** 181. Die im § 255 Abs. 2 bestimmte Frist kann nicht durch Statut abgekürzt werden. Ebenso kann die Gesellschaft nicht die Hinterlegung bei einem Notar ausschließen, sie kann auch nicht bestimmen, daß nur bei einem bestimmten Notar hinterlegt werden darf; die Hinterlegung ist bei jedem deutschen Notar zulässig. Nicht nur die Ausübung des Stimmrechts, sondern überhaupt die Teilnahme an der Generalversammlung kann von der Hinterlegung abhängig gemacht werden. Das Statut kann weiter bestimmen, daß der Hinterlegungsschein der Gesellschaft und zwar innerhalb der 14 tägigen Hinterlegungsfrist einzureichen ist (str.!). Der Notar, der selbst Aktionär ist, kann über die

Hinterlegung der eigenen Aktien bei sich selbst eine Bescheinigung ausstellen. §§ 372 ff. BGB. finden auf die Hinterlegung keine Anwendung. Das Statut kann vorschreiben, daß die Aktien bis nach Abhaltung der Generalversammlung hinterlegt bleiben müssen. Für die Form der Hinterlegung ist Aufnahme eines Protokolls reichsgesetzlich nicht vorgeschrieben, kann auch nicht durch das Statut verlangt werden.

§ 258. Präsenzliste. BauersZ. **18** 218. Die Präsenzliste muß besonders aufgestellt und eingereicht werden, sie wird durch den Inhalt des Generalversammlungsprotokolls nicht ersetzt. Auch das vom Notar in das Generalversammlungsprotokoll hineingebrachte Verzeichnis der erschienenen bzw. vertretenen Aktionäre bietet keinen Ersatz.

§ 259. Protokoll; Formvorschriften. 1. Form der Generalversammlungsbeschlüsse. **RG. 75** 239, R. **11** 1637, vgl. § 271.

2. Form der Beurkundung. **RG.** R. **11** Nr. 1044. Bei der Beurkundung eines Generalversammlungsbeschlusses bedarf es nur der Unterschrift des Notars (Richters) unter dem Protokolle, nicht derjenigen weiterer Personen.

3. Unterschrift des Protokolls. **RG. 75** 259, R. **11** Nr. 1044. Die Unterschrift noch einer weiteren Person als die des beurkundenden Notars oder Richters ist nicht erforderlich (vgl. **RG. 25** 195, **65** 91).

4. Abs. 2. Art der Beschlußfassung. **RG. 75** 259, R. **11** Nr. 1045. Unter der „Art der Beschlußfassung" ist nur die Art und Weise zu verstehen, wie der Beschluß selbst in der Versammlung zustande gekommen ist, d. h. in welcher Weise — ob mündlich, schriftlich, durch Händeerheben oder mittels welcher sonstigen Betätigung — abgestimmt worden ist, und welche Stimmenzahl sich dabei für die eine und die andere Meinung ergeben hat.

§ 260. 1. Entlastung des Aufsichtsrats bei Konkurs der Gesellschaft. **RG.** LeipzZ. **11** 305, HansGZ. **11** Hptbl. 121. Hat die Generalversammlung vor Ausbruch des Konkurses die Vorlagen des Aufsichtsrats als solche genehmigt und sonach anerkannt, daß der Aufsichtsrat seiner Rechenschaftspflicht nachgekommen ist, dann kann die Verweigerung der Entlastung nur auf den Nachweis besonderer Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegründet werden. Das Verfügungsrecht über diese Ansprüche ist aber mit Eröffnung des Konkurses auf den Konkursverwalter übergegangen, so daß die Klage auf Entlastung gegen ihn zu richten ist.

2. Abs. 2. a) Vorlage des Geschäftsberichts (an den Vorsitzenden des Aufsichtsrats). RJA. **11** 44, BauersZ. **18** 217 u. 242 (KG.). Das HGB. kennt keinen „Vorsitzenden des Aufsichtsrats", spricht sich auch nicht darüber aus, in welcher Weise die im § 260 Abs. 2 HGB. vorgeschriebene Vorlage an den Aufsichtsrat geschehen solle. Wenn aber auch mangels einer gesetzlichen Vorschrift der Vorsitzende nicht als gesetzlicher Vertreter oder Willensorgan des Aufsichtsrats aufzufassen sein wird, so liegt doch in der von den Aufsichtsratsmitgliedern vollzogenen Wahl des Vorsitzenden mindestens die Übertragung der Befugnisse, deren Ausübung dem Vorsitzenden eines Kollegiums persönlich zusteht; dazu gehört vornehmlich der im Namen des Kollegiums mit Dritten zu führende Geschäftsverkehr, d. h. die Mitteilung der vom Aufsichtsrate gefaßten Beschlüsse und die Entgegennahme der für den Aufsichtsrat bestimmten Mitteilungen und und Schriftstücke. Der Vorstand der AG. ist deshalb nicht verpflichtet, die im § 260 Abs. 2 bezeichneten Schriftstücke jedem einzelnen Mitgliede des Aufsichtsrats vorzulegen. Hat der Aufsichtsrat neben dem ordentlichen Vorsitzenden noch einen stellvertretenden, so ist die Frage, ob eine Verhinderung des ordentlichen Vorsitzenden und damit die Notwendigkeit eines Eintretens des Stellvertreters vorliegt, eine Frage des innengeschäftlichen Dienstes. Übernimmt der Vertreter die Aufgaben des ordentlichen Vorsitzenden und gibt er damit zu erkennen, daß er dessen Behinderung für

gegeben hält, so muß sich der Dritte darauf verlassen können, ohne erst Ermittelungen darüber anstellen zu müssen, ob wirklich eine Behinderung vorliegt. **b)** Fehlen des Aufsichtsratsberichts. BauersZ. **18** 217. Wenn der Bericht des Aufsichtsrats zu dem Geschäftsberichte des Vorstandes fehlt, so verliert dadurch der Bilanzgenehmigungsbeschluß nichts an Rechtswirksamkeit.

§ 261. Bilanz. 1. Vgl. Leitner, R. **11** 177 (Bilanzkritik).

2. BauersZ. **18** 149. Das auf Vereinbarung Berliner Banken beruhende neue Bilanzschema.

3. BauersZ. **18** 176. Die Aktivierung der voraus bezahlten Dividendenbogensteuer in der Bilanz.

4. Fischer, Sanierungsproblem 85, stellt den Satz auf, daß es kein allgemeines Prinzip der wahren, sondern nur der vorsichtigen Bilanz, bedingt letzten Endes durch die Rücksicht auf die Liquidität, gebe. Vgl. dagegen Wulff, LeipzZ. **11** 834.

5. Aufnahme von nicht im Eigentume der AG. stehenden Werten, insbesondere Grundstücken, in die Bilanz. **a) RG.** (Straff.) **43** 407, BauersZ. **18** 97. Von Rehm, Bilanz der AG, 192, wird zwar die Ansicht vertreten, Voraussetzung der Bilanzfähigkeit, d. h. der Zugehörigkeit zum Kaufmannsvermögen sei wirtschaftliche, nicht rechtliche Zugehörigkeit; letztere sei gleichgültig. In dieser Allgemeinheit ist dieser Satz aber nicht zutreffend. Bloßer Gewahrsam und tatsächliches Innehaben begründet beim Kaufmanne keineswegs Zugehörigkeit zum Kaufmannsvermögen; vielmehr kommt es hierbei neben der wirtschaftlichen ganz entscheidend auch auf die rechtliche Seite der Beziehungen zum Kaufmannsvermögen an. Deshalb entscheidet in der Regel das Eigentum. Nur für die beweglichen Sachen wird allgemein mehr auf die tatsächliche Frage Gewicht gelegt, ob eine Sache nach kaufmännischen Anschauungen und insofern nicht streng juristisch zum Vermögen des Kaufmanns zu rechnen sei. Das geschieht aber auch nur unter der Voraussetzung, daß die betreffende Ware zum Gegenstand eines auf den Warenumsatz gerichteten Rechtsgeschäfts gemacht und dadurch rechtlich gebunden werde. Dagegen ist für Grundstücke grundsätzlich das Eigentum entscheidend. Nur ist es als statthaft anerkannt, im Falle der Eintragung von Grundstücken als Sacheinlagen die Grundstücke auch schon vor der Auflassung in die Bilanz einzustellen, sofern schon ein fester Rechtsanspruch auf Übertragung des Eigentums bestand und die Grundstücke insbesondere auch nach Art und Maß ihrer Belastung auch der Gefahr einer Wiederentziehung ausgesetzt erscheinen. **b)** BauersZ. **18** 157. Eintragung von Geschäftsanteilen einer GmbH., die der AG. nicht gerichtlich oder notariell übereignet sind, als Aktivposten in die Bilanz.

6. Ziff. 2. Müller, WürttRpflZ. **4** 48, bejaht in Übereinstimmung mit Cosack und Esser die Frage, ob in den Bilanzen der AG. bei der Einsetzung der Rohmaterialien, halbfertigen und fertigen Waren unter den Aktiven die sogenannten Generalkosten mitberücksichtigt werden dürfen. AM. Staub und Simon.

§ 262. Reservefonds. I. Gesetzlicher. 1. Ziff. 2. **a)** BauersZ. **18** 104. Rechtsfolgen bei Ausgabe von Aktien zu einem höheren als dem Nennbetrage bei Gründung der AG. **b)** Bestreiten der Ausgaben für die Kapitalserhöhung aus Betriebsmitteln. BauersZ. **18** 220. Der § 262 Ziff. 2 HGB. berechtigt wohl die AG. das ihr zugeflossene Aufgeld zur Bezahlung der mit der Grundkapitalserhöhung verbundenen Ausgaben zu verwenden; aber er legt ihr nicht die Pflicht zu dieser Verwendung auf. Vielmehr kann die Generalversammlung auch beschließen, diese Ausgabe für Grundkapitalserhöhung (Aktienstempel, Vertragsstempel, Talonsteuer usw.) aus den Betriebsmitteln zu decken und also über Gewinn- und Verlustrechnung gehen zu lassen. Dem einzelnen Aktionär steht kein Recht auf Anfechtung eines solchen Beschlusses durch Klage zu.

2. Ziff. 3. Wulff, LeipzZ. **11** 835. Wenn das Grundkapital trotz Zuzahlung nicht gegen früher erhöht wird, was auch im Falle einer vorherigen Herabsetzung unter Wiedererhöhung auf den früheren Betrag zutrifft, ist die Bildung eines Reservefonds nicht gefordert.

II. Spezialreserven. Freiwillige Reservekonten. a) BauersZ. **18** 249 erörtert die Frage, wie ein zur Deckung außergewöhnlicher Ausgaben bestimmter Reserve- und Erneuerungsfonds zu verwenden sei, ob insbesondere damit auch Reparaturen oder nur Neuanschaffungen bestritten werden dürfen. b) **RG.** LeipzZ. **11** 771. Der Beschluß der Generalversammlung, Gelder auf neue Rechnung vorzutragen, enthält nicht die Bildung einer Spezialreserve. Den Gegensatz zum notwendigen, gesetzlichen Reservefonds bilden die freiwilligen Reserven, die nicht Spezialreserven, d. h. einem speziellen Zwecke gewidmet zu sein brauchen. Die Absicht der Majorität ging bei dem fraglichen Beschlusse dahin, liquide Betriebsmittel zu schaffen und die Inanspruchnahme von Bankkredit zu vermeiden. Es mag sein, daß in solcher Absicht auch eine Spezialreserve hätte geschaffen werden können, nämlich durch Bildung eines dauernden Betriebsfonds. Dies ist aber nicht geschehen; denn der Vortrag auf neue Rechnung widmet die betreffenden Gelder keinem bestimmten Zwecke, insbesondere keinem auf Dauer berechneten Betriebsfonds, sondern beläßt der AG. die Freiheit, sie im folgenden Jahre als Gewinn zu verteilen.

§ 266. Revision. 1. Umfang der Haftung der Revisoren. BauersZ. **18** 270. Eine Ausnahme von der in Regelfällen zu prästierenden Sorgfalt eines ordentlichen Revisors kann sich ergeben aus dem Auftrage, wenn z. B. von dem Revisor nur die Nachprüfung gewisser Verhältnisse beansprucht wird, aus der dem Revisor gestellten Frist, aus der Höhe des Honorars.

2. Zu Abs. 3 Schlußsatz. a) Wulff, LeipzZ. **11** 199, spricht sich de lege ferenda für den Wegfall der Bestimmung aus, wonach die Antragsteller den mindestens 6 monatigen Besitz der Aktien glaubhaft zu machen haben. b) Berechnung der Frist von 6 Monaten. Nicht nur beim Vorliegen einer Universalrechtsnachfolge soll die Besitzzeit des Rechtsvorgängers eingerechnet werden (so Staub § 266 Anm. 12), sondern nach Wulff, LeipzZ. **11** 200, auch im Falle einer Singularsukzession (Erwerb durch Vermächtnis oder im Wege der Zwangsvollstreckung).

§ 268. Regreßklagen. I. Regreßansprüche gegen den Aufsichtsrat. Wulff, LeipzZ. **11** 195 ff., bespricht die Schwierigkeiten, die sich bei Geltendmachung von Regreßansprüchen gegen den Aufsichtsrat einer AG. insbesondere dann ergeben, wenn der Aufsichtsrat allein oder mit seinen Freunden über die Majorität in der Gesellschaft verfügt, so daß dadurch ein Beschluß der Generalversammlung zur Geltendmachung von Regreßansprüchen ausgeschlossen ist, oder wenn der durch den Aufsichtsrat bestellte Vorstand von dem Aufsichtsrat abhängig ist. Das im § 266 HGB. der Minderheit der Aktieninhaber gegebene Recht, zur Erlangung einer Auskunft und Aufklärung über die Geschäftsführung die Bestellung von Revisoren zu beantragen, führt nach Wulff nicht zum Ziele, weil der Aufsichtsrat es in der Hand hat, eine gründliche Untersuchung dadurch zu verhindern, daß er dem Antrage der Minderheit zuvorkommt, indem er selbst mit den ihm befreundeten Aktionären in der Generalversammlung Bestellung von Revisoren beschließen und diese nach seinem Vorschlage wählen läßt. Das Gesetz enthalte keine Vorschriften über die Pflichten der Revisoren und den von ihnen zu erstattenden Bericht und damit fehle es für die Minderheit an einer Handhabe, durch die man die Revisoren zwingen könne, ihren Bericht so zu gestalten, daß er die Vorgänge, die die Regreßpflicht des Aufsichtsrats begründen solle, klarstellen und damit eine genügende Grundlage für die Regreßklage bilde. Eine Ergänzung des Berichts und,

im Falle der Weigerung, die Entlassung der Revisoren könne nicht die Minderheit, zu der die Revisoren in keinem Dienst- oder Auftragsverhältnis ständen, sondern nur die Generalversammlung beschließen. Es müsse deshalb das Gesetz einmal der Minderheit das Recht geben, die Wahl der Revisoren durch Beschwerde bei den ordentlichen Gerichten anzufechten, und weiter müsse eine Bestimmung in das Gesetz aufgenommen werden, durch die die Revisoren von der Minderheit auf Erstattung eines sachgemäßen Berichts belangt werden können oder wonach das Gericht befugt wäre, an die Stelle der Revisoren im Falle der Nichterfüllung ihrer Pflicht auf Antrag der Minderheit andere zu setzen. Um die Regreßansprüche gegen den Aufsichtsrat zu erleichtern, will Wulff aaO. auch die Bestimmung in Wegfall bringen, wonach die Antragsteller glaubhaft machen müssen, daß sie seit mindestens 6 Monaten Besitzer der Aktien sind. Vgl. hierzu auch Wulff, LeipzZ. **11** 836.

II. Abs. 2. Die Befugnisse der besonderen, nach § 268 Abs. 2 bestellten Vertreter. 1. Das Recht auf Einsicht der Bücher wird den besonderen Vertretern vom OLG. Dresden, HoldheimsMSchr. **03** 259, abgesprochen. Das OLG. Dresden verneinte ein Recht der besonderen Vertreter, weil den Revisoren (§ 267) im Gesetz ausdrücklich das Recht auf Einsicht eingeräumt sei, während eine ähnliche Bestimmung für die besonderen Vertreter des § 268 Abs. 2 fehle. Diesen Schluß hält Wulff nicht für zwingend. Auch sei es eine Verkennung der tatsächlichen Verhältnisse, wenn das OLG. bemerke, daß die Sammlung des Stoffes zur Begründung der Klage Sache der mit der Revision betrauten Vertrauenskommission sei, der die Bücher auch vorgelegen haben. Auch der vom OLG. in Bezug genommene § 45 HGB. führe nicht zum Ziele; denn in dem Prozesse der Gesellschaft gegen den Aufsichtsrat würde eine Auflage an den letzteren, die Bücher vorzulegen, vollkommen wirkungslos bleiben, weil und insoweit der Aufsichtsrat gar nicht im Besitze der Bücher ist. S. dagegen LG. Dortmund, LeipzZ. **10** 575.

2. Wulff, LeipzZ. **11** 198, spricht den besonderen Vertretern die Befugnis zu, von der durch sie vertretenen Gesellschaft durch Klagestellung zu verlangen, daß ihnen das für den Prozeß, für den die Vertreter bestellt sind, erforderliche Urkundenmaterial (Bücher und Schriften der Gesellschaft) zur Verfügung gestellt werde; die Prozeßvertreter sollen aber weiter auch nach § 428 ZPO. befugt sein, von dem Gerichte die Bestimmung einer Frist zur Herbeischaffung der Urkunden durch die Gesellschaft zu erbitten.

III. Regreß gegen ausgeschiedene Mitglieder. **RG.** R. **11** Nr. 224. Für die Anwendung des § 268 macht es keinen Unterschied, ob der in Anspruch Genommene zur Zeit der Klagerhebung die Stellung eines Aufsichtsratsmitglieds noch einnimmt.

IV. Haftung des Vorstandes und Aufsichtsrats einer nichtigen AG. **RG.** (Strafs.) **43** 407, BayerZ. **18** 97. Wenn Personen zu Mitgliedern des Vorstandes oder Aufsichtsrats einer als AG. errichteten oder eingetragenen Gesellschaft bestellt sind und ihre Stellung übernommen haben, dann dürfen sie als solche nur nach Maßgabe der für den Vorstand und Aufsichtsrat einer AG. überhaupt gegebenen Gesetzesvorschriften, d. h. nur unter Einhaltung der darauf bezüglichen Beschränkungen und nur unter Beachtung der im Gesetze bezeichneten Pflichten eines Vorstandes und Aufsichtsrats tätig werden; diese Pflichten liegen ihnen uneingeschränkt auch dann ob, wenn die AG. trotz erfolgter Eintragung nicht voll wirksam, vielmehr mit einem Nichtigkeitsgrunde behaftet zustande gekommen ist (vgl. o. § 189).

§ 271. Voraussetzungen der Anfechtungsklage. Vorliegen eines Beschlusses; Fehlen der erforderlichen Mehrheit. **RG. 75** 239, LeipzZ. **11** 378, JW. **11** 409, BayerZ. **18** 198, R. **11** Nr. 1637.

Ist eine Versammlung überhaupt nicht oder von offensichtlich unbefugten Personen berufen oder fehlt es an der im § 259 HGB. verlangten Protokollierung, oder liegen solche flagrante Verstöße im Verfahren vor, daß das Abstimmungsergebnis nicht mehr unter den Begriff eines Beschlusses der „Generalversammlung“ gebracht werden kann, so ist kein Raum für die Anfechtungsklage. Anders, wenn die Formen für eine Beschlußfassung an sich gewahrt sind. Insbesondere ist ein Generalversammlungsbeschluß, für den statt der gesetzlich vorgeschriebenen erhöhten Majorität nur die einfache Mehrheit gestimmt hat, nicht nichtig, sondern nur anfechtbar (vgl. unten zu § 303).

§ 272. Prozeßvertretung. a) R. **11** 1194 s. schon JDR. **9** § 272 Ziff. I c. b) Stellung des Konkursverwalters. **RG. 76** 244, JW. **11** 721, BauerZ. **19** 3, R. **11** Nr. 2986. Für die Anfechtungsklage ist nach Eröffnung des Konkurses der Verwalter nur passiv legitimiert, wenn die Abwehr der erhobenen Klage einen Akt der Konkursverwaltung bedeutet. In anderen Streitigkeiten haben die Organe der Gesellschaft einzutreten. Demnach werden sie in dem Bereiche, der dem Verwalter gesetzlich zugeteilt ist, durch den Verwalter verdrängt. Das gilt nicht nur dann, wenn die Gesellschaft durch den Vorstand allein vertreten ist, sondern auch dann, wenn eine Gesamtvertretung durch Vorstand und Aufsichtsrat vom Gesetz angeordnet ist. Andererseits kann der Verwalter nicht kumulativ neben Vorstand und Aufsichtsrat in den Prozeß hineingezogen werden. Beschlüsse über Herabsetzung und Erhöhung des Grundkapitals berühren natürlich die Verwaltung der Konkursmasse nicht; ebenso gleichgültig ist für die Konkursmasse ein Wechsel in den Personen der Aufsichtsratsmitglieder. Dagegen müßte eine Klage eines Aufsichtsratsmitglieds auf Erteilung der Entlastung oder auf Feststellung des Nichtbestehens von Schadensersatzansprüchen allerdings gegen den Konkursverwalter gerichtet werden. Ein etwaiger Beschluß nach § 268 hat für die Konkursmasse keine Bedeutung; ein Gebot der Generalversammlung an den Vorstand, Ersatzansprüche aus der Gründung und der Geschäftsführung zu verfolgen, ist für den Konkursverwalter, der nur nach eigenem pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden hat, ohne Belang. Auch ein Entlastungsbeschluß wirkt auf die Konkursmasse nicht notwendig ein; denn in den Fällen des § 241 Abs. 3 HGB. steht den Gläubigern der AG. ein durch den Konkursverwalter zu verfolgender Ersatzanspruch zu, der durch einen Verzicht der Gesellschaft nicht getilgt wird.

§ 273. Positives Urteil im Anfechtungsprozesse. **RG. 76** 244 (248), R. **11** Nr. 2985. Es ist nicht richtig, was von der herrschenden Meinung gelehrt wird, daß eine Anfechtungsklage begrifflich nur ein negatives Ergebnis zeitigen könnte. Hebt z. B. das Gericht einen Bilanzgenehmigungsbeschluß als gesetz- oder statutenwidrig auf, so hat es zugleich die richtige Bilanz festzustellen (**RG. 64** 258). Eine solche positive Entscheidung ist aber nur möglich in einem Falle, bei dem alle Grundlagen der Entscheidung gegeben sind und aus den Tatsachen nur der einzig mögliche Schluß gezogen wird.

Vierter Titel. Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

§ 274. 1. Änderung der Dauer der Gesellschaft. **RG. 74** 297, R. **11** Nr. 226. Die Bestimmung über die Dauer der Gesellschaft kann nur in dem Gesellschaftsvertrage selbst oder in einem abändernden Nachtrag erfolgen, der dann aber selbst in den für den Gesellschaftsvertrag vorgeschriebenen Formen zustande gekommen sein muß. Der Beschlußfassung des Aufsichtsrats darf die Bestimmung nicht überlassen werden.

2. Betriebseinstellung als Statutenänderung. BauerZ. **18** 150. In einer einfachen Verpachtung (Betriebsüberlassung an einen anderen) ist eine Änderung des Gesellschaftsvertrags nicht zu erblicken; denn auf den statuta-

rischen Gegenstand ist das Unternehmen der AG. auch beim Pachtvertrage gerichtet; nur das Mittel zur Erreichung des Gesellschaftszwecks ändert sich, indem an Stelle des Selbstbetriebs Betrieb durch einen Dritten tritt. Verpflichtet ist aber die AG., gegen Empfang einer jährlichen Vergütung ihren Betrieb einzustellen; soll also der Betrieb stillgelegt werden zugunsten des die Vergütung zahlenden Dritten, dann liegt Statutenänderung vor. Ebenso BauersZ. 18 249.

3. Schaffung von Vorzugsaktien im Wege der Statutenänderung. **RG.** SeuffBl. **11** 130 vgl. § 185.

§ 277. Anmeldung der Vertragsänderung. 1. Wer hat die Statutenänderung anzumelden? OLG. **22** 34, BauersZ. **18** 122 (KG.). Anmeldung der Änderung durch ein ordentliches und ein stellvertretendes Vorstandsmitglied bei Kollektivvertretung. Im Falle der Kollektivvertretung kann bei Anmeldung einer Statutenänderung das zweite Vorstandsmitglied nicht durch einen Prokuristen ersetzt werden.

2. Die Eintragung von Änderungen des Gesellschaftsvertrags konzessionspflichtiger AG. Hachenburg, DJZ. **11** 312 ff. Während für die Neuanmeldung einer konzessionspflichtigen AG. die Vorlegung der staatlichen Genehmigungsurkunde nach § 198 Ziff. 6 HGB. notwendig ist, ist es streitig, ob das gleiche auch bei Eintragung einer Änderung des Statuts gilt. Das OLG. Darmstadt (BauersZ. **18** 198, DJZ. **10** 1415) hat die Vorlage der staatlichen Genehmigungsurkunde nicht für erforderlich erklärt mit der Begründung, daß das Gesetz die Vorlage nur bei der Anmeldung einer neugegründeten AG. verlange und daß aus dem Stillschweigen des Gesetzes für den Fall der Statutenänderung geschlossen werden müsse, daß der Gesetzgeber hier die Vorlage nicht verlangen wollte. Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt das KG. in KGJ. **11** 28, und zwar unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes; der in der Gesetzesbegründung klar ausgedrückte Sinn des Gesetzes, den Eintrag nur dann zuzulassen, wenn die betreffende Festsetzung nach allen Seiten hin rechtsgültig ist, treffe die Statutenänderung genau so wie den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag. Hachenburg schließt sich der Ansicht des KG. an, betont aber, daß eine ohne Vorlage der Genehmigungsurkunde eingetragene Statutenänderung gleichwohl wirksam sei und daher nicht von Amts wegen gelöscht werden könne. Eine Ausnahme gilt nach Hachenburg nur für den einen Fall, daß der Gegenstand der AG. geändert wird und der neue Zweck der AG. nicht mehr konzessionspflichtig ist; das ist aber nur eine scheinbare Ausnahme, denn eine solche Änderung enthält den Verzicht auf die Genehmigung.

§ 283. BauersZ. **18** 121. Rechtsfolgen, wenn der Vorstand bei Grundkapitalserhöhung den Aktienübernehmern Versprechungen in geschäftlicher Hinsicht (Geschäftsverbindung im Falle der Zeichnung) macht.

§ 289. Abs. 3. Kapitalsherabsetzung. Sicherung der Gläubiger bei Kapitalsherabsetzung. Oswalt, HoldheimsMSchr. **11** 197. Von vielen Schriftstellern wird § 289 Abs. 3 dahin verstanden, daß den Gläubigern betagter und bedingter Forderungen, sobald der Herabsetzungsbeschluß gefaßt oder doch sobald die Aufforderung an die Gläubiger veröffentlicht worden ist, ein Anspruch auf Sicherheitsleistung zustehe, der als ein richtiger Rechtsanspruch auch im Klagewege geltend gemacht werde. Gegen diese Auslegung wendet sich Oswalt; er nimmt an, daß § 289 Abs. 3 keinen Anspruch auf Sicherheitsleistung für die Gläubiger begründet, sondern nur eine Bedingung aufstellt, ohne deren Erfüllung die Gesellschaft „Zahlungen an die Aktionäre auf Grund der Herabsetzung des Grundkapitals" nach Abs. 4 nicht leisten darf; die Gesellschaft hätte hiernach immer noch die Wahl, entweder jene Sicherheit zu leisten oder diese Zahlungen hinauszuschieben.

§ 290. 1. Inwiefern ist die AG. befugt, ihren Aktionären die Zusammenlegung der Aktien anzudrohen, wenn sie nicht eine gewisse Zuzahlung leisten? BayersZ. **18** 105. Das RG. hat schon früher (**RG. 52** 287) ausgeführt: „Es ist etwas anderes, ob dem Aktionäre, der eine geforderte Einzahlung nicht leisten will oder kann, nur angedroht wird, daß er mit seiner Aktie zurücktreten müsse, oder ob ihm angedroht wird, daß ihm seine Anteilsrechte außerdem noch in höherem Maße geschmälert würden, als denen, die die Zuzahlung leisten." Nur die ungleichmäßige Behandlung der Aktionäre ist als Verstoß gegen § 285 HGB. unzulässig; das Opfer des die Zuzahlung nicht leistenden Aktionärs soll, soweit die Anteilrechte an der Gesellschaft in Frage kommen, nicht größer sein als das Opfer, das der zuzahlende Aktionär in Gestalt der Barzahlung leistet, um seine Anteilsrechte in der früheren Höhe aufrechtzuerhalten. Bringt nach dem Gesellschaftsbeschlusse der zuzahlende Aktionär auf fünf Aktien ein bares Opfer von 1000 M., während der nichtzuzahlende durch die Zusammenlegung von 5 : 4 eine Aktie im Nennwerte von 1000 M. einbüßt, dann ist eine ungleiche Behandlung nicht gegeben, der Beschluß also gültig.

2. Aktienzusammenlegung unter gleichzeitiger Dividendenzahlung. BayersZ. **18** 267. Beide Maßregeln lassen sich nie vereinbaren. Das reelle Vorhandensein eines verteilbaren Reingewinns schließt unter allen Umständen die Unterwertigkeit irgendwelcher Vermögensgegenstände aus, sie liefert vielmehr den Beweis, daß das Aktienkapital durch vollwertige Aktiva gedeckt ist und daß somit der Nennbetrag der Aktien gerechtfertigt erscheint.

Fünfter Titel. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

§ 292. Konkurs der AG. 1. Entlastung des Aufsichtsrats bei Konkurs der AG. vgl. § 260 Ziff. 1.

2. Stellung der Konkursverwalter bei Klagen auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen vgl. § 272 zu b.

3. Stellung des Vorstandes und des Aufsichtsrats im Konkurse. BayersZ. **19** 2.

§ 295. Liquidation. Abberufung der Liquidatoren. **RG.** BayersZ. **18** 176, LeipzZ. **11** 308. Der Konkurs über das Vermögen der AG. beendet das Dienstverhältnis des Liquidators und seine Gehaltsbezüge.

§ 298. Geschäftskreis der Liquidatoren. SchlHolstAnz. **11** 85, BayersZ. **19** 6, SeuffA. **66** 377 (Kiel). Unzulässigkeit der Bestellung eines Liquidators zum Konkursverwalter im Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft.

§ 302. Liquidationsbeendigung. 1. Verfrühte Firmenlöschung. BayersZ. **18** 199 (KG.). Die AktienG. besteht trotz Löschung der Firma bis zur vollständigen Verteilung des Gesellschaftsvermögens fort. Das Amt der bisherigen Liquidatoren dauert aber nicht fort, sondern es sind vom Gerichte gemäß Abs. 4 entweder die alten Liquidatoren erneut zu bestellen oder andere zu berufen.

2. Abs. 4. Nachtragsliquidation. KG. JDR. **9** § 302 a auch ZBlFG. **11** 495, BayersZ. **18** 199.

§ 303. Vermögensveräußerung im ganzen. Mit einfacher Mehrheit gefaßter Beschluß. **RG. 75** 239, R. **11** Nr. 1637, JW. **11** 409, BayersZ. **18** 198. (S. a. o. zu § 271.) Ein Generalversammlungsbeschluß, für den statt der gesetzlich vorgeschriebenen erhöhten Mehrheit nur die einfache Majorität gestimmt hat, ist nicht nichtig, sondern nur anfechtbar. Ebenso **RG. 60** 409; aM. OLG. **16** 93 (KG.).

§§ 305, 306. Fusion. 1. Einfluß auf Dienstverträge. SeuffA. **66** 442 (Hamburg). Die Unübertragbarkeit des Anspruchs auf Dienste

(§ 613 BGB.) gilt nicht auch bei Verschmelzung zweier AG.; doch kann selbstverständlich durch die Fusion für den Dienstverpflichteten ein wichtiger Grund zur unbefristeten Kündigung gegeben sein. (S. a. BGB. § 613 Ziff. 1.)

2. Hachenburg, LeipzZ. **11** 646, wendet sich gegen die in dem Urteile des BayObLG. (abgedruckt JDR. **9** § 305 Ziff. 1) vertretene und auch von Staub, Makower, Lehmann-Ring und Goldmann in den Anm. zu § 305 geteilte Ansicht, daß bei Fusion zweier AG. neben der Gewährung von Aktien andere Leistungen an die Aktionäre der aufnehmenden AG. nicht zulässig seien. Hachenburg tritt für die Zulässigkeit solcher anderen Leistungen ein, sobald die Gewährung der Aktien als Hauptleistung und die weitere als Nebenleistung erscheint; ob dies zutreffe, sei im Einzelfalle festzustellen.

3. Fusion während eines Rechtsstreits. **RG.** BauersZ. **18** 252 Auf den mit der Auflösung der übertragenden AG. verbundenen Gesamtvermögensübergang finden §§ 239, 246 ZPO. entsprechend Anwendung. Danach setzt sich der Rechtsstreit trotz Auflösung der ursprünglich klagenden AG. fort. Wurde er von dem Prozeßbevollmächtigten auf den Namen der untergegangenen Klägerin fortgeführt, so ist eigentliche Prozeßpartei doch die Rechtsnachfolgerin, und die prozeßrechtlichen Handlungen der Prozeßbevollmächtigten übten prozeßrechtliche Wirkung für und gegen diese, solange nicht eine Aussetzung beantragt wird.

§ 307. Umwandlung. 1. BauersZ. **18** 128. Umwandlung einer AG. in eine Gewerkschaft unter Beteiligung der Aktionäre an letzterer.

2. BauersZ. **18** 136 (BayObLG.). Umwandlung einer AG. in eine GmbH.

§ 308. Passivlegitimation für die Anfechtung einer Fusion. **RG. 75** 239, R. **11** Nr. 1638. Sinngemäße Anwendung des § 308 auf die Klage, mit der geltend gemacht wird, daß der Beschluß der Generalversammlung der aufgenommenen Gesellschaft, der die Genehmigung des Verschmelzens betraf, nichtig gewesen sei.

§ 309. Nichtigkeit. 1. Haußmann, Gründung der AG., 39 ff. Die Eintragung heilt alle Gründungsmängel bis auf die im § 309 bezeichneten.

2. **RG.**(Strafs.) **43** 407, BauersZ. **18** 97. Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat einer nichtigen AG. (vgl. § 268 zu IV).

3. Konzessionspflichtige AG. Hachenburg, DJZ. **11** 314. Die Nichtigkeitsklage ist weder gegeben, wenn eine konzessionspflichtige AG. trotz Nichtvorlage der staatlichen Genehmigungsurkunde eingetragen wurde, noch greift sie Platz bei Vorhalt oder Entziehung der Genehmigung (vgl. §§ 200 Ziff. 2, 277 Ziff. 2).

Sechster Titel. Strafvorschriften.

§ 312. „Absichtlich zum Nachteile handeln". **RG.** SeuffBl. **11** 432, SächsRpflA. **11** 181, BauersZ. **18** 193. Das Wort „absichtlich" ist im Sinne von „vorsätzlich" gebraucht. Zur Strafbarkeit genügt, wenn das Bewußtsein des Eintritts der Vermögensbeschädigung gegeben war, wenn der schädigende Erfolg vorauszusehen, ja sogar, wenn er als möglich vorausgesetzt und die Handlung oder Unterlassung auch für diesen Fall gewollt wurde. „Handeln" im Sinne des § 146 ist ein weiterer Begriff als „verfügen" nach § 266 StGB. und umfaßt jede Handlung oder Unterlassung, durch die ein Vorstandsmitglied die ihm nach dem bestehenden Rechtsverhältnisse obliegenden „besonderen Pflichten der Treue verletzt und dadurch einen Erfolg herbeiführt". Ein „Nachteil" kann auch schon in einer Vermögensgefährdung gefunden werden, sofern sie bereits eine nachteilige Veränderung des gegenwärtigen Vermögenszustandes enthält und eine Verminderung des Vermögenswerts bewirkt hat. Falsche Bucheintragungen, um die Mitglieder des Aufsichtsrats in anbetracht unzulässiger Kreditgewährungen zu täuschen, sind als ein

Handeln zum Nachteile der Gesellschaft zu erachten. Die nachfolgende Ausgleichung des Schadens schließt die Strafbarkeit nicht aus. Die Strafbarkeit wird deshalb nicht dadurch verhindert, daß die Vorstandsmitglieder glaubten, sie würden durch weitere Kreditgewährungen den eingetretenen Schaden beseitigen.

§ 314. 1. Ziff. 1. **RG.** (Straff.) **43** 407, BauersZ. **18** 97, R. **11** Nr. 1257. Der Umstand, daß die AG. mit einem Nichtigkeitsgrunde behaftet ist, schließt die Belangung der Vorstands= und Aufsichtsratsmitglieder wegen Verschleierung nicht aus.

2. **RG.** (Straff.) **43** 407, BauersZ. **18** 97. Verschleierung durch Aufnahme nicht im Eigentume der Gesellschaft stehender Grundstücke in die Bilanz vgl. § 261 Ziff. 5a.

§ 319. Ordnungsstrafen. RJA. **11** 44, BauersZ. **18** 242 (KG.). Die Festsetzung der angedrohten Ordnungsstrafe ist dann unzulässig, wenn der Vorstand, wenn auch nach dem Ablaufe der in der Verfügung bestimmten Frist, der ihm obliegenden Verpflichtung genügt hat.

Anhang I: Stempelrecht.

1. Reichsstempelgesetz. a) **RG. 75** 36, JW. **11** 190, BankA. **10** 205 BauersZ. **18** 152, ZAktWes. **11** 80. Wird die Sanierung einer AG. in der Art bewirkt, daß das Grundkapital um einen bestimmten Betrag herabgesetzt, gleichzeitig aber um denselben Betrag erhöht wird, so ist für die auf Grund des Erhöhungsbeschlusses ausgegebenen Aktien der Emissionsstempel zu entrichten. Aus den Urt. **RG. 45** 87 und **62** 322 läßt sich etwas Gegenteiliges nicht folgern. **b) RG.** BankA. **10** 157. Soll der für die Stempelberechnung maßgebende, den Nennbetrag übersteigende innere Wert junger Aktien aus dem Werte der als Gegenleistung für deren Ausgabe eingebrachten Brauerei ermittelt werden, so ist es nicht unzulässig, für die zu der Brauerei gehörigen beweglichen Sachen beim Mangel anderer geeigneter Grundlage die Bilanzwerte einzustellen. Von dem ermittelten Werte der Brauerei darf nicht der Preis einer für sie nach der Einbringung von der AG. angeschafften Eismaschine darum abgezogen werden, weil der Einbringende die Anschaffung schon vor der Einbringung für notwendig gehalten und eingeleitet hatte. Der Stempel ist für jede einzelne Aktie, nicht aber von dem gefundenen Gesamtwerte zu berechnen (Tarif Nr. 1 a RStempG.). **c) RG.** ZAktWes. **11** 31, BauersZ. **18** 153 u. 280, SächsRpflA. **11** 130, JW. **11** 194, 552. Für die Berechnung der Stempelabgabe von inländischen Aktien nach Tarif Nr. 1 a zum RStempG. vom 14. Juni 1900 ist der innere (wirkliche) Wert der ausgegebenen Aktien, nicht der von der ausgebenden Gesellschaft angenommene Wert entscheidend. Dieser Wert wird häufig am einfachsten durch den Wert der Gegenleistung, der gegen Hingabe der Aktien von dem Erwerber gewährt wird, ermittelt. Doch ist das nicht schlechthin gültig; vielmehr ist es im wesentlichen Tatfrage, wie der wirkliche Wert zu ermitteln ist. Es kann hierbei auch der Kurswert der alten Aktien von Bedeutung sein. **d)** Zu Tarif Nr. 1 a RStempG. **RG. 76** 138, JW. **11** 553, BankA. **10** 368. Ist die AG. nach dem Statute verpflichtet, die Hälfte jeder Emission junger Aktien den ersten Aktionären zum Parikurs anzubieten, und bietet sie ihnen zwecks Ablösung dieses Bezugsrechts bei einer Neuemission sämtliche Aktien zum Parikurs an, so bildet der Verzicht auf das Bezugsrecht einen Teil der Gegenleistung für die Gewährung auch der zweiten Hälfte der Neuemission zum Nennbetrag und ist als Mehrwert über den Ausgabepreis bei Berechnung des Aktienausgabestempels zu berücksichtigen. **e) RG. 75** 64, BauersZ. **18** 250, JW. **11** 230, BankA. **10** 368, ZAktWes. **11** 133. Zu Tarif Nr. 1 b RStempG. Begriff der „Aushändigung". Darin, daß ausländische Aktien im Inlande lediglich in Verwahrung gegeben werden, liegt eine Aushändigung nicht. Dagegen braucht der Aus=

händigung ein Anschaffungsgeschäft nicht zugrunde zu liegen. Es ist auch nicht erforderlich, daß der Geber persönlich im Inland erscheint und dort die Aktien dem Empfänger übergibt; Übersendung genügt. f) **RG.** BauersZ. **18** 179. Die Gebühr für die Eintragung des Zweiggeschäfts einer AG. richtet sich nach dem in diesem investierten Anlage- oder Betriebskapitale. g) **RG.** ZAktWes. **11** 56. Der Tantiemesteuer nach TarifNr. 9 RStempG. vom 3. Juni 1906 unterliegen auch Vergütungen an Aufsichtsratsmitglieder für solche Bemühungen, die nicht in der Überwachung der Geschäftsführung bestehen.

2. Preußen. a) BauersZ. **18** 221. Der erhöhte preuß. Landesstempel bei der Grundkapitalvermehrung ist dann nicht zu bezahlen, wenn der Erhöhungsbeschluß vor dem 1. Juli 1909 erfolgte, mag auch die Einzahlung nach diesem Termine geschehen. b) **RG.** BankA. **10** 140 (zu TarifNr. 25 c PrStempG. vom 31. Juli 1895). Werden bei Gründung einer AG. Mutungsrechte in sie eingebracht, so ist hieran der Einbringungsstempel von „beweglichen Vermögensgegenständen“ nach Tarifst. 25 c zu entrichten. Einheitlich nach dieser Tarifstelle ist der Stempel auch dann zu bestimmen, wenn nicht eine reine Einbringung (Übereignung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten), sondern ein mit der sog. Übernahme (Hingabe von Vermögenswerten gegen anderes Entgelt) gemischtes Geschäft vorliegt. c) **RG.** **74** 378, ZAkt.Wes. **11** 159. Versteuerung der in eine AG. eingebrachten Firmenrechte und der künftigen Erträgnisse eines Zeitungsunternehmens (Abonnementsgelder).

3. Bayern. a) BayObLG. **10** 425. Wenn auf Grund einer und derselben Anmeldung bei einer AG. mehrere Eintragungen in das Handelsregister erfolgen, die sich teils auf die AG., z. B. Neubestellung von stellvertretenden Vorstandsmitgliedern, teils auf die für die Gesellschaft erteilte Prokura beziehen, so sind zu verrechnen die im Art. 55 Ziff. 4 BayGebG. bestimmte Gebühr, soweit sich die Eintragung auf die Prokura bezieht, und daneben die Gebühr nach Art. 55 Ziff. 3 c, soweit die Eintragung die sonstigen Verhältnisse der Gesellschaft betrifft. b) Bay. ObLG. **12** 240. Bei einem Vertrag über Errichtung einer AG., deren Zweck auf den Gewinn der Teilhaber gerichtet ist, wird die Gebühr des Art. 153 Abs. 1 Bay. GebG. mit dem aus Abs. 4 sich ergebenden Abmaße geschuldet, daß die Gebühr, wenn das Aktienkapital nicht sogleich voll eingezahlt wird, nach dem Betrage der fälligen Teilzahlung erhoben wird. Maßgebend für die Gebührenerhebung ist nicht die Abführung des geschuldeten Betrags, sondern die Fälligkeit der Schuld; der Umstand, daß die Einzahlung nicht erfolgt ist, weil der Vertrag wieder aufgehoben wurde, ist für die Gebührenpflicht ohne Belang. c) BauersZ. **18** 136 (BayObLG.). Stempelgebühren und Besitzveränderungsabgabe bei Umwandlung einer AG. in eine GmbH.

4. Sachsen. a) BauersZ. **18** 223. Für die Einbringung von Sacheinlagen in eine neugegründete AG. ist in Sachsen der Landesstempel zu entrichten. b) BauersZ. **18** 107. Stempelsteuer für den Anstellungsvertrag eines Bankdirektors, der Gehalt und Tantieme bezieht, in Sachsen. c) SächsRpflA. **11** 140 (Entsch. des SächsFinMin.). Leistet ein Bürge im Falle der Fusion zweier AG. der übernehmenden AG. gegenüber Bürgschaft für die Forderungen, die letzterer aus der Fortsetzung des Geschäftsverkehrs mit einem Kunden der aufgelösten Gesellschaft entstehen, so ist Bürgschaftsstempel zu erheben.

Anhang II: Steuerrecht.

Literatur: Reidnitz, Die Besteuerung der AG. und der Aktionäre.

1. Über die Ermittelung des staatssteuerpflichtigen Einkommens solcher AG., deren bilanzmäßiger Gewinn außer aus dem auch auf das nichtpreußische Deutschland sich erstreckenden Gewerbebetrieb aus besonderen in Preußen allein radizierten Quellen fließt, vgl. v. Leyden, PrVerwBl. **32** 395.

2. Einkommensteuer. a) BauersZ. **18** 271. Die Zinsen eines Reservefonds erhöhen das steuerpflichtige Einkommen der AG. (preuß. R.). b) BauersZ. **18** 271 (OVG.). Die Vergütung für die Mitglieder des ersten Aufsichtsrats mindert die steuerpflichtigen Überschüsse des Geschäftsjahrs, für das sie bewilligt wurde. c) BauersZ. **19** 9 (OVG.). Wird ein Reservekonto in Höhe des daraus entnommenen Verlustbetrags wieder ausgefüllt, so unterliegen die hierzu verwendeten Überschüsse nicht der Einkommensteuer (preuß. R.). d) BauersZ. **19** 8 (OVG.). Wann unterliegen Abschreibungen aus dem Reingewinn als Reserven der Einkommensteuer? e) DJZ. **11** 991 (PrOVG.). Bei einer noch nicht in Liquidation getretenen AG. bildet den Gewinn der Aktionäre alles, was sie von der Gesellschaft unbeschadet des Grundkapitals und ohne Verpflichtung der Anrechnung auf ihre Kapitaleinlage erhalten, gleichviel, ob die verteilten Beträge aus dem bilanzmäßigen Gewinne der AG. in dem letzten Geschäftsjahr oder aus dem in Reservekonten angesammelten Gewinnen aus früheren Geschäftsjahren herrühren.

3. Gemeindeeinkommensteuer. a) SächsOVG. **16** 76. Heranziehung von AG. zur Gemeindeeinkommensteuer nach sächs. Rechte; Steuerpflicht der nach § 262 Ziff. 1 HGB. in die Zwangsreserve eingestellten Beträge. b) ZAkt.Wes. **11** 28 (PrOVG.). Heranziehung einer bei einer GmbH. beteiligten AG. zur Gemeindeeinkommensteuer. Die Steuerpflicht wurde verneint bezüglich des Einkommens, das auf den Anteil der AG. bei der GmbH. entfiel, weil er noch nicht in der Bilanz der AG. enthalten und von ihren Verwendungsbeschlüssen noch nicht betroffen und deshalb überhaupt als noch nicht vorhanden anzusehen war.

4. Schenkungssteuer. a) BauersZ. **18** 246. Wenn ein Gründer oder Vorsitzender des Aufsichtsrats einer AG. der Gesellschaft eine Schenkung zum Zwecke der Errichtung von billigen Arbeiterwohnungen macht, so greift eine Steuerbefreiung nach § 56 Abs. 2 ErbschStG. (Schenkung aus sittlicher Pflicht oder aus einer Anstandspflicht) nicht Platz. b) BauersZ. **18** 178. Die Zuwendungen einer AG. an eine von ihr errichtete Arbeiterpensionsstiftung unterliegen der Schenkungssteuer.

5. Wertzuwachssteuer. BauersZ. **18** 200. Die Umgehung der Wertzuwachssteuer durch Gründung einer AG. (BauersZ. **19** 6).

6. BauersZ. **18** 125. Ausnutzung der Präsensliste der Aktionäre durch die Steuerbehörde, um in zweifelhaften Fällen Widersprüche mit der Steuererklärung aufzuhellen.

Vierter Abschnitt. Kommanditgesellschaft auf Aktien.

§ 320. 1. Vertretungsbefugnis der Komplementare. Entziehung. JDR. **9** § 320 auch JW. **11** 59. Zustimmend Marcus, HoldheimsMSchr. **11** 183.

2. Abs. 3. Statutenänderungen. **RG. 74** 298, BauersZ. **18** 174, JW. **11** 60, ZAktWes. **11** 16. Dem Aufsichtsrat einer KommG. auf Aktien kann nicht durch das Statut im voraus und allgemein die Befugnis erteilt werden, Abänderungen des Gesellschaftsvertrags mit den persönlich haftenden Gesellschaftern zu vereinbaren. Die engen Grenzen, die im § 274 in bezug auf die AG. der Übertragung von Befugnissen der Generalversammlung auf den Aufsichtsrat gezogen werden, müssen nach § 320 Abs. 3 auch hier gelten.

§ 327. Abs. 2. Stimmrecht des Komplementars. Marcus, HoldheimsMSchr. **11** 183. Die Entziehung der Vertretungsmacht gegenüber dem Komplementar hat auf dessen Recht aus § 327 Abs. 2 keinen Einfluß.

§ 328. 1. Besondere Vertreter. Dauer ihrer Vertretungsmacht. **RG. 74** 301, LeipzZ. **11** 139, BankA. **10** 139, JW. **11** 60. Mit der Veränderung der gesetzlichen Vertretung der KommG. auf Aktien, wie sie die

Liquidation nach § 331 HGB. oder statutarischen Bestimmungen zur Folge hat, erlischt nicht die besondere Vertretungsmacht der nach § 327 Abs. 3 bestellten Vertreter.

2. Ersatzklage im Falle der Auflösung. **RG. 74** 301, JW. **11** 60, BankA. **11** 139, BauersZ. **18** 173. Die von der Generalversammlung gegen Komplementar und Aufsichtsratsmitglieder beschlossene Ersatzklage wird durch die Auflösung der AKG. nicht gegenstandslos; die Vertretungsmacht der hierfür aufgestellten besonderen Vertreter erlischt durch die Aufkündigung nicht. Eine solche Klage ist im Namen der Gesellschaft zu führen.

§ 330. Abs. 5. Auflösungspflicht, Form der Zustimmung des persönlich haftenden Gesellschafters. BauersZ. **18** 123, RJA. **10** 251 (KG.). Die Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter ist in dem über die Verhandlung aufzunehmenden Protokoll oder in einem Anhange zu dem Protokolle zu beurkunden. Eine von dem Komplementar in notarieller Form zu dem Registergericht eingereichte Erklärung ist mangels der vorgeschriebenen Form nichtig und deshalb auch der Auflösungsbeschluß solange nicht wirksam.

Fünfter Abschnitt. Stille Gesellschaft.

Literatur: H. Hase, Das Recht der stillen Gesellschaft.

§ 335. I. Begriff. 1. Stille Gesellschaft oder Dienstvertrag. WürttRpflZ. **4** 201 (Stuttgart). Klägerin, eine Handelsfirma, schloß mit dem Beklagten, ihrem Angestellten, einen Vertrag über Errichtung einer stillen Gesellschaft zum Verkaufe von Kohlen. Der Beklagte sollte das Handelsgewerbe unter seiner Firma betreiben und 3000 M. einlegen; Klägerin sollte alle in dem Geschäfte zu vertreibenden Waren, und zwar zu Händlerpreisen zu liefern haben. Beklagter durfte ohne ausdrückliche Ermächtigung der Klägerin von keiner anderen Seite als von der Klägerin beziehen, durfte überhaupt keine „Verträge" irgendwelcher Art schließen und keine anderen Geschäfte betreiben; er hatte sich den Anordnungen der Klägerin zu fügen, tägliche Geschäfts- und Kassenberichte zu erstatten, bezog neben seinem Gewinnanteile wöchentlich 40 M. Das OLG. erkannte, daß diese weitgehende Unterwerfung des einen Teiles unter den anderen nach der einen Seite mit dem Wesen der stillen Gesellschaft nicht unvereinbar sei; da Beklagter das Geschäft unter seinem Namen als Firma führte und da er allein dritten Personen gegenüber aus dem Betriebe des Geschäfts berechtigt und verpflichtet wurde, liege nicht ein Dienstvertrag, sondern eine stille Gesellschaft vor.

2. Stille Gesellschaft oder partiarisches Darlehen? SeuffA. **66** 285 (Braunschweig). In einem Falle, wo einerseits eine Vereinbarung über Gewinnbeteiligung, ebenso aber auf der anderen Seite jede Bestimmung über Verzinsung und Rückzahlung des Kapitals fehlte, hat das OLG. ausgeführt: „Als bedeutsames, wenn auch keineswegs entscheidendes Anzeichen für ein stilles Gesellschaftsverhältnis ist anzusehen, daß der Kapitalempfänger die Gelder in seinen Büchern nicht als Darlehen, sondern als „eingezahltes Kapital" oder als „Einlage" bezeichnet, daß er in seinen Geschäftsbriefen an den Gegner von „unseren Außenständen", „unserem Kapital", „unserem Kredite" sprach, daß dem Gegner ein weitgehendes Kontrollrecht eingeräumt war, indem ihm wöchentlich genaue Geschäftsberichte zugesandt wurden, die er mit Prüfungsbemerkungen zurückschickte, und daß zu wichtigen Geschäften seine Genehmigung eingeholt wurde.

II. Anwendung der Vorschriften des BGB., insbesondere der §§ 705 ff. 1. Marcus, HoldheimsMSchr. **11** 257. Die Anwendung der Bestimmungen des BGB. über die Gesellschaft auf die stille Gesellschaft ist bei der

Wesensverschiedenheit beider (der stillen Gesellschaft fehlen die Gemeinsamkeit des Gesellschaftszwecks, Gemeinschaft der Mittel, Gleichheit der Förderungspflichten der Sozien, gesamthänderisches Vermögen) nur in einzelnen Punkten möglich und es ist deshalb die Frage der Anwendung des BGB. mit Vorsicht für jeden Punkt zu prüfen. So wird § 708 BGB. auf die Leistungspflicht des stillen Gesellschafters nicht anwendbar sein. Neben dem § 723 BGB. (§ 339 HGB.) kommen bei vertragswidriger Behandlung der Einlage oder bei Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Geschäftsinhabers auch die §§ 325, 326, 610 BGB. in Betracht. § 722 BGB. wird anwendbar sein, wenn im Vertrage nur über den Anteil am Gewinn oder Verluste Bestimmung getroffen ist. Bei Tod des Komplementars endet nach § 727 BGB. die Gesellschaft.

2. Personenwechsel. Marcus, HoldheimsMSchr. **11** 258. Nach der herrschenden Ansicht ist der stille Gesellschafter nicht befugt, ohne Genehmigung des Sozius durch Vertrag mit einem Dritten diesen an seine Stelle zu setzen. Insoweit ist § 717 BGB. anwendbar; doch ist eine gegenteilige Vereinbarung zulässig.

III. Beteiligung Minderjähriger. a) BauersZ. **18** 164 (KG.). Keine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Fortsetzung der stillen Gesellschaft durch einen Minderjährigen. b) Marcus, HoldheimsMSchr. **11** 257. Da der stille Gesellschafter nicht Mitinhaber ist (§ 335 Abs. 2 HGB.), so findet § 1822 Ziff. 3 keine Anwendung.

IV. Einlage des stillen Gesellschafters. Marcus, HoldheimsMSchr. **11** 257. Durch eine Arbeitseinlage kann das Gesellschaftsverhältnis nicht erzeugt werden.

V. **RG.** BayRpflZ. **11** 264. Gegen den stillen Gesellschafter besteht kein Konkurrenzverbot.

§ 336. 1. Gewinn- und Verlustanteil des stillen Gesellschafters. Marcus, HoldheimsMSchr. **11** 258. Anwendung des § 722 BGB. vgl. § 335 Ziff. III b.

§ 339. 1. Kündigungsgründe. a) **RG.** LeipzZ. **11** 454. Unerreichbarkeit des Gesellschaftszwecks bildet einen wichtigen Grund zur Kündigung. b) **RG.** BauersZ. **18** 212, HoldheimsMSchr. **11** 189, erörtert die Frage, ob die Auflösung der stillen Gesellschaft deshalb berechtigt sei, weil der Ehemann der stillen Teilhaberin in ein Konkurrenzgeschäft übertrat. Vgl. über die Frage, ob der stille Gesellschafter dem Konkurrenzverbot unterliegt, auch Marcus, HoldheimsMSchr. **11** 258. c) Marcus, HoldheimsMSchr. **11** 257. Kündigung bei Vermögensverschlechterung des Geschäftsinhabers oder bei vertragswidriger Behandlung der Einlage des stillen Gesellschafters; Anwendung der §§ 325, 326, 610 BGB.

2. Einstellung des Geschäftsbetriebs durch den Komplementar. Marcus, HoldheimsMSchr. **11** 258. Wenn der Komplementar vor Ende des Vertrags den Betrieb des Handelsgeschäfts einstellt, hat der stille Gesellschafter kein Recht, gegen ihn auf Betreibung bzw. Fortsetzung zu klagen.

§ 340. Auseinandersetzung. OLG. **22** 37, R. **11** Nr. 1195 (Rostock). Der stille Gesellschafter hat keinen Anspruch auf den durch die Konjunktur entstandenen Wertzuwachs der vom Inhaber in das Geschäft eingebrachten Grundstücke.

Anhang: Steuerrecht.

BauersZ. **18** 233 (OVG.). Nach PrEinkommensteuerG. gilt der Gewinn des stillen Gesellschafters als Einkommen; ein Verlust des Stillbeteiligten darf vom Roheinkommen in Abzug gebracht werden.

Drittes Buch. Handelsgeschäfte.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 344. PosMSchr. **11** 27, 28 (Breslau). Ein Rechtsgeschäft eines Kaufmanns gilt zwar nach obiger Bestimmung im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig; die vierjährige Verjährungsfrist gemäß § 196 Abs. 1 BGB. soll aber nur auf diejenigen Anwendung finden, die tatsächlich im Interesse des Gewerbes vorgenommen sind.

§ 346. Handelsgebräuche. A. Allgemeines. I. Literatur. 1. Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr. Im Auftrage des Ältestenkollegiums herausgegeben von Prof. Dr. Max Apt, Syndikus der Korporation der Kaufmannschaft von Berlin (Berlin 1910).

2. Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Handelsgebräuche. Veröffentlicht in der Korrespondenz der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin.

3. Gerichtsassessor Dr. Conrad Ernst Riesenfeld, Breslauer Handelsgebräuche, zweite Folge (Breslau 1911).

4. HoldheimsMSchr. **11** 162—165. Gutachten über Handelsgebräuche, erstattet von den Ältesten der Kaufmannschaft in Berlin und der Handelskammer Frankfurt a. M.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 100. Handelsgebräuche können nur insofern in Betracht kommen, als der Inhalt der Vereinbarung der Partei zu Zweifeln Anlaß gibt oder eine der Ergänzung bedürftige Lücke aufweist, nicht aber auch, wenn die Vereinbarung zweifellos ergibt, daß die Parteien etwas von dem Handelsbrauch Abweichendes haben vereinbaren wollen.

2. OLG. **22** 39 f. (Rostock). Der Anwendung eines Handelsgebrauchs steht nicht entgegen, daß er dem einen Kontrahenten nicht bekannt war. Aber immer ist erforderlich, daß der Gebrauch gerade im Verkehre zwischen den Interessenkreisen der Gebiete besteht, denen die Vertragsparteien angehören. Ferner SeuffA. **66** 58 (Braunschweig).

3. HansGZ. **11** Hptbl. 30 (Hamburg). Es kommt nicht darauf an, ob eine Partei sich einer Verkehrssitte oder einem Handelsbrauche nicht unterwerfen wollte, wenn nicht die Absicht beim Vertragsschluß in einer dem Gegner erkennbaren Weise hervorgetreten ist. Die Unkenntnis der Usance nützt also der Beklagten nichts (vgl. JW. **07**, ferner **RG.** 6. 10. 08, WarnE. **09** 5).

4. OLG. **22** 38, 39 (Breslau). Auch wenn eine Partei nicht Kaufmann und deshalb § 346 HGB. nicht anzuwenden ist, ist aus §§ 133, 157 BGB. — unter Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben nach der Verkehrssitte — der Handelsgebrauch anzuwenden, ohne Rücksicht darauf, ob die Parteien einen abweichenden, nicht klar ausgedrückten Willen gehabt und ob sie das Bestehen der Verkehrssitten gekannt haben (JW. **03** 421). Vorausgesetzt bleibt aber immer, daß sich nicht ein abweichender übereinstimmender Wille der Parteien aus dem Vertrag, aus den begleitenden Umständen und aus den Vorverhandlungen ergibt (**RG.** **71** 223).

5. HansGZ. **11** Hptbl. 100, 101 (Hamburg). Die Usancen des Hamburger Warenvereins sind nicht allgemein geltende Handelsgebräuche, die auch dann gelten, wenn die Kontrahenten dem Warenvereine nicht angehören.

B. Einzelne Handelsgebräuche. 1. Korresp. der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin **11** 216. Berlin und Umgegend. In Handelskreisen hat sich eine feststehende Anschauung darüber, was unter „Berlin und Umgegend" zu verstehen, ist noch nicht herausgebildet. Es haben jedoch verschiedene Behörden eine zusammenstellung derjenigen Orte vorgenommen, die zu „Groß-Berlin" zu zählen

sind. So haben der Bundesrat in bezug auf Protest beim Wechsel- und Scheckverkehr und bezüglich der Einlassungsfristen im amtsgerichtlichen Prozesse, die Post bezüglich der Nachbarortsbezirke, die Eisenbahndirektion Berlin für den Güter- und Vororts-verkehr, das Statistische Amt der Stadt Berlin zu statistischen Zwecken diejenigen Orte festgesetzt, die „Groß-Berlin“ bilden. Bei allen diesen Zusammenstellungen wird sowohl Steglitz als Weißensee zu „Groß-Berlin“ gerechnet. Es ist deshalb anzunehmen, daß bei einer Vereinbarung, Trockenschnitzel seien weder direkt noch indirekt nach „Berlin und Umgegend“ zum Versande zu bringen, der Beklagte keinesfalls nach Steglitz oder Weißensee liefern durfte.

2. HansGZ. **11** Hptbl. 29 (Hamburg). Im Drogenhandel (Hamburg) besteht eine Usance, daß, wenn nach Typmuster gekauft ist, der Käufer sich einen Abfall bis zu 5 pCt. im Kaufpreise gefallen lassen muß, in solchem Falle nicht wandeln kann, sondern sich mit Preisnachlaß begnügen muß.

3. OLG. **22** 38, R. **11** 1200 (Breslau). Ein Handelsbrauch, der den Mäkler zum Selbsteintritte berechtigt, bindet die Vertragsparteien nicht, wenn in ihrer mehrjährigen Geschäftsverbindung der Mäkler immer nur vermittelt hat.

4. OLG. **22** 43 f. (Rostock). Wenn Dividendenscheine zur Gutschrift dem Bankier übergeben werden, so bedeutet das nach der Verkehrsauffassung des Bankverkehrs nur, daß die demnächst einzuziehenden Dividendenbeträge gutgeschrieben werden sollen. Dazu aber ist die Übertragung des Eigentums an den Papieren auf den Bankier nicht erforderlich, vielmehr genügt ein widerruflicher(?) Einziehungsauftrag.

5. S. ferner in den Sammlungen unter 1 oben.

C. Klauseln. I. Literatur. Heuer, Über Vertragsklauseln in bezug auf Abladung und Verschiffung des Kaufgegenstandes im überseeischen Handelsverkehre, LeipzZ. **11** 102—118. Der Verf. erörtert — unter Heranziehung von Literatur und Judikatur — zunächst den Sinn und die Bedeutung der sog. Abladungsklausel, mit der er immer die „Verladungs-“ und regelmäßig „Verschiffungsklausel“ identisch erachtet, wonach die verkaufte Ware in dem überseeischen Verschiffungshafen zu einer bestimmten Zeit oder binnen festgesetzter Frist abgeladen werden soll, z. B. „100 Tonnen Baumwollensaatmehl, September-Abladung ab Galverston“. Diese Klausel gibt bei Nichteinhaltung der Frist dem Käufer ohne weiteres das Recht zum Rücktritte vom Vertrag, und zwar deshalb, weil nach einem Handelsgebrauche der durch die Klausel statuierten Verpflichtung Fixcharakter beigelegt ist. Zwecks Feststellung der rechtzeitigen Verladung kann der Käufer, der regelmäßig auf Grund der Vertragsbedingung „Kasse — event. Akzept — gegen Konossement bzw. Dokumente“ Zug um Zug gegen Aushändigung dieser Urkunden Barzahlung zu leisten oder sein Akzept zu geben hat, Andienung von Verladungsdokumenten verlangen, die zu einem Zweifel an der rechtzeitigen Abladung keine Veranlassung bieten. Dieser Beweis wird durch ein vor dem Ablaufe der Abladefrist datiertes Konossement geführt. Kein Bedenken bieten die vor 1900 ausgestellten Konnossemente, die nach Art. 644 altes HGB. nach tatsächlicher Verbringung auf das Schiff und nur durch den Schiffsführer gezeichnet wurden. Als ausreichend müssen jedoch auch die nach neuem Rechte — § 642 HGB. — ausgestellten Konnossemente erachtet werden, bei denen allerdings die Ausstellung durch andere — als den Kapitän — dazu ermächtigte Vertreter der Reederei erfolgen kann, und zwar mit Zustimmung des Abladers auch über solche Güter, die zur Beförderung übernommen, aber noch nicht abgeladen sind, vorausgesetzt, daß der letzteres statuierende Abs. 5 des § 642 HGB. dahin verstanden wird, daß die — die Konnossementsausstellung vor der Abladung — voraussetzende Übernahme zur Beförderung von seiten des Schiffers erfolgte. Bei

der Vereinbarung der „Segelung“ des betreffenden Schiffes binnen bestimmter Frist hat die rechtzeitige Versegelung, Abfahrt des Schiffes, dieselbe rechtliche Bedeutung wie die fristgemäße Abladung. Die sog. Erwartungsklausel, z. B. 25 Tons argentinischer Quebracho-Extrakt „Juli/September Erwartung“ kommt meist nur bei Käufen aus zweiter Hand vor, wenn bezüglich derselben Ware von der ersten Hand bei ihrem Kaufe Abladung binnen bestimmter Frist bedungen ist. Die hinsichtlich der Beobachtung der Abladefrist entwickelten Regeln finden auf die Erwartungsklausel entsprechende Anwendung, indem der Verkäufer für so rechtzeitige Verladung der Ware aufzukommen hat, daß sie normalerweise innerhalb der gesetzten Frist erwartet werden kann. Zu verneinen ist mit **RG. 71** 309 — gegen Staub ([8] zu § 376 HGB.) und HansOLG. (HansGZ. **06** Hptbl. 309) und Düringer-Hachenburg (III 13) —, daß die vorerwähnten Klauseln die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft der Kaufsache bedeuten. Bei dem Verkaufe der als „schwimmend“ bezeichneten Ware, wobei die Zeit, seit welcher ungefähr die Ware schwimmend ist, hinzugefügt wird, ist unter Berücksichtigung dieses Zeitraums zu berechnen, wann die Ware, um die angegebene Zeit unterwegs zu sein, spätestens im Verschiffungshafen abgeladen sein mußte, und es gelten hinsichtlich des so ermittelten Zeitpunkts gleichfalls alle Regeln über Wahrung der Abladefrist (vgl. **RG. 30** 59). Ist der Zeitraum, seit welchem die Ware schwimmt, im Kaufvertrage nicht angegeben, so ist der Berechnung die Annahme zugrunde zu legen, daß das die Ware heranbringende Schiff spätestens beim Abschlusse des Kaufes abgefahren sei. Auch hier handelt es sich nicht um eine zugesicherte Eigenschaft, und die Folgerung, Käufer müsse vor Rücktritt zunächst Nachfrist gemäß § 326 BGB. setzen, ist abzulehnen (so auch HansGZ. **07** Hptbl. 114, vgl. auch ROHG. **3** 220). Ist dieser Vertragsklausel noch der Name des transportierenden Dampfers hinzugefügt, z. B. „schwimmend per Dampfer Cap Blanco“, so wird der Kaufgegenstand derart spezialisiert, daß nur die Lieferung der Ladung dieses Dampfers als Vertragserfüllung gilt und Angebot aus einem anderen, wenn auch rechtzeitig abgefahrenen, Dampfer vom Käufer nicht angenommen zu werden braucht (vgl. HansGZ. **94** Hptbl. 166). Auch die Benutzung des vorgeschriebenen Transportmittels „Abladung von Iquique mit Segler“ oder Einhaltung des für die Beförderung angegebenen Weges „via Panama nach Hamburg zu verladen“ haben eine so wesentliche Bedeutung, daß eine Abweichung von der Vorschrift das Angebot als nicht vertragsmäßig und den Käufer zur Zurückweisung der Ware berechtigt erscheinen läßt. Auch dies beruht auf einem allgemeinen Handelsgebrauche. Da aber hier die Vorschriften über Fixgeschäfte um deswillen nicht Anwendung finden können, weil es sich nicht um die Zeit der Verschiffung handelt, so muß der Käufer, um vom Vertrage zurücktreten zu können, die Voraussetzungen des § 326 BGB. erfüllen.

II. Rechtsprechung. 1. Bezüglich der Leistungspflicht. **a)** Des Lieferanten. α. HansGZ. **11** Hptbl. 181—185 (Hamburg). Bei einem Kaufvertrag über Gummi mit der Klausel „August/September Abladung von Australien“ liegt in der Klausel nicht die Zusicherung einer Eigenschaft der Ware, sondern lediglich eine Zeitbestimmung, die aber nicht das Geschäft zu einem Fixgeschäfte macht. Zum Schadensersatzanspruche bei Nichtlieferung bedarf es einer vorgängigen Fristsetzung, und zwar nicht etwa dahin, „im August/September“ die Ware abzuladen, sondern dahin „Gummi August/September Abladung von Australien“ zu liefern. β. OLG. **22** 41 f. (Hamburg). „Monatlich 200 Barrels“ und „Abladung November, Dezember 1907, Januar 1908“ bedeuten nur, daß der Käufer verlangen kann, daß je 200 Barrels im November, Dezember, Januar in New Orleans abgeladen werden; sie geben aber keinen Anspruch darauf, daß je 200 Barrels in verschiedenen Dampfern verladen werden und daß sie in

Zwischenräumen von Orleans abgehen. γ. HansGZ. **11** Hptbl. 102 (Hamburg). Unter der Klausel „Verladung prompt vom Persischen Golf" ist nur zu verstehen, daß die Ware schnell verladen werden soll und schuldhafte Verzögerung unterbleibe. δ. Koresp. der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin **11** 216. Wasserweg oder Landweg? Wenn die Übersendung der gekauften Ware auf dem Wasserwege lieferbar im März 1911 vereinbart war, so ist es nicht handelsüblich, vor Eröffnung des Wasserwegs durch Übersendung auf dem Landwege schon am 1. März zu erfüllen, es mußte vielmehr die Eröffnung des Wasserwegs abgewartet werden. Die Klägerin würde handelsüblich auch dann nicht zur Versendung auf dem Landwege am 1. März befugt gewesen sein, wenn die Bestellung auf „Abruf bis März 1911" erfolgt wäre. ε. HansGZ. **11** Hptbt. 57 f. (Hamburg). Der Verkäufer einer aus einem bestimmten Werk zu liefernden Ware ist beim Eintreten höherer Gewalt, infolge deren der Betrieb des Werkes nicht aufrecht erhalten werden konnte, von seiner Lieferungspflicht befreit, wenn der Kontrakt mit Bestimmung getroffen ist: „shipment subject to strikes, accidents and occurrences beyond the control of the seller" (s. auch **RG. 57** 116). ζ. OLG. **22** 42 (Marienwerder). Mit der Klausel „Ab Ungarn unverzollt" ist vereinbart, daß der Besteller die Fracht von Ungarn bis zu ihm, sowie den Grenzzoll zu tragen hat und daß der Wein aus Ungarn kommt, und damit die Gewähr, daß er in Ungarn hergestellt ist. Die Klausel hat aber nicht ohne weiteres die Bedeutung, daß der Besteller die Verzollung erst beim Empfange des Weines selbst besorgen sollte. η. OLG. **22** 42 (Dresden). Klausel „lieferbar transito ab Freihafen Hamburg" bedeutet bei dem Verkaufe von Jamaikarum nicht in größeren Mengen zum Weiterverkauf in unverzolltem Zustande, sondern in kleinen Mengen zur Verarbeitung im eigenen inländischen Betrieb, daß der Preis sich unverzollt versteht, der deutsche Eingangszoll also vom Käufer zu erlegen ist. ϑ. HansGZ. **11** Hptbl. 312 (Hamburg). Der Verkäufer, der verpflichtet war, den verkauften Zucker „frei Schiffsseite" zu liefern, hatte nur den Zucker an das Schiff heran zu liefern, nicht aber dafür zu sorgen, daß das Schiff den Zucker aufnehme und mitnehme. Dies war alsdann Sache des Käufers. ι. OLG. **22** 39 (Naumburg). „Waggonfrei C." bedeutet nur, daß der Verkäufer den verkauften Hafer auf dem Bahnhofe in C. in Eisenbahnwagen zu verladen hat. ϰ. Noch enger OLG. **22** 39 (Hamburg). λ. HansGZ. **11** Hptbl. 308 (Hamburg). „Frei Waggon" bedeutet nur, daß der Käufer erst von da ab die Kosten der Versendung zu tragen hat, während die bis dahin erwachsenden der Verkäufer trägt. Die Klausel bestimmt nicht, daß gerade von der bezeichneten Station die Versendung erfolgen muß. μ. HansGZ. **11** Hptbl. 188 (Hamburg). Im Falle der Vereinbarung der „Zirkaklausel" steht es im Belieben der Verkäuferin, das innerhalb des usancemäßigen oder speziell vereinbarten Spielraums sich haltende Quantum mehr oder weniger zu liefern. **b)** Des Abnehmers. α. **RG.** LeipzZ. **11** 926. Klausel „30 Tag Kasse mit 2 pCt. Skonto" bedeutet, daß die Rechnungsbeträge spätestens am 30. Tage von der Ausstellung der Rechnungen zu entrichten sind, also am 30. Tag d. d. Faktura fällig werden. β. SeuffA. **66** 58 Nr. 28 (Braunschweig) — unter Anziehung der Literatur für beide Ansichten —. Die Bedeutung der Klausel „Netto Kasse" streitig. Nach der einen Ansicht bedeutet sie nur das Verbot des Skontoabzugs, nach der anderen wird außerdem die Pflicht des Käufers zur sofortigen Zahlung bei Abnahme begründet. γ. HansGZ. **11** Hptbl. 271 f. (Hamburg). Ist „netto Kasse gegen Dokumente" verkauft, so ist der Käufer, der die Dokumente entgegennimmt und sie weiter verwertet, unbedingt zur Zahlung verpflichtet und kann nicht einwenden, daß die gelieferte Ware mangelhaft sei, es sei denn, daß dieser Einwand dem Grunde wie der Höhe nach bereits feststeht.

2. Bezüglich der Rügepflicht. LeipzZ. **11** 168 (AG. Hamburg). „Marchandise agréé et vendue franco quai Bordeaux." Der Sinn der Klausel ist

offenbar der, daß in Bordeaux vor der Verschiffung die Ware untersucht und über ihre Genehmigung entschieden werden sollte. Eine Rüge in Bordeaux ist nicht erfolgt; die Ware gilt daher als genehmigt. S. hierzu auch unter § 377.

3. Sonstiges. OLG. **22** 39 f. (Rostock) — mit zahlreicher Literatur —. Bei dem „Vinkulationsgeschäfte", das sich im Verkehre der österreichisch-ungarischen Grenzgebiete, namentlich in Galizien mit den angrenzenden russischen und deutschen Gebieten entwickelt hat, ist der gewöhnliche Hergang, daß der Händler, der einem auswärtigen Importeur Getreide, Eier usw. verkauft hat, das für den Ankauf erforderliche Geld von einem inländischen Bankier anleiht. Dieser gewährt den „Vorschuß" gegen Aushändigung der Verladungsdokumente und tritt derart in das Kaufgeschäft ein, daß er die Ware im eigenen Namen dem Importeur mit der Maßgabe anbietet, daß letzterer nur an ihn zahlen dürfe. Der Vinkulationsbrief trifft meist noch Bestimmungen dahin, daß der Vinkulant das ausschließliche Verfügungsrecht über die Ware habe und daß der Empfänger über das bei ihm eintreffende Gut nur verfügen dürfe, falls er bereit sei, an den Vinkulanten zu zahlen. Dieses Vinkulationsgeschäft besteht im Verkehre zwischen Norddeutschland und Österreich für den Handel mit Federn als Handelsgebrauch nicht.

D. Vertragsabschluß, Stillschweigen, Bestätigungsschreiben. 1. OLG. **22** 2 (Hamburg). Nur unter Kaufleuten kann das Stillschweigen auf ein im Bestätigungsschreiben nachträglich gestelltes Vertragsangebot die Bedeutung einer Zustimmung gewinnen (**RG. 54** 181, **58** 66).

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 190, 191. Stillschweigen eines Kaufmanns auf ein Bestätigungsschreiben kann im Handelsverkehre vertragsbegründende Bedeutung haben.

3. Ebenso **RG.** JW. **11** 976 Nr. 7, LeipzZ. **11** 925. Es ist nicht ausgeschlossen, daß ein Schreiben, welches ersichtlich dem Zwecke dient, ein nach der Überzeugung des Schreibenden mündlich oder telephonisch abgeschlossenes Geschäft zu bestätigen, doch auch dessen Willen zum Ausdrucke bringen kann, den in dem Schreiben niedergelegten Vertragsinhalt schlechthin gelten zu lassen auch für den Fall, daß der vorausgesetzte Vertragsabschluß nicht erfolgt war. Eine solche Erklärung würde ein erneutes Vertragsangebot darstellen, das auch durch Stillschweigen angenommen werden kann (unter Hinweis auf **RG. 54** 176 ff., **58** 69 f.).

4. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 121, 122. Hat ein Kaufmann auf ein ihm zugegangenes, einen Kaufabschluß in einzelnen Teilen abänderndes Bestätigungsschreiben nicht geantwortet, konnte aber der andere Teil im Falle des Nichteinverständnisses eine sofortige Antwort erwarten, so ist der Vertrag mit jenen Abänderungen, und zwar in dem Zeitpunkte zustande gekommen, in dem der andere Teil den Eingang einer etwaigen ablehnenden Antwort erwarten durfte.

5. Aber **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 148 f. Der Grundsatz, daß in der Regel in dem Mangel rechtzeitigen Widerspruchs gegen ein Bestätigungsschreiben ein stillschweigendes Einverständnis mit diesem zu erblicken ist, kann nicht auf den Fall angewendet werden, daß ein Vorschlag zur Abänderung eines bestehenden Vertrags gemacht und nicht alsbald von der Gegenseite hierauf geantwortet wird. Ferner **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 246, 247.

6. **RG. 75** 419—427, JW. **11** 491 f. Nr. 20, LeipzZ. **11** 295, BauersZ. **18** 223 bis 225. Der bei einem Vertragsabschlusse nicht beteiligt gewesene Kollektivgeschäftsführer muß sofort nach Kenntnisnahme seine Entschließung erklären, andernfalls auch sein Einverständnis damit angenommen wird.

7. R. **11** Nr. 2219 (KG.). Wird in einem kaufmännischen Bestätigungsschreiben auf angeblich beigefügte Syndikatsbestimmungen in der erkennbaren Absicht hingewiesen, daß deren Inhalt für die rechtsgeschäftlichen Beziehungen der Parteien maßgebend sein solle, so kann sich die andere Partei, die das Bestätigungs-

schreiben stillschweigend angenommen hat, nicht nachträglich darauf berufen, daß die Syndikatsbestimmungen dem Bestätigungsschreiben nicht beigelegen hätten und daher nicht Bestandteil des abgeschlossenen Vertrags geworden seien.

8. Hingegen R. **11** Nr. 1991 (Hamburg). Es entspricht kaufmännischer Übung, mündlich geschlossene Verträge durch schriftliche Bestätigungen festzulegen und in diese schriftlichen Bestätigungen Bedingungen aufzunehmen, die nicht ausdrücklich besprochen sind. Es entspricht weiter Treu und Glauben wie der Verkehrssitte, derartige Bestätigungsschreiben umgehend zu beantworten, widrigenfalls aus dem Stillschweigen auf Annahme geschlossen wird. Hat jedoch der Absender ausdrücklich erklärt, er erwarte konforme Gegenbestätigung, dann ist dieser Schluß aus dem Stillschweigen nicht berechtigt. Es ist auch dann bedenklich, wenn in dem Bestätigungsschreiben auf Bedingungen (Bedingungen des Vereins der Futterhändler) verwiesen wird, die dem Schreiben nicht beigefügt und dem Empfänger auch nicht bekannt sind.

9. LeipzZ. **11** 325 (LG. Hamburg). Ein Hildesheimer Kaufmann erhält von einem Hamburger Kaufmann am 5. Juli eine telegraphische Offerte „auf morgigen Drahtbescheid". Er telegraphiert am 6. Juli um 6 Uhr 20 Min. nachmittags die Annahme. Die Depesche trifft in Hamburg nach Geschäftsschluß (6 Uhr 30 Min. nachmittags) ein und kommt am 7. Juli morgens in die Hände des Hamburger Kaufmanns. Dieser telegraphiert erst nach der Börse um 2 Uhr nachmittags: „Depesche abends aufgegeben, heute empfangen, ablehne Geschäft". Der Vertrag ist zustande gekommen, weil der Hamburger nicht unverzüglich abgelehnt, sondern den Verkauf der Börse abgewartet hat, die in der verspäteten Annahmeerklärung liegende neue Offerte gilt deshalb als angenommen.

10. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 888—893. Die in **RG. 54** 181 dargelegten Rechtsgrundsätze treffen auch für den Fall zu, daß der Empfänger eines sich auf einen Vertragsschluß beziehenden Bestätigungsschreibens so flüchtig liest, daß ihm darin enthaltene Abweichungen von dem seinerseits gemachten Vertragsantrag nicht zum Bewußtsein kommen.

11. Aber **RG.** JW. **12** 68 f. Nr. 2. Wer eine Urkunde blindlings unterschreibt, hat das Anfechtungsrecht dann, wenn er nicht das Bewußtsein hatte, die Urkunde nicht zu kennen. — War er z. B. der Meinung, die Urkunde gebe die vorausgegangenen Vertragsberedungen wieder, so greift, wenn er sich darin täuschte, die Anfechtung wegen Irrtums Platz (**RG.** JW. **09** 214, WarnE. **09** 547, **11** 472).

12. OldenbRpflZ. **38** 370—372 (Oldenburg). Der einseitige Vermerk auf einer Faktura, durch den ein anderer Erfüllungsort als der gesetzliche bezeichnet wird, ist rechtlich unerheblich. Dieser Grundsatz gilt auch im laufenden Geschäftsverkehr und bei vielfach wiederholter Übersendung von Fakturen, vorausgesetzt, daß die Fakturen mit den den gesetzlichen Erfüllungsort abändernden Vermerken nach Abschluß des Vertrags, insbesondere bei ihrer Erfüllung übersandt werden (vgl. insbes. **RG. 52** 135, **65** 331).

E. Treu und Glauben. Gute Sitten. 1. **RG.** LeipzZ. **11** 389, 390. Unter „konkurrenzfähigen Preisen", zu deren Berechnung sich die Beklagte verpflichtet hat, sind nicht die billigsten zu verstehen, zu denen eine Konkurrenzfirma der Beklagten liefert; die Klägerin muß sich vielmehr die Preise und Bedingungen gefallen lassen, die in einer von der Beklagten mit anderen Firmen abgeschlossenen Konvention festgesetzt sind. Es kommt bei der Frage der „Konkurrenzfähigkeit" auf die Preise der überwiegenden Mehrzahl der Fabriken, das Gros derselben, an, während die Preise vereinzelter Konkurrenzfirmen, die besonders billig anbieten, außer Betracht zu bleiben haben.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 273 f. Ein Mißbrauch des Rechtes aus § 320

Abs. 1 BGB. enthält immer einen Verstoß gegen Treu und Glauben im Sinne des § 320 Abs. 2 BGB. (S. a. BGB. § 320 Ziff. 6 a.)

3. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 194, 195. Eine zwischen den bei einer Submission beteiligten Unternehmern getroffene Vereinbarung über den Inhalt von Angeboten ist nach § 138 BGB. nichtig, wenn sie nicht bloß bezweckt, sich gegenseitig gegen sachlich ungerechtfertigte Unterbietungen der anderen zu schützen, sondern dem Unternehmer einen unangemessen hohen Verdienst zuzuführen.

4. OLG. **22** 142, 143 (Stuttgart). Verträge, durch die sich Gewerbetreibende verpflichten, ihre Waren oder Erzeugnisse nicht unter gewissen Mindestpreisen abzugeben, verstoßen gegen die guten Sitten, wenn sie von unbeschränkter Dauer sind.

5. BayRpflZ. **11** 121—123 (München). Die Vereinsbrauereien haben Mindestpreise festgesetzt, zu denen an Wirte und Flaschenbierhändler geliefert werden darf (sog. Kundenpreise), und Mindestpreise, die von ihren Kunden für den Ausschank und für die Abgabe von Flaschenbier an Private einzuhalten sind (Ausschankpreise). Sie haben vereinbart, daß die Mitglieder ihren Kunden nur zu den festgesetzten Kundenpreisen, solchen Kunden aber, welche die festgesetzten Ausschankpreise nicht einhalten, überhaupt nicht liefern dürfen, bis sie sich jenen Ausschankpreisen unterworfen haben, und zwar „unbekümmert um ältere oder laufende Verträge". Namentlich mit Rücksicht auf letztere Bestimmung als nach § 138 BGB. nichtig angesehen. (S. a. BGB. § 826 Ziff. 6.)

6. **RG. 76** 110—112. Wenn ein Kaufmann durch die Presse bekannt gewordene ehrenrührige, aber wahre Vorgänge aus dem Leben seines Konkurrenten wettbewerbshalber weiter verbreitet, so verstößt dies — mangels etwa noch besonders hinzutretender Umstände — nicht gegen die guten Sitten.

7. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 985—988. Ein Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des § 826 BGB. liegt zwar noch nicht im bloßen Eingehen des den Konkurrenten schädigenden Vertrags, der gegen einen mit diesen früher abgeschlossenen Vertrag der Kontrahenten verstößt, wohl aber dann vor, wenn er durch unlautere Mittel, z. B. Lügen, den Kontrahenten dazu bestimmt hat, den Vertrag mit dem anderen zu brechen.

8. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 988—991. Gegen die guten Sitten im Sinne des § 826 BGB. verstößt, wer entgegen der ausdrücklich erbetenen und ebenso erteilten Zusage, die bemusterten — nicht geschützten — Artikel nicht selbst herzustellen, und nachdem er nur gegen diese Zusage die Muster und die Engrospreise mitgeteilt erhalten hatte, die bemusterten Artikel, wenn auch nicht die Muster selbst, nachgeahmt hat und damit in Wettbewerb getreten ist. (S. a. BGB. § 826 Ziff. 13.)

9. HansGZ. **11** Hptbl. 35 f., OLG. **22** 328 f. (Hamburg). Wer durch Vertrag ihm verbotene Geschäfte abschließt, haftet zwar auf Schadensersatz, ist aber weder zur Herausgabe des Gewinns, noch zur Auskunft oder Abrechnung verpflichtet. Die für den Fall der Patentverletzung dahin angenommene Pflicht beruht auf der Ausschließlichkeit des dem Patentinhaber zustehenden Rechtes, die die Konstruktion rechtfertigt, daß der Patentverletzer die Geschäfte des Patentinhabers besorgt.

10. OLG. **22** 1 (KG.). Wer gegen die Zusicherung „der allerbilligsten bzw. Vorzugspreise" gekauft, hat gegen den Verkäufer keinen Anspruch auf Auskunftserteilung, ob er dem X. noch größere Abzüge vom Kaufpreise gewährt habe.

11. BadRpr. **11** 177 f. (Karlsruhe). Ein Vertrag, durch den eine Brauerei gegen die Verpflichtung der Bierabnahme auf 10 Jahre verspricht, einen Wirt und Hausbesitzer bei der Erwirkung der Wirtschaftskonzession zu unterstützen und auf

41*

jeden Widerspruch gegen die Konzession bei der Gemeinde und dem Bezirksrate zu verzichten, verstößt nicht gegen die guten Sitten.

12. BadRpr. **11** 179 (Karlsruhe). Dagegen verstößt ein Vertrag gegen die guten Sitten, durch den die Brauerei ohne Gewährung nennenswerter Vorteile den Gastwirt zur Abnahme von Bier auf übermäßig lange Zeit (32 Jahre lang) bindet.

§ 347. 1. **RG.** R. **11** Nr. 1639 (Dresden). Eine dauernde und regelmäßige tatsächliche Geschäftsverbindung schafft für die Beteiligten vertragsähnliche Sorgfaltspflichten. Als ein solches Verhältnis kann aber der gelegentliche, wenn auch in gewissen längeren Pausen sich wiederholende Abschluß von Geschäften nicht angesehen werden.

2. **RG.** ZAktWes. **11** 158 f., BankA. **11** 60 f. Der Bankier, der einem mit ihm in ständiger Geschäftsverbindung stehenden Kunden Wertpapiere zum Ankauf empfohlen und sodann selbst verkauft und hierdurch dessen Schädigung verursacht hat, haftet, wenn er bei seiner Raterteilung die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns außer acht gelassen hat.

3. **RG.** VI. 7. 7. 10, SeuffA. **66** 81. Ein Bankkaufmann haftet allerdings für einen Rat oder eine Auskunft, die er fahrlässig falsch einem Kunden hinsichtlich der Anlegung von Kapitalien oder des Ankaufs von Wertpapieren in Verbindung mit einem Kauf- oder Kommissionsgeschäft über Wertpapiere erteilt — denn sie ist eine Nebenleistung des Kauf- oder Kommissionsvertrags, den der Kunde mit ihm abschließt —, aber nicht für die Auskunft über die Solvenz eines Schuldners des Klägers. Eine dauernde Geschäftsverbindung, die als ein verpflichtendes Treuverhältnis die Grundlage einer vertraglichen Haftung für die Auskunftserteilung bilden kann, lag auch nicht vor. (S. a. BGB. zu § 676 Ziff. V.)

4. Dagegen **RG.** VI. 12. 4. 11, BayRpflZ. **11** 283—285, „wenn die Auskunftserteilung zu den geschäftlichen Gewohnheiten einer Bank, also zu den handelsgebräuchlichen Verrichtungen des Bankiers zählt".

5. OLG. **22** 329, 330 (Kiel). Die Bank, welche Papiere in ein verschlossenes Depot nimmt, hat keine Kontrollpflicht bezüglich Auslosung u. dgl.

6. **RG.** BankA. **10** 238. Der Diskontierungs- oder der Girovertrag verpflichtet den Käufer des Wechsels nicht, bei Empfangnahme der Wechselzahlung sich über die Person des Zahlenden im Interesse des Wechselverkäufers zu erkundigen (vgl. auch **RG. 54** 332).

7. BankA. **11** 60 (KG.). Verlangt ein Kunde von seiner Bank die sofortige Überweisung seines Guthabens an eine andere Bank und führt die Bank diesen Auftrag erst nach drei Tagen aus, so ist ihr Verschulden, wenn aus der Verzögerung ein Schaden entsteht, unverhältnismäßig gering gegenüber demjenigen des Kunden, der ihr nicht die Umstände angegeben hat, die die Ausführung des Auftrags noch am selben Tage nötig machten. Er muß deshalb den Schaden allein tragen.

§ 348. 1. **RG.** LeipzZ. **11** 66, 67 Nr. 1. Der Satz, daß Pönalstipulationen nicht extensiv interpretiert werden dürfen, ist für neues Recht nicht zutreffend. Auch für sie ist § 133 BGB. maßgebend.

2. LeipzZ. **11** 715, 716 (Bamberg). Vereinbarung ausschließlichen Einkaufsgebiets unter Konventionalstrafe ist nichtig gemäß § 138 BGB., wenn sie darauf abzielt, den Veräußerer zur Abgabe auch um unangemessenen Preis zu nötigen (vgl. auch **RG.** SeuffA. **63** Nr. 197, SeuffBl. **08** 857 ff.).

3. LeipzZ. **11** 77 Nr. 2 (Braunschweig). Der Beklagte hatte sich verpflichtet, weder „ein Korbgeschäft wieder zu eröffnen, noch sich an einem solchen zu beteiligen". Diese Klausel ist deshalb nichtig, weil der Kläger an einem so wenig beschränkten Verbote kein Interesse hatte, das vereinbarte Konkurrenzverbot aber dem berechtigten Interesse desjenigen entsprechen muß, zu dessen Gunsten es lautet (**RG. 53** 156 Staub [7] Anm. 8 zu § 74 HGB.).

4. **RG.** LeipzZ. **11** 65 f. Der Kläger verpflichtete sich, bei einer Vertragsstrafe von 10 000 M. „in einem Umkreise von 50 km von St. weder eine Mühle zu erbauen, noch käuflich zu erwerben, zu betreiben oder sich in irgendeiner Form an einer solchen zu beteiligen". Er gründete später 56 km von St. entfernt eine neue Getreidemühle und schloß für sie auch im Bannbezirke Geschäfte ab. Verletzung der Konkurrenzklausel liegt nicht vor. Ein Handelsgeschäft wird an dem Orte „betrieben", wo sich die Niederlassung des Inhabers befindet. Die Lieferungen in den Bannbezirk stellen keine dort erfolgende „Beteiligung" an der Mühle dar (vgl. auch **RG. 26** 163, BolzePr. **8** Nr. 459, 463, JW. **01** 726 Nr. 21).

5. HansGZ. **11** Hptbl. 275, 276 (Hamburg). Wer ein Alleinverkaufsrecht eines Fabrikats für ein bestimmtes Gebiet überträgt, hat selbst jeden Wettbewerb nach dem zugewiesenen Gebiete zu unterlassen und die gleiche Verpflichtung seinen übrigen Abnehmern aufzuerlegen, nicht aber dafür einzustehen, daß tatsächlich kein Dritter in das betreffende Gebiet hineinliefere.

6. S. auch §§ 74, 75 HGB.

§ 355. I. Literatur. Schlotke, Irrtumsvorbehalt im Kontokorrentverkehre, LeipzZ. **11** 531—534. Der Verf. wendet sich gegen eine Entsch. des OLG. Jena vom 23. Dezember 1910, nach der die Klausel S. E. u. O., „Irrtum vorbehalten" die novierende Wirkung der Saldofeststellung beseitige und ein Zurückgreifen und Bestreiten einzelner Posten zulasse, indem er unter Hinweis auf die Literatur und ROHG. **3** 426 jener Klausel nur eine buchhalterische oder arithmetische Bedeutung beimißt, die an dem Rechtsverhältnisse der Parteien nichts ändere.

II. Rechtsprechung. 1. OLG. **22** 44 (KG.). Das Kontokorrent setzt eine Abrechnung und Saldoziehung in regelmäßigen Zeitabschnitten voraus.

2. (In Verb. mit BörsG. § 66 Abs. 1 und 3.) **RG.** LeipzZ. **11** 455. Erfüllung ist im Kontokorrent die mit dem Saldoanerkenntnisse sich vollziehende vertragsmäßige Aufrechnung. Bleibt für den Terminschuldner ein Passivsaldo und sind zugleich klagbare und unklagbare Geschäfte geltend gemacht, so wird die Frage, welcher Teil des Saldo auf die eine, welcher auf die andere Gruppe von Geschäften entfällt, gemäß der neueren Rechtsprechung des RG. (Zitate bei Düringer-Hachenburg, HGB. [2] § 355 Anm. 38) durch eine verhältnismäßige Verrechnung der sämtlichen Kreditposten auf die klagbaren und die unklagbaren Debetposten gelöst. Hierbei versteht es sich nun aber von selbst, daß der Gläubiger eines solchen zum Teile aus unklagbaren Geschäften hervorgegangenen Saldos berechtigt ist, den Saldo auf neue Rechnung vorzutragen. Hat die neue Kontokorrentperiode wiederum mit einem Saldoanerkenntnisse geendet, so erstreckt sich die tilgende Kraft dieses Vorganges gleichmäßig auf die in die Periode übertragenen Reste älterer Forderungen aus unklagbaren Geschäften wie auf die darin neu entstandenen Forderungen dieser Art.

3. (In Verb. mit § 66 Abs. 4 BörsG.) **RG.** LeipzZ. **11** 455. Die dem Bankier vom Kunden gemachten Einschüsse gelten ebenso wie die ihm gutzubringenden Erlöse aus Effektenverkäufen während der Dauer der Kontokorrentenperiode nur als Leistungen zur Begründung von Aktivposten (**RG. 38** 232, **56** 23, JW. **04** 151 Nr. 27). So richtig es ist, daß die Parteien mit jenen Einschüssen eine Verringerung des Debets des Kunden bezweckt haben, so soll dieser Erfolg nach dem Wesen des Kontokorrents erst durch Verrechnung bei der Saldoziehung herbeigeführt werden. Leistungen aber, die im voraus auf den künftigen Saldo im allgemeinen erfolgen, sind keine Leistungen zur Erfüllung eines bestimmten Geschäfts im Sinne des § 66 Abs. 4 BörsG.

§ 356. Abs. 2. **RG. 76** 330—335, JW. **11** 722 f. Nr. 31, LeipzZ. **11** 695. Der aus einer oHG. ausgeschiedene Gesellschafter haftet für eine zur Zeit seines Ausscheidens bestehende Saldoforderung eines Dritten gegen die Gesellschaft aus einem Kontokorrentverhältnisse, wenn dieses Verhältnis nach seinem Ausscheiden fortgesetzt wird und spätere Saldoziehungen erfolgen und anerkannt werden, gleichwohl in Höhe jener Forderung, wenn der spätere Saldo nie unter jene Forderung heruntergegangen ist, anderenfalls in Höhe des niedrigsten Saldos (vgl. für letzteres V. 7. 12. 07 in einem hier nicht interessierenden Teile abgedr. **RG. 67** 156). Solche Forderung gegen den ausscheidenden Gesellschafter kann mit Rechtswirksamkeit an einen Dritten abgetreten werden.

§ 363. Abs. 1. I. Literatur. Orderschuldverschreibungen, wie sie im Handelsverkehre häufig zur Ersparung der für die Ausgabe von Inhaberschuldverschreibungen über bestimmte Geldsummen vorgeschriebenen staatlichen Ermächtigung (§ 795 BGB.), ausgegeben werden, dürfen nicht — wie die vorerwähnten gemäß § 793 BGB. — mit faksimilierter, im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellter Unterschrift versehen werden und sind sonst nichtig. Sie sind kaufmännische Verpflichtungsscheine im Sinne des § 363 HGB. und bedürfen deshalb der im § 126 BGB. vorgesehenen Schriftform. — Dies führt im Aufsatz „Faksimilierte Unterschriften auf Orderschuldverschreibungen", DJZ. **11** 78, 79, Löhr gegen Staub, HGB. (8) Anm. 22 zu § 363 und Hancke **02** 549 d. Bl. aus und zitiert die eine gleiche Auffassung aussprechende Entsch. des **RG.** vom 9. November 1910 (DJZ. **11** Spruchbeil. 154 f., GruchotsBeitr. **55** 826—829, BankA. **10** 188, BayRpflZ. **11** 185 f.), die Orderschuldverschreibungen mit faksimilierten Namensunterschriften (ebenso auch die beigegebenen auf Inhaber lautenden Zinsscheine) für ungültig erklärt. — Dagegen richtet sich der Aufsatz Kaiser, Die Unterzeichnung der Wertpapiere an Order, DJZ. **11** 278 f., der die Zulässigkeit bejaht, indem er davon ausgeht, daß aus dem Begriffe „Verpflichtungsschein" der Schriftzwang und somit die Anwendung des § 126 BGB. nicht zu folgern, im übrigen auch die Annahme einer gewohnheitsrechtlichen Zulassung faksimilierter Unterschriften gerechtfertigt sei. (S. a. BGB. § 126 Ziff. 2 b.)

II. Rechtsprechung. 1. **a)** S. die vorerwähnte Entsch. des **RG.** vom 9. November 1910. **b)** Ferner SeuffA. **66** 3—5 (Dresden). Auf Schuldverschreibungen, die nicht auf den Inhaber lauten, dürfen die Unterschriften nicht mechanisch hergestellt sein.

2. OLG. **22** 353—355, HansGZ. **11** Hptbl. 89—91 (Hamburg). Die Bank, die auf Grund gefälschter Anweisung einem anderen Geld überweist, hat gegen diesen einen Anspruch auf Rückerstattung aus ungerechtfertigter Bereicherung (näher ausgeführt).

3. **RG. 76** 239—244. Lieferscheine „Liefern Sie à conto unserer Kontrakte an Herrn . . . 10 000 kg Leinkuchen" sind als Anweisungen im Sinne der §§ 783 ff. BGB. anzusehen. Die Übertragung der Rechte aus dieser Anweisung ist erfolgt durch die auf die Rückseite der Lieferscheine nach Art der Blankoindossamente nacheinandergesetzten Namen, wodurch die Verkäufer ihren Übertragungswillen zum Ausdrucke gebracht haben. Mit der Lieferung an die letzte Inhaberin der Anweisungen hat die angewiesene die Verpflichtungen ihrer Verkäufer zur Lieferung der Ware erfüllt. Der Kassalieferschein, d. h. ein solcher, in dem bereits der Aussteller, der erste Verkäufer, den Fabrikanten zur Lieferung nur gegen Zahlung angewiesen hat, hat die fernere Wirkung, daß durch die Zahlung des letzten Inhabers des Lieferscheins der Aussteller des Scheins und jeder folgende Nachman wegen ihrer Kaufpreisforderung gegen den unmittelbaren Nachmann in Höhe des gezahlten Betrags für befriedigt gelten.

4. Abs. 2. HansGZ. **11** Hptbl. 114 f. (Hamburg). Ist der Konnossements=

inhaber zugleich der Befrachter, der selbst oder dessen Vertreter das Gut dem Schiffe im beschädigten Zustande übergeben hat, so kann er Rechte wegen Beschädigung des Frachtgutes auch dann nicht geltend machen, wenn die verletzte Beschaffenheit des Gutes sich aus dem Konnossemente nicht ergibt.

5. **RG. 74** 47—49. „Ist der legitimierte Konnossementsinhaber auch dann ohne weiteres berechtigt, gegen die Reederei eines Schiffes, welches schuldhaft mit dem das Konnossementsgut tragenden Schiffe zusammengestoßen ist, auf Schadensersatz zu klagen, wenn er das Konnossement erst nach dem Zusammenstoß und dem dadurch bewirkten Untergange des Gutes erworben hat?" Nein. Die Eigentumstradition des Konnossements hat nur die Wirkung, daß das Eigentum an der Ware auf den Empfänger übergeht, und zwar zu dem Zeitpunkte, wo er den Besitz des Konnossements erlangt. Dafür, daß Schadensersatzansprüche wegen Unterganges der Ware ohne weiteres als mit dem Konnossement übertragen gelten müßten, fehlt es an einem Anhalt im Gesetze, wenn schon die Zweckmäßigkeit einer derartigen gesetzlichen Regelung vielleicht anzuerkennen ist.

6. HansGZ. **11** Hptbl. 75, BankA. **10** 285 f. (Hamburg). Hat der Käufer von Waren entsprechend dem Kaufvertrage die ihm von der Bank des Verkäufers vorgelegten Wechsel gegen Aushändigung von sog. Konnossements-Teilscheinen, d. h. Anweisungen des Verkäufers an den Spediteur, dem Inhaber auf Grund des Konnossements das näher bezeichnete Quantum der Ware nach Ankunft zu den Bedingungen des Konnossements zu verabfolgen, akzeptiert und später eingelöst, so ist die Bank nicht ungerechtfertigt bereichert, wenn sich nachträglich die sog. Konnossements-Teilscheine als wertlos herausstellen, weil mangels Abladung ein Konnossement, auf das die Teilscheine sich beziehen, nicht vorhanden ist. Auch kann die Bank nicht wegen arglistiger Schädigung in Anspruch genommen werden, wenn sie keine besondere Veranlassung hatte, gegen die Redlichkeit ihres Kunden Argwohn zu hegen.

7. SchlHolstAnz. **11** 11 (Kiel). In einer Indossierung eines Lagerscheins, die gemäß § 363 Abs. 2 HGB. deshalb unwirksam ist, weil der Lagerhalter nicht zu den staatlich dazu ermächtigten Anstalten gehörte, kann unter Umständen eine Abtretung des Herausgabeanspruchs gemäß § 931 BGB. gefunden werden. (S. BGB. § 931 Ziff. 1.)

8. Ferner HansGZ. **11** Hptbl. 127 f., 145—150 (Hamburg), PosMSchr. **11** 78 f. (Marienwerder).

9. OLG. **22** 348 ff. (Kiel), **RG.** SchlHolstAnz. **11** 282 f. (Kiel durch RG. bestätigt). Der von einer — zur Ausstellung von Orderlagerscheinen mit der Wirkung des § 364 HGB. staatlich nicht ermächtigten — Lagerhausgesellschaft ausgestellte Lagerschein „Wir empfingen und lagerten zur Verfügung des Kaufmanns X. oder Order 5000 kg Mais. Die Ware wird nur an den Inhaber des Lagerscheins gegen dessen Rückgabe ausgeliefert" ist kein Inhaberpapier, sondern ein qualifiziertes Legitimationspapier im Sinne des § 808 BGB. Es bestimmt sich deshalb das Schuldverhältnis nicht nach § 796 BGB., sondern nach dem zwischen dem Schuldner und dem ursprünglichen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisse. Die Lagerhausgesellschaft war somit berechtigt, auch demjenigen gegenüber, der den Lagerschein durch Indossament erworben hat, das ihr gegen den ursprünglichen Gläubiger wegen Forderungen für die Lagerung anderer Ware aus § 369 HGB. zustehende Zurückbehaltungsrecht geltend zu machen.

§ 369. I. Literatur. Schwabe, JheringsJ. **58** 303 ff., behandelt das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht an zu Erfüllungszwecken angebotenen Waren und Wertpapieren, insbesondere an zu Erfüllungszwecken, erfüllungs- oder sicherungshalber angebotenen Wechseln unter Feststellung des Begriffs der Anweisung im Sinne des § 369 Abs. 3 HGB.

II. Rechtsprechung. 1. BadRpr. **11** 187 (Karlsruhe). Wegen eines dem Agenten zustehenden Anspruchs auf Rechnungslegung kann dieser aus dem Geld-

einzuge geschuldete Beträge weder aus § 369 H G B. noch aus § 273 BGB. zurückhalten, aus letzterem um deswillen nicht, weil sich aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt.

2. HansGZ. **11** Hptbl. 272 (Hamburg) — unter Hinweis auf SeuffA. **63** Nr. 30. — § 273 BGB. gestattet, abweichend vom Handelsrechte, die Zurückbehaltung von Papieren, die als Legitimationspapiere (Zertifikat und Meßbrief) keinen selbständigen Vermögenswert haben.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **56** 101—104, HoldheimsMSchr. **11** 310. Der Schuldner aus einer vollstreckbaren Urkunde kann die Zahlung deshalb zurückbehalten, weil er für die Schuld auch Wechsel zahlungshalber gegeben hat, die vom Gläubiger in Umlauf gesetzt sind, auch wenn er die Wechsel weder bezahlt hat noch Zahlung darauf leisten kann.

4. HansGZ. **11** Hptbl. 5—7 (Hamburg). Werden zwischen denselben Kaufleuten nacheinander mehrere Kaufverträge über die Lieferung gleichartiger Waren abgeschlossen, so *kann* der Sachverhalt ein solcher sein, daß diese mehreren Vertragsverhältnisse als ein innerlich zusammengehöriges Lebensverhältnis anzusehen sind und daß bezüglich jener Rechtsgeschäfte eine natürliche, gewollte Einheitlichkeit des Verhältnisses und ein hierdurch bewirkter natürlicher Zusammenhang für vorhanden erachtet werden muß. Es *muß* aber nicht so sein, selbst wenn die Verträge unter gleichartigen Bedingungen geschlossen sind. Den das Zurückbehaltungsrecht geltend Machenden trifft die Beweislast für die Einheitlichkeit. (S. a. BGB. § 273 zu II b.)

5. S. ferner zu § 363 Abs. 2.

Zweiter Abschnitt. Handelskauf.

§ 373. I. *Formalien des Selbsthilfeverkaufs.* 1. OLG. **22** 45 (Hamburg). Benachrichtigung im Sinne des § 373 HGB. ist keine *Willenserklärung*, auf die die §§ 130 ff. BGB. Anwendung finden. Es genügt, wenn der Verkäufer die Benachrichtigung rechtzeitig und ordnungsmäßig *abgeschickt* hat, mag sie auch dem Käufer gar nicht zugegangen sein. Rechtzeitige *Absendung* erforderlich (JW. **01** 10 Nr. 15).

2. OLG. **22** 45 (Hamburg). Die Versteigerung, die nicht rechtzeitig öffentlich bekannt gemacht wurde, ist unwirksam (22. 2. 10, II. 282. 09).

II. *Bedingungen des Selbsthilfeverkaufs.* **RG.** LeipzZ. **11** 378, HoldheimsMSchr. **11** 168—170. Für die Frage, ob dem Inhalte des ursprünglichen Kaufvertrags nicht entsprechende Versteigerungsbedingungen die Wirkung haben, daß der Selbsthilfeverkauf nicht als für Rechnung des säumigen Käufers erfolgt zu gelten hat, kommt es darauf an, ob unter den *obwaltenden Umständen* die Ausschließung der Gewährleistung als geeignet erscheint, das Ergebnis der Versteigerung ungünstig zu beeinflussen.

III. *Selbsthilfeverkauf beim Konnossement.* HansGZ. **11** Hptbl. 103 (Hamburg). Auch bei Käufen gegen Konnossement bildet in erster Linie die *Ware* den Gegenstand des Kaufes, und sie unterliegt daher auch dem Selbsthilfeverkaufe des § 373 HGB., nicht das Konnossement. Beim Selbsthilfeverkaufe *versicherter* Waren muß auch die Police mitverkauft werden. Selbsthilfeverkauf mit der Klausel „wie besehen" oder „ohne Gewähr für Qualität und Beschaffenheit" ist unzulässig, wenn sie nicht auch im Vertrag ausgemacht war (vgl. auch **RG. 19** 198, JW. **95** 540, BolzePr. **22** Nr. 456). Das gilt auch für den Deckungsverkauf.

§ 374. I. *Verhältnis des Selbsthilfeverkaufs zu anderen Rechtsbehelfen des Verkäufers.* 1. SeuffA. **66** 57 f. (Braunschweig). Die Verkaufsandrohung gegen den säumigen Käufer enthält keine Rücktrittserklärung, sondern nur eine *verschärfte Mahnung*.

2. HansGZ. **11** Hptbl. 98 (Hamburg). Daß die Verkäuferin den Verkauf in den Formen des § 373 HGB. vornehmen ließ, spricht nicht dafür, daß der Verkauf wegen Annahmeverzugs stattfand. Darüber, wie der nichtsäumige Teil den Schaden wegen Nichterfüllung des Vertrags aus § 326 BGB. liquidiert, enthält weder das HGB. — im Gegensatze zum alten HGB. — noch das BGB. irgendwelche Vorschriften. Die Form der Liquidation des Schadens steht daher ganz in seinem Ermessen und es sind ihm nur insoweit Grenzen gezogen, als er nach § 254 BGB. den anderen Teil nicht schuldhaft schädigen darf. Der nichtsäumige Käufer kann insbesondere mit der noch in seinem Besitze befindlichen Ware beliebig verfahren, er kann sie behalten und ihren Wert bei der Schadensliquidation in Anrechnung bringen, er kann sie auch verkaufen, und zwar öffentlich, insbesondere in der Form des § 373 HGB. oder unter der Hand, und den Erlös dem Käufer gutbringen (sog. Deckungsverkauf).

3. HansGZ. **11** Hptbl. 97 (Hamburg). Die Klage auf Erfüllung des Kaufes, d. h. auf Zahlung des Kaufpreises unter Abzug des im Selbsthilfeverkaufe nach § 373 HGB. erzielten Erlöses, und die Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB. können weder kumulativ noch alternativ, sondern nur event. miteinander verbunden werden, weil ihre Begründungen miteinander in Widerspruch stehen (vgl. auch **RG. 57** 106).

II. Berechnung des Schadensersatzes. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 110—114, BankA. **10** 139. Handelt es sich um marktgängige Ware, so ist mangels besonderer Umstände zu unterstellen, daß der Weiterverkäufer bei Nichtlieferung seines Verkäufers sich dieselbe anderweitig rechtzeitig zum Marktpreise beschaffen konnte, sie kann deshalb ihrem Schadensersatzanspruche nur die Differenz zwischen dem Marktpreise der verkauften Ware zur Zeit des Rücktritts ihres Verkäufers und dem festgesetzten Einkaufspreise zugrunde legen.

2. Ferner OLG. **23** 9—11, HansGZ. **11** Hptbl. 119 f., LeipzZ. **11** 954 (Hamburg). Abstrakte Schadensberechnung gegenüber dem säumigen Käufer ist auch dann zulässig, wenn es dem Verkäufer gelang, die vom säumigen Käufer nicht abgenommene Ware anderweitig zu verkaufen.

3. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 168 f. Der durch Abnahmeverzug des Käufers dem Verkäufer erwachsene, von jenem zu ersetzende Schaden kann darin bestehen, daß die für den Käufer aufgestapelte und gelagerte Ware durch das Lagern eine Verschlechterung ihrer Beschaffenheit erlitten hat, die Ersatzpflicht darin, daß der Käufer die Ware in diesem verschlechterten Zustande (Koksgrus statt ursprünglichen gemahlenen Kokses) abzunehmen hat.

§ 375. I. Literatur. Freudenthal, Voraussetzungen des Verzugs des Käufers bei dem Kaufe auf Abruf (Halle 1912). § 375 ist bei dem Kaufe auf Abruf, wenn der Käufer mit dem Abruf in Verzug gerät, nicht anwendbar.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 101 f. Wenn der Käufer weitere Abnahme (und aus diesem Grunde auch weitere Spezifikation) ablehnt, so kann der Verkäufer auf Feststellung der Abnahmepflicht des Käufers, und sofern dieser infolge des Verzugs mit der Spezifikation und Abnahme auch in Zahlungsverzug geraten ist, auch auf Zahlung des Kaufpreises klagen.

2. **RG.** LeipzZ. **11** 455. Es gibt keine Klage auf Abnahme einer noch gar nicht vorhandenen, erst noch zu spezifizierenden und danach herzustellenden Ware. Eine weitere Frage wäre die, ob der Verkäufer eine Klage auf Vornahme der Spezifikation hat; sie ist in der Literatur bestritten. Es bedarf jedoch eines weiteren Eingehens auf diese Bedenken nicht; denn die Klage ist keine Leistungsklage und das Berufungsurteil kein Leistungsurteil. Die Klage ist vielmehr eine Feststellungsklage, die unter unangemessener Verwendung des Wortes „Abnahme" den Sinn

hat, den Kaufvertrag und die Erfüllungspflicht des Käufers als noch bestehend festzustellen.

3. **RG.** LeipzZ. **11** 850 f. Bei dem gemäß § 375 Abs. 2 HGB. wegen Nichterfüllung geltend gemachten Schadensersatzanspruche konnte die Verkäuferin Ersatz des Unterschieds zwischen den Vertragspreisen und ihren Selbstkosten verlangen, und zwar konnte sie die Selbstkosten abstrakt in Ansatz bringen, d. h. den Betrag, der nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge allgemein üblich war — den Marktpreis am Ende der gestellten Nachfristen —, und konkret, d. h. den Betrag, den sie infolge der bei ihr obwaltenden besonderen Umstände, insbesondere wegen der von ihr getroffenen Anstalten und Vorkehrungen aufzuwenden gehabt hätte. Sie konnte ferner, da die Selbstkosten sich aus verschiedenen Faktoren zusammensetzten, den einen Faktor abstrakt, den anderen konkret berechnen.

§ 376. Heuer, LeipzZ. **11** 102 ff. Durch Vereinbarung der Kontrahenten kann auch anderen als Hauptverpflichtungen aus dem Vertrage Fixcharakter beigelegt werden. Eine solche Vereinbarung ist hinsichtlich der Abladeklausel durch einen allgemeinen Handelsgebrauch als getroffen anzusehen. Die Nichteinhaltung der Abladefrist begründet ohne weiteres ein Rücktrittsrecht des Käufers, vgl. § 346 C I.

§ 377. I. Ablieferung. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 247, LeipzZ. **11** 543. Unter Ablieferung im Sinne des § 377 HGB. ist der tatsächliche Vorgang zu verstehen, durch den der Verkäufer die Ware aus seiner Verfügungsgewalt entläßt und den Käufer instand setzt, nunmehr seinerseits darüber zu verfügen. Dieser tatsächliche Vorgang kann daher, selbst wenn die Beteiligten es wollen, nicht an einen anderen Ort verlegt werden, als an dem es geschehen ist.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 170. Unterschied zwischen „Erfüllung" und „Ablieferung". Der Erfüllungspflicht, soweit sie darin besteht, dem Käufer die Sache zu übergeben (§ 433 BGB.), hat der Verkäufer bei Distanzkäufen regelmäßig mit der Übergabe, der Auslieferung der Ware an den Frachtführer genügt; „abgeliefert" ist sie damit noch nicht; die „Ablieferung" erfolgt vielmehr (bei Distanzkäufen) regelmäßig erst am Bestimmungsorte, da, wo sie vom Käufer abzunehmen ist.

3. Ablieferungsort. DJZ. **11** 656 (Hamburg). Bekl. sollte das Holz frei Station Hamburg-O. liefern; er sandte es nach Hamburg B., wo Kläger es zwar abnahm, aber gleich nach O. befördern ließ und es dort untersuchte. Untersuchung war rechtzeitig. Der Verkäufer konnte den Ablieferungsort durch falsche Adressierung nicht ändern.

4. HansGZ. **11** Hptbl. 59 (Hamburg). Eine Ablieferung der Ware gilt nur als erfolgt, wenn sie mit Wissen des Käufers in seinen Gewahrsam gelangt ist. Allein auf das Nichtwissen kann sich der Käufer nicht berufen, wenn die die erfolgte Lieferung mitteilende Faktur einem Angestellten des Käufers übergeben war, der sie für ihn befugtermaßen in Empfang genommen hatte und nicht rechtzeitig an den Chef weitergab.

5. **RG.** HansGZ. **11** Hptbl. 79 f. Eine Ablieferung der Ware liegt bereits in der Verstattung der Untersuchung der Ware auf dem Speicher des Verkäufers.

II. Untersuchungspflicht. 1. Literatur. Gottschalk, Bedeutung einer Garantiezusage für die Mängelanzeig des § 377 HGB. und die Verjährungsfrist des § 477 BGB., JW. **11** 482—484. Der Verf. schließt sich der herrschenden (auch von Staub, Lehmann-Ring und dem RG. vertretenen) Meinung an, daß die Garantiezusage die Erstattung der Mängelanzeige gemäß § 377 HGB. nicht überflüssig mache, und wendet sich gegen die abweichende von Bucerius, GruchotsBeitr. **51** 751, vertretene Auffassung, nach der im obigen Falle § 377 HGB. keine Anwendung finde, weil nicht allein die Ware, sondern

der Erfolg wesentlicher Teil des Geschäfts sei und somit kein reiner Handelskauf im Sinne des § 377 HGB. vorliege. (S. a. BGB. § 477 I Ziff. 2.)

2. Rechtsprechung. a) OLG. 22 235 (KG.). § 377 findet auch auf Viehmängel Anwendung, wenn § 485 BGB. nicht zur Anwendung kommt. b) OLG. **21** 366, R. **11** Nr. 1384 (Kiel). Ein von einem Kaufmanne kaufender Nichtkaufmann (Handelsgärtner) darf die Untersuchung der Ware nicht ungebührlich verzögern. c) OLG. **22** 237 f. (KG.). § 377 findet auch Anwendung auf beiderseitige Handelsgeschäfte, die hinsichtlich der Gewährleistung für Sachmängel als Kauf zu behandeln sind. Dies trifft auch für die Auseinandersetzung von Gesellschaftern zu, sofern hierbei einem von ihnen ein gemeinschaftlicher Gegenstand zugeteilt wird (§§ 731—757 i. Verb. m. BGB. § 493— s. a. dort). Die Auseinandersetzung zwischen offenen Gesellschaftern ist stets, auch wenn sie nicht schon aus anderen Gründen Kaufleute sind, als beiderseitiges Handelsgeschäft anzusehen. d) **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 276 f. Auch wenn vereinbart ist, daß im Falle der Bemängelung der Ware über das Vorhandensein und die Tragweite der behaupteten Mängel endgültig Gutachter entscheiden sollen (Arbitrageklausel), ist eine der Vorschrift des § 377 HGB. entsprechende Mängelrüge erforderlich. e) SächsRpflA. **11** 355 f. (Dresden). Wenn es sich um einen reinen Werkvertrag handelt, finden die §§ 377 und 381 Abs. 2 HGB. nicht Anwendung. f) **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 309. Wenn auch grundsätzlich die Schwierigkeit der Entdeckung eines Mangels nicht von der Pflicht der auf ihn gerichteten unverzüglichen Untersuchung entbindet, so findet diese Pflicht doch ihre Grenze an dem weiteren Grundsatze, daß Unbilliges dem Käufer nicht zugemutet werden darf. Dafür aber, was mit der Billigkeit vereinbar ist, gibt in zweifelhaften Fällen gerade die Handelssitte einen Anhalt. Diese geht dahin, daß bei Zuckersäcken, die vor der Zuckerkampagne eingehen, Mängel, die nur bei der Füllung der Säcke erkennbar werden, erst gerügt zu werden brauchen, wenn die Füllung im normalen Geschäftsgang erfolgt, und Probefüllungen nicht erforderlich sind. g) NaumburgAK. **11** 67 (LG. I Berlin). Der Verpflichtung aus § 377 HGB. ist der Käufer dadurch nachgekommen, daß er nach der ursprünglichen Lieferung der Kasse die Mängel angezeigt hat. Nachdem der Verkäufer sich hierauf zu einer Beseitigung der Mängel bereit erklärt, die Beseitigung aber, wie festgestellt, nicht hat bewirken können, war der Käufer zur nochmaligen Rüge nicht verpflichtet.

III. Art der Untersuchung. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 278—280. Sind die Ausfallmuster im technisch-juristischen Sinne untersucht, so ist damit bereits der Untersuchungspflicht nach § 377 Abs. 1 HGB. genügt, und die spätere Mängelrüge käme nur als eine im Sinne von § 377 Abs. 2 HGB. erteilte in Betracht.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 278—280. Unterschied zwischen Kauf- und Ausfallmuster. Ersteres wird vor Abschluß des Kaufvertrags gegeben und dient dazu, daß sich der Käufer über den Abschluß einer noch zu liefernden bestimmten Ware schlüssig machen soll. Letzteres soll die Beschaffenheit einer bereits fest gekauften, aber noch nicht gelieferten Ware ausweisen und dient dazu, daß schon an diesem Muster die Untersuchungspflicht aus § 377 HGB. zu erfüllen ist, so daß mangels dieser Untersuchung und der entsprechenden Rüge die Ware als genehmigt gilt. Das aber setzt eine hierauf gerichtete Vereinbarung der Vertragschließenden voraus (vgl. **RG. 63** 221).

3. Ferner HansGZ. **11** Hptbl. 30 (Hamburg) über den Unterschied zwischen Kauf nach regulärem Muster, der sich als Kauf nach Probe im Sinne des § 494 BGB. darstellt, und dem Kaufe nach sog. Typmuster, bei dem sich der Käufer gewisse Abweichungen vom Muster gefallen lassen muß.

4. OLG. **22** 42 f. (Hamburg). Bei dem Verkaufe verdorbener Nahrungsmittel in Dosen ist der Mangel als ein verborgener an-

zusehen. Zwar hat der Käufer auch Konserven in verlöteten Dosen zu untersuchen und, wenn er selbst zu einer wirkungsvollen Prüfung nicht imstande ist, Sachverständige zuzuziehen. Aber niemals hat er die Untersuchung soweit auszudehnen, daß ihm dadurch unverhältnismäßige Opfer und Kosten erwachsen.

5. R. **11** Nr. 1211 (Braunschweig). Bei einheitlichen Lieferungen kann der Untersuchungspflicht durch Stichproben genügt werden. Stichproben können ihrer Natur nach völlige Sicherheit nicht geben, wenn sie auch, wie im vorliegenden Falle, ausreichend und nicht oberflächlich vorgenommen sind. Die Konserven sind in Büchsen verpackt, die nicht geöffnet werden können, ohne daß die unverbrauchten Waren der geöffneten Dosen verderben. Der Käufer darf sich daher mit dem Schlusse begnügen, daß bei einheitlicher Lieferung die übrigen Teile ebenfalls die Beschaffenheit der durch Stichproben untersuchten Teile zeigen. Stellt sich hinterher heraus, daß andere Teile mangelhaft sind, so kann dem Käufer der Einwand der versäumten Untersuchungspflicht nicht gemacht werden. Es handelt sich vielmehr um nicht sofort erkennbare Mängel, die erst nachträglich aufgedeckt waren. Ein derartiger Nachweis steht dem Käufer frei (Staub, HGB. § 377 Anm. 15, 31).

IV. Ort der Untersuchung. **RG.** LeipzZ. **11** 543. Aus dem Umstande, daß eine ordnungsgemäße Untersuchung der Ware stattzufinden habe, daß ihre Vornahme in Hamburg durch den Spediteur Schwierigkeiten bot, konnte auf den Vertragswillen geschlossen werden, daß die Untersuchung am Ende der Reise stattfinden solle.

V. Zeit der Untersuchung. 1. HansGZ. **11** Hptbl. 204 (Hamburg). Während der Abladung eine Untersuchung vorzunehmen, erfordert ein ordnungsmäßiger Geschäftsgang nicht, ganz abgesehen von der Frage, ob nicht die Ablieferung erst mit der vollendeten Abladung als erfolgt anzusehen ist. Verzögert sich die Untersuchung um einige Tage, weil der zur Unterbringung der Fässer im Lagerhaus erforderliche Aufzug einer vorübergehenden Reparatur unterliegt und erscheint eine Untersuchung auf dem Hofe nicht tunlich, so bleibt die Untersuchung rechtzeitig.

2. DJZ. **11** 1451 (Karlsruhe). Rechtzeitigkeit der Mängelrüge bei Zement. Im Handel mit Zement und Zementersatzwaren ist es nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang erst dann tunlich, die Zug- und Druckfestigkeit zu untersuchen, wenn die vom Händler ohne lange Lagerung sofort abgesetzte Ware von seinem Abnehmer ohne schuldhaftes Zögern zu Bauten verwendet worden ist. Der Händler ist zwar verpflichtet, die Ware unverzüglich nach der Anlieferung auf die Mahlfeinheit und Gleichmäßigkeit zu untersuchen, nicht aber zur Feststellung der Zug- und Druckfestigkeit an eine geeignete Prüfungsanstalt einzusenden und dadurch erhebliche Kosten aufzuwenden.

VI. Inhalt der Mängelrüge. 1. **RG.** R. **11** Nr. 1640. Eine Mängelrüge, die nur allgemein die Angaben der schlechten Beschaffenheit (abfallende Qualitäten) enthält, reicht aus, wenn aus sonstigen Umständen sich ergibt, daß der Verkäufer bei Empfang der Rüge wußte, um welche Mängel es sich handelte (**RG. 47** 12, 14).

2. HansGZ. **11** Hptbl. 284 (Hamburg). Eine Mängelanzeige, die besagt, die Ware sei ganz und gar nicht nach Muster geliefert, sondern sie sei minderwertig, genügt, wenn der Charakter der Ware überhaupt die Art der Mängel außer Zweifel stellt.

3. OLG. **22** 46, HansGZ. **11** Hptbl. 68 (Hamburg). Die Mängelanzeige des Klägers „Da die Ware zum größten Teile beschädigt und eine ganz geringe Beschaffenheit aufweist, können wir sie nicht empfangen" ist bestimmt genug, um die Beklagte erkennen zu lassen, um welchen Mangel es sich handelte; denn „beschädigt" ist ein technischer Ausdruck, der in der Branche soviel wie „Haarlassend"

bedeutet, und dem Beklagten als Importeur gesalzener Häute in großen Mengen bekannt gewesen sein muß.

4. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 278. Wenn auch ohne eingehende Bezeichnung der Mängel der Verkäufer aufgeklärt wird, so genügt das zur Rüge im Sinne des § 377 HGB. (ständige Judikatur des RG. in **RG. 47** 12, VI. 167. 00 vom 12. Juli 1900).

5. Hingegen **RG.** II. 7. 4. 11, R. **11** Nr. 1993; HoldheimsMSchr. **11** 276, 277 (Hamburg). Die allgemeine Rüge „schlechte Beschaffenheit", die das Nachschieben aller möglichen Mängel ermöglicht, kann auch bei Arbitrageklausel nicht als genügend erachtet werden.

6. OLG. **22** 47 (Rostock). Die Rüge der Probewidrigkeit genügt nicht, die Anzeige muß vielmehr auch ersehen lassen, worin die Probewidrigkeit besteht.

7. OLG. **22** 45 f. (Breslau). Mit der neben anderen geschäftlichen Mitteilungen beiläufig gemachten Bemerkung „Die gelieferten Metallspäne sind geringer als das Muster, enthalten Messingspäne; ich komme in einigen Tagen darauf eingehend zurück" hat der Käufer die mangelhafte Beschaffenheit der Ware nicht in dem Sinne gerügt, daß er die Ware nicht genehmigen wolle.

8. OLG. **22** 48 (Kiel). Handelt es sich um ein Sortiment, d. h. eine Sammlung verschiedener in einem Geschäftszweige vorkommender Gattungen eines Handelsartikels, deren Stücke einander ergänzen, so daß die geringere Güte einzelner Stücke durch die größere Güte anderer ausgeglichen wird, so können einzelne Stücke der Lieferung nicht zur Verfügung gestellt werden.

VII. Zeit der Mängelrüge. 1. OLG. **22** 49, HansGZ. **11** Hptbl. 24, BauersZ. **18** 165 (Hamburg). Der in der Faktura enthalten Vermerk „Reklamationen können nur innerhalb 8 Tagen nach Empfang der Ware berücksichtigt werden" kann allerdings die Rechte des Käufers nicht beeinträchtigen, insbesondere die Rügefrist nicht zu seinen Ungunsten verkürzen (vgl. ROHG. **1** Nr. 23), bindet aber den Verkäufer (vgl. Staub [6/7] § 377 Anm. 30 — gegen Staub [8. Aufl.] Anm. 32 —, Ritter, HGB. 594, SeuffA. **56** Nr. 23, R. **05** 596, **06** 372, **09** 1199).

2. OLG. **22** 46 (Naumburg). Die aus der Faktura ersichtliche Mehrlieferung braucht der Käufer vor dem Eintreffen der Ware nicht zu rügen.

3. **RG.** LeipzZ. **11** 840. Wenn es sich um eine eigenartige neue Ware handelt und um einen Mangel, der — äußerlich nicht ohne weiteres erkennbar — nur durch Vergleiche, Versuche und Erkundigungen mit Bestimmtheit hat festgestellt werden können, so kann eine Anzeige nach zwei Wochen noch als rechtzeitig anzusehen sein.

4. HansGZ. **11** Hptbl. 295—296 (Hamburg). Wenn der Käufer während der Entlöschung moniert, die Monitur aber nach Beendigung der Entlöschung nicht wiederholt, so liegt hierin nicht vorbehaltlose Annahme der gekauften mangelhaften Ware. Der Käufer präjudiziert sich auch nicht, wenn er nach erfolgter Monitur den Fakturapreis vorbehaltlos bezahlt.

5. RheinA. **108** 235—239 (Düsseldorf). Ein Verzicht auf den Einwand verspäteter Mängelrüge hat nicht ohne weiteres eine Verlängerung der Verjährungsfrist zur Folge. Nach Verjährung des Anspruchs auf Wandelung ist auch bei rechtzeitig erfolgter Mängelrüge die Rückforderung des gezahlten Kaufpreises ausgeschlossen.

6. Ferner **RG.** GruchotsBeitr. **55** 917—920. Für den Ablauf der Verjährungsfrist des § 477 BGB. kommt nichts darauf an, daß die Parteien vereinbart haben, die Untersuchung der Ware sollte erst zu einem späteren Zeitpunkt als zu dem der Ablieferung erfolgen (vgl. auch **RG.** 4. 1. 07, II. 268. 08, LeipzZ. **07** 289 Nr. 7). S. a. BGB. § 477 Ziff. II 3.

VIII. Adressat der Mängelrüge. **RG.** LeipzZ. **11** 58. Die Annahme der Revision, daß (Ingenieur) Sch. zur Entgegennahme der (Mängel-) Rüge nicht als von der Klägerin bevollmächtigt habe gelten können, ist unrichtig. Sch. war im Auftrage der Klägerin als sachkundiger Vertreter zur Prüfung und Abstellung der zunächst aus Anlaß der Rückschläge in der Dampfmaschine entstandenen Schwierigkeiten wiederholt zu der Beklagten gesandt, und hat, als sich im März 1902 das Angefressensein der Armaturen zeigte, auch die hierauf erstreckte Rüge der Beklagten entgegengenommen. Der BerR. konnte ihn bei einer solchen Sachlage als bevollmächtigt zur Entgegennahme von Rügen ansehen.

IX. Mängel. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 345—347, LeipzZ. **11** 70, 71 Nr. 5. Die Frage der Brauchbarkeit einer Ware im Sinne des § 459 BGB. ist wesentlich nicht nach subjektiven, sondern nach objektiven Momenten zu bestimmen. Soweit solche Momente, insbesondere sachliche Mängel die Verwendbarkeit durch den Konsumenten für die Zwecke, für welche sie bestimmt ist, ausschließen und daraus die Unverkäuflichkeit durch denjenigen, der den Vertrieb und den Weiterverkauf derselben übernommen hat, sich ergibt, liegen insoweit die Voraussetzungen des § 459 BGB. vor (**RG.** II. 18. 10. 10).

2. OLG. **22** 49 (Hamburg). Bei Lieferung nicht patentierter statt patentierter Ware ist Mängelrüge nicht erforderlich. Es ist etwas anderes als die bedungene Ware geliefert und die Genehmigung des Käufers muß als ausgeschlossen gelten.

3. HansGZ. **11** Hptbl. 263, 264 (Hamburg). Ein Fabrikant, der das Abfallprodukt Zinnasche „wie besehen und in ungefährer Qualität wie die gelieferte Probe" verkauft, hat dem Käufer nicht dafür einzustehen, wenn die Ware einen bedeutend geringeren Zinngehalt als die Probe hatte.

4. **RG. 75** 400—405. Der Lizenzgeber haftet für die technische Ausführbarkeit der patentierten Erfindung. Eingehend unter Berücksichtigung früherer Entscheidungen begründet.

5. OLG. **22** 221 (Braunschweig). Zurückweisung der Lieferung wegen der Verpackung ist nur unter besonderen Umständen möglich. Die Verpackung kann nur unter besonderen Umständen als Eigenschaft der Ware angesehen werden.

6. HansGZ. **11** Hptbl. 200 (Hamburg). Der Verkäufer ist dem Käufer nicht verantwortlich, wenn die vom Verkäufer verladene Ware beschädigt ankam, weil sie auf Deck verladen war. Er kann und muß sich darauf verlassen, daß der Schiffer nicht eigenmächtig — entgegen der Bestimmung des § 566 HGB. — an Deck verlädt. Nur wenn an sich Decksladung ortsüblich ist, hat sich der Verkäufer darum zu kümmern, daß nicht auf Deck verladen wird.

7. OLG. **22** 220 (Hamburg). Kauf einer Ware mit verbotenem Wappen (Düten). Aus der Unverwendbarkeit der Düten, deren Verwendung durch § 360 Ziff. 7 StGB. für das ganze Reich verboten ist, ergibt sich nicht die Nichtigkeit des Vertrags nach § 134 BGB. Die Ware ist auch nicht mit Fehlern behaftet, die der Verkäufer auf Grund des § 459 Ziff. 1 BGB. zu vertreten hätte; sie entspricht vielmehr der Bestellung.

X. Abs. 5. Arglist. 1. PosMSchr. **11** 66, 67 (Marienwerder). Die Nichterwähnung von Umständen, die zu Zweifeln an dem Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaft Anlaß geben können, bedeutet kein arglistiges Verhalten, falls andere Verhältnisse bis dahin solche Zweifel — die sich später als begründet herausstellen — unbeachtlich haben erscheinen lassen.

2. **RG.** R. **11** Nr. 624 (Hamburg). Die Lieferung wissentlich fehlerhafter Ware seitens des Verkäufers erfüllt für sich allein noch nicht den Tatbestand der Arglist oder des arglistigen Verschweigens im Sinne obiger Bestimmung. Es bedarf zu dieser Annahme vielmehr noch weiterer Umstände, die darauf hinweisen, daß der

Verkäufer darauf spekulierte, der Käufer werde die rechtzeitige Untersuchung und Rüge versäumen.

§ 378. **RG.** II. 24. 11. 10, JW. **11** 158 Nr. 22. Rüge des Fehlens vereinbarter Originalverpackung. Dieses Fehlen stellt sich überhaupt nur als ein unter § 377 HGB. fallender Mangel dar und nicht als ein die Anwendbarkeit des § 378 HGB. rechtfertigender Umstand.

S. auch zu § 377 VII, IX.

§ 381. S. zu § 377 II.

Dritter Abschnitt. Kommissionsgeschäft.

§ 385. Literatur. Heinrich Hoeniger, Abweichungen des Kommissionärs von der Order des Kommittenten, insbesondere im Börsenverkehre (Fortsetzung zu dem Aufsatze: Börsenaufträge zum Anfangskurse), BankA. **10** 297 bis 300. Darf der Bankier nach den gesamten Umständen annehmen, Wille und Interesse seines Kunden gehe auf Ausführung des Geschäfts gerade an dieser Börse, so darf er die aus sonstigen Gründen notwendige und berechtigte Abweichung von der Order ohne vorherige Rückfrage an den Kommittenten vornehmen, es sei denn, daß ganz ausnahmsweise Umstände vorliegen. Mit anderen Worten: im Börsenverkehr ist mit dem Aufschube regelmäßig Gefahr im Sinne des § 665 BGB. verbunden. In solchem Falle muß sich nach einem von unserer Rechtsprechung entwickelten Grundsatze die Beweislast umkehren. Der Kunde, der das Geschäft in der abweichenden Ausführung nicht gelten lassen will, muß beweisen, daß ganz ausnahmsweise Umstände eine Rückfrage trotz der berechtigten Annahme des Bankiers, daß das Geschäft an dieser Börse ausgeführt werden sollte, erforderlich gemacht haben (299). Es gibt auch eine Pflicht zur Abweichung von der Order. Natürlich aber steht diese Verpflichtung unter viel engeren Voraussetzungen als die Berechtigung zur Abweichung. Berechtigt dazu ist der Kommissionär schon dann, wenn er unter verständiger Würdigung der Verhältnisse die Billigung des Kommittenten voraussetzen darf. Verpflichtet, abzuweichen aber kann er erst dann sein, wenn er aus den Umständen mit Sicherheit entnehmen muß, daß dem Kommittenten bei unveränderter Ausführung direkt Schaden erwachsen würde.

§§ 400, 401. 1. Literatur. Nußbaum, Beiträge zur Auslegung des Bankdepotgesetzes, LeipzZ. **11** 894—899. Über den Unterschied zwischen dem selbsteintretenden Kommissionär und dem Eigenhändler hinsichtlich der Pflicht zur Übersendung des Nummernverzeichnisses (§ 3 BankdepotG.).

2. Rechtsprechung. BankA. **10** 188, 189, LeipzZ. **11** 234, 235 (KG.). Die in den Geschäftsbedingungen einer Bank enthaltene Bestimmung „Alle Aufträge zum Kaufe oder Verkaufe von Effekten erledigen wir als Selbstkontrahenten" gewährt der Bank ein Recht auf Selbsteintritt zum bestehenden Börsenpreis auch bei amtlich nicht notierten Papieren und hat ferner die Bedeutung, daß die Ausführungsanzeige die Selbsteintrittserklärung ohne weiteres in sich schließen soll. Die Rechte und Pflichten des Kommissionärs sind im übrigen dieselben, gleichviel, ob der Selbsteintritt auf dem Gesetz oder auf Vereinbarung beruht.

§ 406. PosMSchr. **11** 98 (Posen). Auf den Trödelvertrag finden die Vorschriften über die Verkaufskommission entsprechende Anwendung.

Vierter Abschnitt. Speditionsgeschäft.

§ 408. 1. **RG.** EisenbE. **27** 209, LeipzZ. **10** 859. Zu einer Gewichtskontrolle ist der Spediteur an sich nicht verpflichtet. Stehen besondere Umstände nicht entgegen, wie z. B. der, daß dem Spediteur das wahre Gewicht anders woher bekannt ist, so ist nicht einzusehen, warum er sich auf die Angabe seines Kunden nicht sollte

verlassen können. Auch der Umstand, daß der Frachtbrief keinen Wiegestempel trägt, reicht nicht hin, um den Spediteur zu einer Nachprüfung zu nötigen.

2. HansGZ. **10** Hptbl. 239 (Hamburg). Wenn ein Spediteur einem Frachtführer die Abnahme des Gutes vom Lager, die Beförderung desselben an die Eisenbahn, die Erledigung der Zollformalitäten für die Einführung des Gutes in das Zollinland übertragen und der Frachtführer diese Funktionen tatsächlich ausgeführt hat, so kann dieser nicht lediglich um deswillen als Erfüllungsgehilfe im Sinne der §§ 278, 831 BGB. angesehen werden, weil der Spediteur ihm bei der Überweisung des Gutes einen Frachtbrief übergab, der im Verhältnisse zu dem nächsten an dem Gesamttransporte beteiligten Frachtführer den Spediteur als Absender erscheinen ließ.

3. EisenbE. **27** 429 (Düsseldorf). Wenn ein Spediteur den ihm übertragenen Transport ganz einem anderen Spediteur überträgt, so wird dieser nicht Zwischenspediteur, sondern Unterspediteur des ersteren, und dieser haftet für ihn wie für einen Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB.

4. EisenbE. **27** 284 (HandelsG. Wien). Der Spediteur ist bei der Verzollung nicht verpflichtet, eine Ware, deren Qualität nicht augenscheinlich von der Parteideklaration abweicht, dahin zu prüfen, ob sie dieser Deklaration tatsächlich entspricht oder nicht.

§ 410. 1. **RG.** EisenbE. **27** 209. Zu den Aufwendungen des Spediteurs gehört auch die Zahlung von Frachtdifferenzen und Frachtzuschlägen bei unzutreffenden Angaben im Frachtbriefe. Mit der Möglichkeit, daß die Angaben im Frachtbrief als unzutreffend befunden werden und dadurch Ansprüche auf Frachtdifferenz und Frachtzuschläge erwachsen, müssen Versender und Spediteur von vornherein rechnen. Das Risiko wird daher beiderseits in Rücksicht gezogen, die Verausgabung der Gelder für den Fall, daß sie notwendig werden sollte, vertragsmäßig gewollt. Bei solcher Sachlage erscheint es unbedenklich, die Zahlung als eine zum Zwecke der Ausführung des Auftrags gemachte Aufwendung aufzufassen.

2. EisenbE. **27** 388 (ÖstObG.). Die Ratio der Bestimmungen über das Pfandrecht des Spediteurs sowie über die Rangordnung der Pfandrechte verschiedener Spediteure und Frachtführer untereinander an demselben Gute ist offensichtlich die, daß durch den Transport eines Gutes an seinen Bestimmungsort in gewissem Sinne ein Wertzuwachs desselben entsteht, der dem Urheber, dem Spediteur bzw. Frachtführer in erster Linie gewahrt bleiben muß. Deshalb kommt den Ansprüchen für den Transport von Pfandstücken nach dem Lagerhaus und in die Auktionshalle ein gesetzliches Vorzugspfandrecht zu, indem das Vorzugspfandrecht an dem Frachtgut einfach auf den an dessen Stelle tretenden Feilbietungserlös übergeht. Dagegen steht dem Spediteur ein solches Pfandrecht nicht zu, wenn er einfach als Verwahrer, als Depositar des Gutes von dem betreibenden Gläubiger in dessen Interesse bestellt worden ist.

§ 411. EisenbE. **27** 416 (LG. Bromberg). Der Adreßspediteur (Sammelspediteur) hat als Zwischenspediteur nicht die Rechte und Pflichten des Hauptspediteurs und ist insbesondere nicht verpflichtet, den Anweisungen des Empfängers in Hinsicht auf die Ablieferung Folge zu leisten.

§ 413. HansGZ. **11** Hptbl. 176 (Hamburg). Der Spediteur, der den Transport zu einem Einheitssatz übernimmt, hat, wenn es sich um einen Seetransport handelt, die Stellung des Verfrachters. Wenn sich auch im § 413 nur der Ausdruck „Frachtführer" findet, hat das HGB. doch auch beim Seetransport im Falle eines bestimmten Übernahmesatzes das Speditionsverhältnis gänzlich den Normen des Auftrags entrücken und allgemein dem Spediteur die Rechtsstellung des Transportunternehmers verleihen wollen.

§ 414. **RG. 75** 108, JW. **11** 288. Nach dem Wortlaute des § 414 Abs. 2 beginnt die Verjährung mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Ablieferung hätte

bewirkt werden müssen. Das pflegt im Frachtgeschäft kein im voraus fest bestimmter Tag zu sein, vielmehr hängt er von dem Verlaufe der Reise einschließlich der Ereignisse am Bestimmungsort ab. Andererseits liegt es gerade im Wesen der Fälle, wo die Güter verloren gehen, daß es zu einer Verwirklichung jenes tatsächlichen Verlaufs der Dinge bis zur Ablieferung mehr oder weniger nicht kommt. Das Gesetz schreibt mithin eine hypothetische Berechnung des maßgeblichen Zeitpunkts vor. Wenn daher in den Fällen, wo die Güter unterwegs verloren gehen, zu unterstellen ist, daß der fernere Transport seinen normalen Verlauf genommen hätte und auch am Bestimmungsort alles ordnungsgemäß erledigt wäre, so besteht keine Veranlassung, in dem Falle anders zu verfahren, wo erst nach Ankunft der Güter am Bestimmungsorte der Verlust eintritt. Vorsätzliche Herbeiführung des Verlustes des Gutes im Sinne von § 414 Abs. 4 liegt nicht schon darin, daß der Spediteur das Gut ohne Empfang des Ladescheins an einen Dritten ausliefert, während ihm bekannt war, daß die Verfügung darüber dem Ladescheininhaber zustand, vielmehr hätte dem Spediteur außerdem bewußt sein müssen, daß das Gut damit für den Ladescheininhaber in Verlust geriet.

Fünfter Abschnitt. Lagergeschäft.

§ 417. 1. Senckpiehl, Zur Verfügung des X., LeipzZ. **11** 169. Die Klausel „Zur Verfügung des X." ist im Zweifel weder als Zessionsbenachrichtigung noch als Erklärung der Einlagerung im Namen und im Auftrage des X. noch auch als eine Erklärung über Bevollmächtigung des X. zur Verfügung über das Gut aufzufassen. Vielmehr bedeutet eine Einlagerung mit dieser Klausel einen Antrag an den Lagerhalter auf Abschluß eines Vertrags zugunsten des X. Nimmt der Lagerhalter diesen Vertrag an, so verspricht er damit nach kaufmännischer Übung, daß er den X. von der Einlagerung benachrichtigen und dessen Verfügung einholen werde. Auch muß er einer Verfügung des X. nachkommen, es sei denn, daß vorher ein Widerruf des Einlagerers eingeht, der nach kaufmännischer Übung diesem zusteht.

2. HansGZ. **11** Hptbl. 197 (Hamburg). Der Lagerhalter ist mit Rücksicht auf die Feuerversicherung der eingelagerten Waren verpflichtet, dem Einlagerer davon Kenntnis zu geben, wenn er die Waren nicht bei sich selbst einlagert. Wenn es auch Versicherungsverträge gibt, bei denen es auf den Ort der Einlagerung nicht ankommt, so bilden diese doch eine Ausnahme, mit der der Lagerhalter nicht rechnen darf. Eine Mitteilung vom Lagerungsort ist natürlich nicht nötig, wenn er sich aus dem Geschäftsverkehr der Parteien von selbst ergibt, sie wird es aber sofort, sobald der Lagerhalter einen anderen als den sich aus dem Geschäftsverkehr ergebenden Ort wählt. Unerheblich ist, ob der Einlagerer gewußt hat, daß der Lagerhalter sich durch Unterbringung der Güter an einem anderen Orte bei Überfüllung seines Lagers zu helfen pflegt. Maßgeblich würde es nur sein, wenn der Einlagerer um die tatsächliche Verbringung *seines* Gutes nach einem anderen Orte gewußt hätte.

§ 424. 1. HansGZ. **11** Hptbl. 145 (Hamburg). Das Indossament auf einem Lagerscheine, der nicht von einer staatlich zur Ausgabe von indossablen Lagerscheinen ermächtigten Anstalt ausgegeben wurde, kann im Wege der Konversion als Zession des Anspruchs aufrechterhalten werden, wenn die Beteiligten willens gewesen sind, mit dem Indossamente nicht nur eine formelle Übertragung des Anspruchs, z. B. zum Zwecke der Aktivlegitimation des Indossaten vorzunehmen, sondern den der indossablen Urkunde zugrunde liegenden materiellen Anspruch selbst zu übertragen. Lagerscheine können als Inhaberpapiere ausgestellt werden, und der Lagerhalter kann dem Inhaber des Lagerscheins nicht entgegenhalten, die Waren seien bereits einem Dritten ausgeliefert. Die Ausstellung auf den „Inhaber oder Order" nimmt dem Lagerscheine nicht die Eigenschaft als Inhaberpapier.

2. **RG.** SchlHolstAnz. **11** 282. In einer gemäß § 363 Abs. 2 ungültigen Indossierung eines Lagerscheins kann unter Umständen eine Abtretung des Herausgabeanspruchs gemäß § 931 BGB. erblickt werden.

3. PosMSchr. **11** 78 (Marienwerder). Durch besondere Vereinbarung oder durch Handelsgebrauch können den gewöhnlichen Lagerscheinen gewisse Eigenschaften gegeben, d. h. den Beteiligten gewisse Rechte und Pflichten besonders beigelegt werden. Ein Lagerschein des Inhalts: „Dispositionsschein. — Gegen Rückgabe dieses Scheines werde ich das bei mir lagernde Gut zur Verfügung des Einlagerers oder dessen Order halten" ist dahin zu verstehen, daß der Lagerhalter nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sein soll, vor Herausgabe die Vorlegung des Scheines zu verlangen.

Sechster Abschnitt. Frachtgeschäft.

§ 429. Poetsch, Zur Haftung des Frachtführers für Verlust und Beschädigung des Frachtguts sowie für Versäumung der Lieferfrist, GoldschmidtsZ. **68** 30. Es wird die Frage behandelt, wie Haftungsvoraussetzung und Haftungsmaß sich bestimmen, wenn ein Frachtführer sich bei Ausführung des Frachtvertrags verschieden gearteter Beförderungsmittel bedient, für die das Gesetz Haftungsvoraussetzung und Haftungsmaß verschieden normiert, ferner wenn bei Ausführung eines Frachtvertrags mehrere Frachtführer mit derart ungleichen Beförderungsmitteln mitwirken.

Im ersteren Falle ist Haftungsvoraussetzung und Haftungsmaß für jede Beförderungsstrecke je nach dem vom Unternehmer gebrauchten Beförderungsmittel verschieden. Sache des Unternehmers ist es, die Strecke, auf der der Schaden entstanden ist, und die näheren Umstände klarzulegen sowie weiterhin darzutun, daß er die Schadensursache unter Berücksichtigung der vom Gesetze für das in Betracht kommende Beförderungsmittel normierten Haftungsvoraussetzung nicht zu vertreten habe. Kann er Schadensursache und Beförderungsstrecke, auf der der Schaden entstanden ist, nicht dartun, so haftet er nach den Bestimmungen des § 429.

Im zweiten Falle ist zu unterscheiden, ob a) jeder Frachtführer nur Teilfrachtführer ist oder ob b) ein Hauptfrachtführer Unterfrachtführer bestellt. Zu a haftet jeder Frachtführer nach den für sein Beförderungsmittel geltenden Vorschriften, zu b haftet der Hauptfrachtführer ebenso, wie wenn er selbst mit den verschiedenen Beförderungsmitteln den Transport ausgeführt hätte. Wenn c) von mehreren Frachtführern, sog. Samtfrachtführern, jeder die Beförderung des Gutes nur auf einer Teilstrecke ausführt, jedoch gleichzeitig die Haftung für die ganze Transportstrecke übernimmt, so hat jeder Frachtführer nicht etwa nur das mit Rücksicht auf sein Beförderungsmittel für seine Strecke ihm auferlegte Haftungsmaß, sondern für die Strecken der anderen Frachtführer das ihren Beförderungsmitteln entsprechende Haftungsmaß zu vertreten.

Im Falle einer Haftungsvereinbarung bei Gebrauch verschieden gearteter Beförderungsmittel gelten besondere Grundsätze.

§ 432. 1. EisenbE. **27** 429 (Düsseldorf). Wird eine Sendung vom Empfänger nicht angenommen und vom Absender zurückbeordert, so findet auf den Rücktransport § 432 keine Anwendung. Eine Ablieferung hat zwar nicht stattgefunden, aber mit der Annahmeverweigerung tritt eine andere Haftung des Frachtführers ein, und deshalb wird man den Frachtvertrag wenigstens dann als beendet ansehen müssen, wenn wegen des Rücktransports besondere Verhandlungen stattfinden.

2. Abs. 2. LeipzZ. **11** 561 (Colmar). Der bahnamtliche Rollfuhrunternehmer ist nicht als nachfolgender Frachtführer anzusehen, denn die laut Frachtbrief übernommene Beförderung endet schon mit der Ankunft des Gutes am Bestimmungsorte. Die Zurollung erfolgt gegen eine besondere Vergütung, die in der Fracht nicht mit

einbegriffen ist. Entweder liegt also ein besonderer Auftrag des Empfängers an den Bahnspediteur und damit ein neuer Frachtvertrag vor, so daß § 432 begrifflich keine Anwendung finden kann, oder der Bahnspediteur handelt im Auftrage der Eisenbahn und gilt dann als einer ihrer Leute. In keinem Falle kann er demnach wegen einer Beschädigung, die das Gut während des Eisenbahntransports erlitten hat, in Anspruch genommen werden.

§ 433. OLG. **22** 51 (München). Die bloße Anzeige von der Ankunft des Gutes bringt zwar noch nicht das Verfügungsrecht des Absenders zum Erlöschen, aber die Auslieferung des Gutes steht der des Frachtbriefs gleich, und ebenso muß es der Aushändigung des Frachtbriefs an den Empfänger gleichstehen, wenn er die Fracht bezahlt und den Frachtbrief nur einstweilen ohne Rechtsgrund bei der Bahn belassen hat oder der Frachtbrief gar nur versehentlich bei letzterer zurückgeblieben ist.

§ 436. 1. EisenbE. **27** 411 (LG. Saarbrücken). Hat der Empfänger zwar das Gut angenommen, aber die Annahme des Frachtbriefs verweigert, so ist er zur Frachtzahlung nicht verpflichtet. Gleichgültig ist hierbei, ob die Weigerung vor oder nach dem Abladen des Gutes erfolgt ist. Der Mangel der Verpflichtung des Empfängers hindert eine Berufung auf § 442, da hier vorausgesetzt ist, daß bereits ein Anspruch gegen den Empfänger entstanden ist.

2. EisenbE. **27** 277 (AG. Metz). Der Spediteur, der das Gut auf sog. Stadt- (Unter- oder Teil-) Frachtbrief dem Empfänger zurollt, kann von diesem nicht die Bezahlung der in diesem Frachtbrief ersichtlich gemachten Rollgelder und verauslagten Frachtbeträge gemäß § 436 verlangen, da es sich in diesem Falle um zwei selbständige Frachtverträge handelt und über den zweiten ein Frachtbrief überhaupt nicht ausgestellt ist. Der sog. Teilfrachtbrief kann nicht als Frachtbrief im Sinne des Gesetzes gelten, er trägt nicht die Unterschrift des Absenders und ist überhaupt nicht von diesem, sondern vom Frachtführer selbst ausgestellt.

§ 438. EisenbE. **27** 162, EisenbVereinsZ. **11** 762 (Hamburg). Die Klägerin hatte den Beklagten beauftragt, eine für sie bestimmte Wagenladung zu entladen und von deren Inhalt 22 besonders gemarkte Kisten an gewisse Adressen zu befördern, den Rest aber auf Lager zu nehmen. Nach Beförderung der Ladung auf das Lager des Beklagten wurde festgestellt, daß von den 22 Kisten 10 fehlten. Klägerin hält Beklagten für schadensersatzpflichtig, da er durch vorbehaltlose Annahme des Gutes eine Inanspruchnahme der Bahn vereitelt habe. Das OLG. hat die Klage abgewiesen, weil weder § 438 Abs. 1 HGB. noch § 97 Abs. 1 EisenbVerkO. auf den vorliegenden Fall Anwendung finde. Es fehle an beiden Voraussetzungen, der Zahlung der Fracht und der Annahme des Gutes. Unter Zahlung sei nur eine freiwillige zu verstehen, während hier Beklagter die Fracht habe zahlen *müssen*, um nur an das Gut heranzukommen. Bei den 10 Kisten sei wegen Totalverlust die Annahme begrifflich ausgeschlossen. — Hierzu bemerkt *Rundnagel*, EisenbVereinsZ. **11** 762: Nicht die einzelnen Kisten, sondern die ganze Wagenladung war Gegenstand der Annahme, die somit erfolgt war, noch ehe ein einziges Stück ausgeladen war. Unzutreffend ist auch die Auffassung, daß Abs. 1 eine die Billigung der Beförderungsleistung enthaltende Zahlung fordere. — Zu § 97 Abs. 4 EisenbVerkO. führt das OLG. noch aus, daß er nur bestimmt sei, die für den Empfänger schädliche Vollquittung über die Gesamtlieferung zu verhüten. Er behandele nicht die Folgen einer Annahme des Gutes, sondern einer den Empfang sämtlicher im Frachtbriefe verzeichneten Güter bestätigenden Bescheinigung.

§ 439. Vgl. § 414.

§ 440. **RG. 74** 398, EisenbE. **27** 431. Bei sukzessivem Transport einer Menge auf Grund eines Frachtvertrags haftet jeder Teil des Gutes für die gesamte durch den ganzen Transport verursachte Fracht wie auch für jeden Teil derselben. Es

kommt nicht darauf an, ob der noch unbezahlte Teil der Frachtgelderforderung durch den Transport des Teiles der Gesamtmenge entstanden ist, aus welchem der Frachtführer Befriedigung sucht oder durch den Transport eines anderen, aber zu derselben Menge gehörigen Teiles.

Siebenter Abschnitt. Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahn en.

Literatur: Barnickel, Die Beschränkung der Haftpflicht der Eisenbahn bei Beförderung des Gutes in offenen Wagen, EisenbE. **27** 361. — Blume, Das Verhältnis der Haftung für Lieferfristüberschreitung zu der für Verlust, Minderung und Beschädigung des Gutes, insbesondere bei leichtverderblichen Gütern, EisenbA. **10** 1355. — Calmar, Bemerkungen zu dem internationalen Übereinkommen über den Eisenbahn-Frachtverkehr. Die Leistungen der Revisionskonferenzen in Paris und Bern. Bulletin des internationalen Eisenbahn-Kongreßverbandes 1911, französische Ausgabe 89 ff. und 561 ff. — Derselbe, Die Lieferfristen im internationalen Güterverkehr, ZtschrfdintEisenbTr. **11** 138. — Calmberg, Verweigerung der Auslieferung von Vieh an den Empfänger auf Grund des öffentlichen Rechtes, EisenbVereinsZ. **11** 249. — Eger, Die Eisenbahnverkehrsordnung vom 23. Dezember 1908 nebst den Allgemeinen Ausführungsbestimmungen und Abfertigungsvorschriften. — Derselbe, Die Vermutung für den Verlust des Gutes, EisenbE. **27** 137. — Derselbe, Das Wiederauffinden des verlorenen Frachtguts, EisenbE. **27** 380. — Epstein, Das internationale Übereinkommen für den Eisenbahn-Personentransport, EisenbVereinsZ. **11** 89. — Fuld, Die Bezeichnung „Bahnspedition", EisenbE. **27** 233. — Höhn, Das Verfügungsrecht über das Frachtgut während des Transports, insbesondere des Eisenbahntransports. — Leeuw, Le transport international des voyageurs et des bagages par chemins de fer. — Loyau, Maurice, La convention de Berne, ses annexes et la Jurisprudence française de 1893 à 1911. — Poetsch, Zur Haftung des Frachtführers für Verlust und Beschädigung des Frachtguts sowie für Versäumung der Lieferfrist, GoldschmidtsZtschr. **47** 1. — Reindl, Unzulässigkeit des Ausschlusses der Haftung der Eisenbahn für Verlust von Expreßgut bei Nichteinhaltung der Abforderungsfrist, EisenbE. **27** 259. — Senkpiehl, Der Adreßspediteur einer Sammelladung, EisenbE. **27** 251, 370. — Schunck, Die Frage der Rechtsgültigkeit des § 2 Abs. 4 der Verkehrsordnung, EisenbE. **27** 116. — Seitier, Droits et obligations du public et des compagnies en fait de transport des bagages, des colis à la main et des bagages non accompagnés. — Wirkung des Zusammentreffens von Entschädigungsansprüchen wegen Beschädigung und wegen Lieferfristüberschreitung (insbesondere im Falle der Interessedeklaration), ZtschrfdintEisenbTr. **11** 83.

§ 454. EisenbE. **27** 177 (ÖstObG.). Durch die Übernahme eines in den Wagenpark der Bahn eingestellten leeren Privatkesselwagens zur Beförderung nach der von dem Eigentümer bestimmten Beladungsstation wird ein sogenannter Innominatkontrakt begründet, der nach den Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes zu beurteilen ist.

§ 456. **RG.** JW. **11** 93, EisenbVereinsZ. **11** 297, EisenbE. **27** 334, LeipzZ. **11** 225. Bei Beschädigung des Gutes durch Funkenflug liegt keine höhere Gewalt, d. h. kein von außen kommendes, nicht mit dem Betriebe der Eisenbahn in natürlichem Zusammenhange stehendes Ereignis vor. Der Funkenflug ist recht eigentlich eine besondere Betriebsgefahr des Eisenbahnbetriebs. Daß die Eisenbahn für den durch die besonderen Gefahren ihres Betriebs verursachten Schäden auch dann haftet, wenn sie alle Vorsicht aufgewendet hat, um ihnen zu begegnen, entspricht der Billigkeit. Denn in solchen Fällen trifft weder den Absender noch die Eisenbahn ein Verschulden. Aber die Eisenbahn steht der Schadensursache näher. Sie ist ihrem Betrieb eigentümlich. Wie sie die Vorteile ihres Betriebs genießt, so hat sie auch die mit ihm untrennbar verknüpften Gefahren zu tragen.

Eisenbahnverkehrsordnung.

Literatur: vgl. zu Abschn. 7 HGB.

§ 2. Schunck, EisenbE. **27** 115 ff. Der Wortlaut der Reichsverfassung hat eine Änderung einzelner Vorschriften der Verkehrsordnung im Wege der einfachen

„Verfügung" vorgesehen, zu deren Erlaß das Reichseisenbahnamt zuständig ist. Der § 2 Abs. 4 VO. enthält demnach keine Subdelegation des Verordnungsrechts, sondern lediglich die Rechtsvorschrift, daß einzelne Bestimmungen der VO. insoweit keine Geltung haben sollen, als abweichende Verfügungen vom Reichseisenbahnamt innerhalb seiner Zuständigkeit erlassen werden.

§ 5. EisenbE. 27 270 (BezGfHandelsf. Wien). Die Haftung der Eisenbahn für ihre Leute bezieht sich weder auf deren Handlungen, die noch vor Abschluß des Frachtvertrags oder erst nach seiner Erfüllung schädigend auf das Gut eingewirkt haben, noch auch auf alle selbständigen Handlungen und eigenmächtigen Verpflichtungen, die die Leute der Eisenbahn neben dem Frachtvertrag oder außerhalb desselben dem Absender gegenüber übernommen haben.

§ 13. **RG.** EisenbE. 27 214. Der mit einer Fahrkarte versehene Reisende hat auf Grund des Beförderungsvertrags gegen die Eisenbahnverwaltung den vertraglichen Anspruch, daß er sich im Bahnhofe zur Erledigung der Geschäfte, die mit der von der Eisenbahn übernommenen Beförderung zusammenhängen, wozu auch die Sorge für das Handgepäck gehört, ungefährdet bewegen kann. Insbesondere hat ihm die Eisenbahn im Bahnhofe verkehrssichere Zu- und Ausgänge zu gewähren, soweit er sie zu seiner oder seines Gepäcks Beförderung benutzen muß.

§ 16. Abs. 1. EisenbE. 27 406 (München). Die Bestimmung im § 16 Abs. 1 stellt sich dar als bahnseitige Festsetzung einer zivilrechtlichen Vertragsstrafe, der sich der Reisende durch die Benutzung der Bahn unterwirft, oder mit anderen Worten ein vertragsmäßiges Angebot der Bahnverwaltung, durch das dem Publikum gegen nachträgliche Bezahlung eines erhöhten Fahrpreises das Besteigen des Zuges ohne Fahrkarte ermöglicht wird. Wer dieses Angebot annimmt, die Bahn ohne Fahrkarte und ohne betrügerische Absicht benutzt und seinen Vertragsverbindlichkeiten gemäß § 16 EisenbVerkO. pünktlich nachkommt, kann sich dadurch nicht einer strafbaren Handlung schuldig machen.

§ 30. OLG. 22 57 (KG.). Die Vorschriften des § 30 und N. III 3 der dazu erlassenen Ausführungsbestimmungen finden entsprechende Anwendung auf die Haftung der Eisenbahn für das den Gepäckträgern zur Beförderung innerhalb des Bahnhofsbereichs übergebene Reise- und Handgepäck. Der Reisende muß also mindestens die Kostbarkeiten fest verschließen und den Gepäckträger auf den Inhalt oder den Wert des Gepäckstücks hinweisen.

§ 37. OLG. 22 56 (Rostock). Für die Beförderung des Reisegepäcks nach der Wohnung durch einen bahnamtlich bestellten Gepäckträger haftet die Eisenbahn auch dann nicht, wenn der Gepäckträger in Ausführung der Beförderung innerhalb des Bahnhofsbereichs tätig werden mußte.

§ 43. Reindl, EisenbE. 27 259 ff. Die Vorschrift in Ziff. 4 der AllgAusfBest. zu § 43, wonach die Eisenbahn von jeder Haftung für den Verlust von Expreßgut befreit ist, wenn es nicht binnen 8 Tagen nach Ankunft des Zuges, womit die Beförderung erfolgt ist, auf der Bestimmungsstation abgefordert wird, ist gesetzlich unzulässig und daher unwirksam. Denn der Vertrag über die Beförderung von Expreßgut ist ein Frachtvertrag, und es findet daher auf ihn § 471 HGB. Anwendung, wonach die in §§ 439 und 414 HGB. begründeten Verpflichtungen der Eisenbahn weder durch die VO. noch durch Verträge (also auch nicht durch Tarifvorschriften) ausgeschlossen oder beschränkt werden dürfen und entgegenstehende Bestimmungen nichtig sind. Die Gültigkeit der genannten Vorschrift kann auch nicht damit begründet werden, daß § 43 es dem Tarif überläßt zu bestimmen, ob und inwieweit die Vorschriften über Reisegepäck auf Expreßgut Anwendung finden sollen und somit der Tarif befugt sei, die Anwendung von § 365 Abs. 1 HGB. anzuordnen, wonach die Eisenbahn für den Verlust von Reisegepäck nur binnen 8 Tagen nach Ankunft des Zuges haftet. Denn die VO. kann dem Tarife jene Befugnis nur insoweit geben,

als dies nicht mit zwingenden Vorschriften des HGB. im Widerspruche steht. Schließlich könnte der Ausschluß der Haftung gemäß § 36 Abs. 1 VO. höchstens erst nach 14 Tagen eintreten.

§ 50. Abs. 1. Calmberg, EisenbVereinsZ. **11** 249, erörtert die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das Recht des Empfängers auf die gerade bei Tiersendungen beschleunigte Auslieferung im Interesse der veterinärpolizeilichen Abfertigung etwa beschränkt werden kann. Er beantwortet sie dahin, daß die Eisenbahn die Auslieferung nicht verweigern kann, jedoch die Verpflichtung hat, die Händler auf die bestehende Verpflichtung zur tierärztlichen Untersuchung bei der Übergabe des Frachtbriefs ausdrücklich aufmerksam zu machen und die Ortspolizeibehörde zu benachrichtigen, sobald sie den Verdacht schöpft, daß die Verpflichtung umgangen werden soll.

§ 54. Abs. 1 B 1. EisenbVereinsZ. **11** 64, EisenbE. **27** 279 (Hamm). Die erhöhte Frachtberechnung für Pretiosen usw. im deklarierten Werte von über 500 M. gemäß § 18 der allgemeinen Tarifvorschriften ist in der erhöhten Haftpflicht der Eisenbahn, nicht in der vorgeschriebenen Gestellung besonderer Wagen usw. begründet. Die höhere Fracht ist also auch dann zu berechnen, wenn die Beförderung aus irgendwelchen Gründen nicht in einem besonderen Wagen erfolgt ist.

§ 55. EisenbE. **27** 200 (ÖstObG.). Für den Inhalt des Frachtvertrags ist der Frachtbrief nicht ausschließlich maßgebend. Auch im Frachtbriefe nicht erscheinende, auf anderem Wege abgegebene Erklärungen sind unter Umständen für die Parteien rechtsverbindlich.

§ 58. Abs. 2. EisenbVereinsZ. **11** 80, EisenbE. **27** 264 (BezGHandelsſ. Wien). Daraus, daß die Eisenbahn verpflichtet ist, das Gewicht der Stückgüter bei deren Aufgabe festzustellen, folgt noch nicht, daß sie für den Schaden verantwortlich ist, der aus unrichtiger Verwägung für den Absender oder Empfänger außerhalb des Frachtvertrags entsteht. Durch die bahnamtliche Verwägung ist ein Beweis für den Frachtvertrag gegen die Bahn hergestellt, daß die Sendung das ermittelte Gewicht gehabt hat, und die Bahn ist bei der Erfüllung des Frachtvertrags und innerhalb desselben für diese Gewichtsermittelung haftbar, wenn sie nicht den Gegenbeweis führen kann, daß das wirkliche Gewicht dem ermittelten nicht entspricht. Sie kann die Fracht nur nach dem ermittelten Gewichte berechnen und sie muß auch die ermittelte Menge abliefern, sofern sie nicht den erwähnten Gegenbeweis erbringt. Eine weitere Haftung für die Richtigkeit des ermittelten Gewichts trifft aber die Bahn nicht, weil sie keine öffentliche Wägeanstalt ist und weil sie die Verwägung lediglich für die Zwecke des Frachtvertrags vornimmt.

§ 59. EisenbE. **27** 219, 287 (ÖstObG.). Vereinbarungen zwischen Absender und Eisenbahn betreffend Übernahme und Verladung einer Sendung müssen ausdrücklich m Frachtbrief aufgenommen sein. Der Antrag, es möge das dem Absender obliegende Verladen bahnseits besorgt werden, kann nicht durch konkludente Handlungen gestellt werden.

§ 61. 1. Abs. 1. SächsOLG. **32** 366 (Dresden). Wenn auch der Frachtvertrag mit Annahme des Gutes mit dem Frachtbriefe zum Abschlusse kommt, so stehen doch die der Vorbereitung des Transportes dienenden Maßnahmen nicht außerhalb des Vertragsverhältnisses. Indem die Bahnverwaltung dem Absender einen Eisenbahnwagen auf ihren Gleisen zur Verladung durch seine Leute und ihre sonstigen Verladungseinrichtungen bereitstellt, übernimmt sie stillschweigend die Verpflichtung, ihm diese Einrichtungen, soweit es nach den Bahnverhältnissen üblichermaßen geschehen und billigerweise erwartet werden kann, in einer zweckentsprechenden Art zu gewähren und haftet für den Schaden, der durch Verletzung dieser Verpflichtung entsteht.

2. Abs. 5. ZtschrfdIntEisenbTr. **11** 252 (ÖstObG.). Es ist Pflicht des Absenders, bei Ausstellung eines Duplikats eine wortgetreue Abschrift des Originalfrachtbriefs vorzulegen, und er ist selbst für volle Übereinstimmung des Duplikats mit dem Original in allen Richtungen verantwortlich. Die Bahn ist lediglich verpflichtet, das Duplikat mit dem Tagesstempel der Versandstation abzustempeln, um auf diese Weise den Empfang des Frachtguts unter Angabe des Tages der Annahme und der Versandstation zu bescheinigen. Nach § 57 haftet der Absender für die Angaben im Originalfrachtbrief, und es ist keine Grundlage für die Annahme vorhanden, daß die Haftpflicht der Bahn hinsichtlich des vom Absender vorgelegten Duplikats in einem größeren Maße als beim Frachtbrief und über die oben bezeichneten Grenzen der Mitwirkung der Bahn bei Ausfertigung des Duplikats hinaus ausgedehnt werde.

§ 64. Abs. 1. EisenbE. **27** 178 (BezGfHandelss. Wien). Der Anspruch der Bahn auf das Lagergeld ist ein Anspruch gegen den Hinterleger aus dem Verwahrungsvertrage, nicht aus dem Frachtvertrage. Sie besteht niemals gegen den im Frachtbriefe bezeichneten Empfänger des Gutes, sie entsteht vielmehr und wird sogar fällig zu einer Zeit, in der über das eingelagerte Gut ein Frachtvertrag noch gar nicht abgeschlossen war. Der Empfänger ist daher zur Zahlung der Lagerkosten nicht verpflichtet.

2. Abs. 2. EisenbE. **27** 205 (ÖstObG.). Im Falle einer Vereinbarung gemäß Abs. 2 beginnt die Lieferfrist in jedem Falle erst mit der tatsächlichen Absendung, gleichgültig, ob die im § 67 Abs. 3 vorgeschriebene Reihenfolge eingehalten wurde oder nicht.

§ 70. 1. EisenbE. **27** 292 (HanduWechsG. Budapest). Auf Grund eines Druckfehlers in den Tarifsätzen, der so auffallend ist, daß er sich selbst erkenntlich macht und seine Richtigstellung aus sich selbst möglich erscheint, können keine Rechte gegen die Eisenbahn auf Frachterstattung hergeleitet werden. Ähnlich EisenbE. **27** 440 (BezGfHandelss. Wien).

2. EisenbE. **27** 428 (AG. Nürnberg). Ist nach einem Ausnahmetarife die Fracht mindestens für das Ladegewicht des gestellten Wagens zu berechnen, so hat der Absender diese Fracht auch dann zu zahlen, wenn ihm Wagen von größerem Ladegewicht, als bestellt, gestellt worden sind, die er nicht voll beladen hat. Aus dem Umstande, daß die Eisenbahnverwaltung Wagen mit höherem Ladegewichte zur Verfügung gestellt hat, darf nicht der Schluß gezogen werden, daß die Eisenbahn damit die Erklärung abgebe, sie wolle, auch wenn die Wagen nicht voll geladen würden den Ausnahmetarif zur Anwendung bringen. Der Abschluß eines Frachtvertrags auf dieser Grundlage würde gegen § 471 HGB. verstoßen, wonach Vereinbarungen, die mit den Vorschriften der EisenbVerkO. in Widerspruch stehen, nichtig sind.

§ 72. Abs. 3. EisenbVereinsZ. **11** 900 (ÖstObG.). Der Absender einer mit Nachnahme belasteten Sendung, dem von der Eisenbahn die Nachnahme ausgezahlt worden ist, ist zu der Annahme berechtigt, daß die Einlagerung des Gutes auf Gefahr und Kosten des Empfängers erfolge, wenn ihm später Mitteilung von einem Ablieferungshindernisse zugeht. Die Eisenbahn hat gegen den Absender keinen Anspruch, wenn sie das Gut veräußert, ohne daß sie den von ihr verursachten Irrtum berichtigt.

§ 75. 1. EisenbE. **27** 270 (BezGfHandelss. Wien). Die Lieferfristen sind Bestandteil des Frachtvertrags. Sie können nicht durch Zusagen eines Bahnorgans mit Rechtswirksamkeit für die Eisenbahn verkürzt werden. Erfolgen derartige Zusagen, so stellen sie sich als außerhalb des Geschäftskreises der Bahn gelegene, rein private Handlungen des Zusagenden dar, für die die Eisenbahn nicht verantwortlich ist. Sie können schon deshalb nicht rechtswirksam sein, da sie eine nach § 67 Abs. 3 verbotene Bevorzugung eines einzelnen Versenders darstellen würden. Die Lieferfristen gelten auch für leicht verderbliche Güter, und die Eisenbahn verletzt somit

die Pflichten eines ordentlichen Frachtführers selbst dann nicht, wenn sie solche Güter nicht schneller befördert, als es die reglementarische Lieferfrist und deren Einhaltung fordert, obwohl eine raschere Beförderung möglich wäre.

2. Abs. 3. EisenbE. **27** 181 (HanduWechsG. Budapest). Eine von der Eigentumsbahn festgesetzte Zuschlagsfrist kann in dem Falle keine Anwendung finden, wenn die Sendung im Lokalverkehr einer anderen Bahn befördert wurde, welche einen Teil der Transportstrecke der Eigentumsbahn auf Grund eines Péagevertrags benutzt.

3. Abs. 7. EisenbVereinsZ. **11** 914 (HG. Wien). Wenn die Eisenbahn behauptet, daß für die Dauer einer ohne ihr Verschulden eingetretenen Betriebsstörung der Lauf der Lieferfrist ruhte, muß sie, um sich von der Haftung für Lieferfristüberschreitung zu befreien, beweisen, daß und inwiefern diese Betriebsstörung den betreffenden Transport erfaßt hat.

§ 81. Abs. 1. 1. ZtschrfdJntEisenbTr. **11** 89, EisenbE. **27** 168 (HG. Wien, bestätigt vom ÖstObG.). Die Benachrichtigung des Absenders hat auch dann zu erfolgen, wenn erst nach Einlösung des Frachtbriefs der Empfänger die Abnahme des Gutes verweigert. Wenn es selbst richtig wäre, daß dem Absender nach Einlösung des Frachtbriefs kein Verfügungsrecht über das Gut mehr zusteht, so kann es doch im Interesse und in der Macht des Absenders liegen, den bevorstehenden Verkauf abzuwenden und im Einverständnisse mit dem Empfänger irgendwelche Verfügung über das Gut zu treffen. Tatsächlich aber ist der Versender in solchem Falle verfügungsberechtigt. Durch die Bestimmung im § 73 Abs. 9 wird nur zum Ausdrucke gebracht, daß das Verfügungsrecht des Absenders so lange zugunsten des Empfängers suspendiert wird, als der Empfänger von dem auf ihn übergegangenen Rechte auf Erfüllung des Frachtvertrags Gebrauch machen will. Lehnt der Empfänger wie hier dieses Recht ausdrücklich ab, so lebt das ursprüngliche Verfügungsrecht des Absenders gegenüber dem Frachtführer wieder auf, der nach wie vor verpflichtet ist, den ausführbaren Anweisungen des Absenders Folge zu leisten.

2. Abs. 3. EisenbE. **27** 190 (BezGsHandelss. Wien). Die Einlagerung des Gutes auf dem eigenen Lagerplatz der Bahn beendet nicht den Frachtvertrag, sondern führt nur eine andere Haftung der Bahn herbei. Sie haftet vom Augenblicke der Einlagerung an nicht mehr nach § 84, sondern nur noch für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns.

3. Abs. 4 b. SeuffA. **66** 329 (München). Die Möglichkeit der Vermeidung eines Wertverlustes durch besonders qualifizierte Lagerung schließt nicht aus, das Erfordernis einer Wertminderung durch längeres Lagern als gegeben anzusehen. Denn die Herbeiführung der besonders qualifizierten Lagerung kann der Bahn nicht zugemutet werden; das Verlangen, eigene berechtigte Interessen der Bahn hintanzusetzen oder im Interesse des Verfrachters Nachforschungen nach einem geeigneten Raume anzustellen, die weder einfach noch überhaupt schlechthin Erfolg versprechend wären, enthält eine Überspannung der Vertragspflichten der Eisenbahn. Bei der Vergleichung zwischen dem Werte des Gutes und den Lagerkosten ist es nicht angängig, einen Wert in Ansatz zu bringen, der unter Außerachtlassung des durch die Veräußerung voraussichtlich erzielbaren Erlöses berechnet ist. Vielmehr hat die Bahn anschlagsweise den Wert zu berücksichtigen, der sich bei berechtigter Verwertung des unanbringlichen Gutes ergeben würde.

§ 82. 1. EisenbE. **27** 216 (HanduWechsG. Budapest). In Ermangelung gegenteiliger Bestimmungen der Betriebsreglements und der Tarife kann der Eisenbahnverwaltung nicht vorenthalten werden, daß sie zu ihrer Verteidigung auch solche Tatsachen und Rechte geltend macht, von deren Untersuchung und Feststellung sie gelegentlich der Auslieferung bei der Aufnahme des Tatbestandsprotokolls Abstand genommen hat.

2. ZtschrfdIntEisenbTr. **11** 148 (ÖstObG.). Aus dem Umstande allein, daß der Mangel für den Empfänger äußerlich erkennbar war, läßt sich noch kein Verschulden der Eisenbahn ableiten, denn nicht die Erkennbarkeit des Mangels an sich, sondern die wirkliche Entdeckung oder Vermutung eines Mangels bzw. eine darauf gerichtete Behauptung des Verfügungsberechtigten begründen erst die Verpflichtung der Eisenbahn zu der vorgeschriebenen Feststellung.

§ 86. 1. Abs. 1 Ziff. 1. Barnickel, EisenbE. **27** 361, führt gegenüber Rundnagel aus: Der Verlust ganzer Stücke umfaßt neben dem eigentlichen Abhandenkommen auch die Fälle, in denen das Gut zugrunde gegangen oder gänzlich zerstört worden ist.

2. EisenbE. **27** 272 (ÖstObG.). Zur Befreiung der Bahn von der Haftpflicht genügt die Feststellung, daß das Gut in offenen Wagen befördert werden kann, es ist nicht erforderlich, daß es nach der EisenbVerkO. oder dem Tarife in offenen Wagen zu befördern ist. In der im Frachtbrief aufgenommenen Erklärung „die beigestellte Decke ist Eigentum des Versenders" ist eine ausdrückliche Erklärung des Versenders zu erblicken, daß er mit der Beförderung in offen gebauten Wagen einverstanden ist.

3. EisenbVereinsZ. **11** 873 (Ung. Kurie). Der Eisenbahn fällt keine grobe Fahrlässigkeit zur Last, wenn sie einen Wagen mit leicht entzündlichem Gute gelegentlich des Verschubs unmittelbar an die Lokomotive kuppelt und das Gut sich infolge des Funkenflugs entzündet. Ebenso EisenbE. **27** 272 (ÖstObG.).

4. EisenbE. **27** 199 (ÖstObG.). Die Einreihung eines schadhaften Möbelwagens in nächster Nähe der Lokomotive involviert keine Verletzung der kaufmännischen Sorgfalt durch die Eisenbahn.

5. Ziff. 3. EisenbE. **27** 390, SeuffA. **66** 152 (Königsberg). Für die mangelhafte Verladung von Wagenladungsgütern haftet die Bahn, auch wenn ihr Aufsichtsbeamter die Verladung nicht bemängelt hat, nur dann, wenn der Verlader beweist, daß etwas anderes als die mangelhafte Verladung oder ein Verschulden der Bahn den Schaden verursacht hat.

6. EisenbE. **27** 393, SeuffA. **66** 149, OLG. **22** 54 (Cassel). Hat bei der Verladung von Stückgütern der Eisenbahnbeamte eine bestimmte Art der Verladung angeordnet und sind durch diese Art der Verladung die Stückgüter zugrunde gegangen, so kann die für das darin liegende Verschulden ihres Beamten haftende Eisenbahnverwaltung sich nicht darauf berufen, daß die Absender bei der angeordneten Art der Verladung selbst Hilfe geleistet haben.

7. EisenbE. **27** 415 (ÖstObG.). Vom Tarif abweichende Vereinbarungen zwischen Absender und Eisenbahn wegen Verladung durch letztere müssen in den Frachtbrief aufgenommen werden. Ist dies nicht geschehen, so haftet die Eisenbahn, wenn sie die tarifmäßig vom Absender zu verladenden Güter selbst verladet, für die etwa hierbei eintretenden Beschädigungen des Gutes.

8. EisenbE. **27** 217 (BezGfHandelsf. Wien). Erfolgt die Abladung auf Antrag einer Partei durch Bahnorgane, so ist das Abhandenkommen eines ganzen Kollos während der Abladung nicht als eine mit dem Abladen verbundene Gefahr anzusehen.

9. EisenbE. **27** 186 (HanduWechsG. Budapest). Wenn die Eisenbahn eine vom Absender mangelhaft verladene Sendung unterwegs zurechtlädt, so kann sie die Verantwortung für eine nach dem Zurechtladen eingetretene Schädigung des Gutes nicht mit dem Hinweise darauf ablehnen, daß der Schaden durch mangelhafte Verladung seitens des Absenders entstanden sei.

10. Ziff. 4. EisenbVereinsZ. **11** 48, EisenbE. **27** 309 (Colmar). Bei Beschädigung leicht zerbrechlicher Gegenstände besteht die Rechtsvermutung des § 86 Abs. 2. Der Beweis des Gegenteils kann nicht daraus hergeleitet werden, daß die Kisten

verschoben waren, treppenförmig übereinander lagerten und von der einen Kopfseite des Wagens in der Fahrtrichtung abgerückt waren, auch wenn anzunehmen ist, daß zu dieser Verschiebung ziemlich starke Stöße erforderlich waren. Eine Haftung der Bahn kann nur dann aufgestellt werden, wenn auch andere als leicht verletzbare Güter hierdurch in erheblichem Maße gefährdet waren. Ähnlich ZtschrfdIntEisenbTr. **11** 184, EisenbE. **27** 171 (LG. Schwerin). Ein starker Rangierstoß ist infolge der dem Eisenbahnbetrieb eigentümlichen Verhältnisse auch ohne Verschulden der Angestellten der Bahn wohl denkbar, so infolge der Einwirkung äußerer Verhältnisse, von Wind und Wetter, des Versagens maschineller Einrichtungen oder der sonstigen Ansprüche des Verkehrs. Zur Begründung von Ansprüchen gegen die Eisenbahn ist daher in solchen Fällen immer noch der spezielle Nachweis eines den Schaden verursachenden unvorsichtigen Verhaltens der Angestellten der Bahn erforderlich und es ist nicht angängig, sich statt dessen nur mit einer Vermutung genügen zu lassen.

11. EisenbE. **27** 154 (LG. Karlsruhe). Teer, namentlich Holzteer, kann durch Einwirkung von Hitze, namentlich während der Eisenbahnbeförderung, sich in solchem Maße ausdehnen, daß er die Böden von Transportfässern zu sprengen vermag.

12. EisenbE. **27** 141 (LG. Karlsruhe). Gefettete Kunstwolle gehört zu den Gütern, die vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit der besonderen Gefahr ausgesetzt sind, Verlust oder Beschädigung, insbesondere inneren Verderb durch Selbstentzündung zu erleiden.

13. EisenbE. **27** 199 (HG. Wien). Gepreßter Hanf in größeren Mengen gehört zu den Gütern, die vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit der besonderen Gefahr ausgesetzt sind, Schaden durch Selbstentzündung zu erleiden.

14. EisenbE. **27** 302 (ÖstObG.). Eier sind in jedem Falle als besonderen Gefahren ausgesetzte Güter zu betrachten. Selbst wenn Bruch durch entsprechende Verpackung gänzlich ausgeschlossen ist, bleibt noch die Möglichkeit der besonderen Gefahr der inneren Fäulnis und des hierdurch verursachten Zerspringens der Eier.

15. EisenbE. **27** 265 (LG. Rostock). Tonröhren fallen unter den Begriff der Güter, die vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit der besonderen Gefahr ausgesetzt sind, Bruch zu erleiden. Die Befreiung der Bahn von der Haftpflicht kann nicht mit der Begründung angegriffen werden, daß das Gesamtgewicht und die Art der Lagerung der Röhren diese Gefahr ausgeschlossen hätten. Denn die EisenbVerkO. setzt keine Ausnahme für den Fall fest, daß durch eine besondere Art der Lagerung oder Verpackung jene Gefahr aufgehoben ist.

16. Ziff. 5. **RG.** EisenbE. **27** 340. Die Auffassung, daß bei der Beförderung von Pferden, Hunden und Schweinen keine besondere Transportgefahr vorliege, steht im Widerspruche mit der Grundanschauung des § 459 HGB. und § 86 Eisenb.VerkO.

17. EisenbE. **27** 158 (LG. Rostock). Die Eisenbahn haftet nicht für das Hinausstürzen eines von seinem Begleiter mangelhaft befestigten Tieres aus einem Viehwagen. Ein kausales Verschulden der Bahn liegt weder in einem zu schwachen Gitter des Wagens noch in unzureichenden Maßregeln zur Bergung des Tieres.

18. EisenbVereinsZ. **11** 817 (HG. Wien). Die Verwendung gedeckter Wagen zur Beförderung lebenden Geflügels ist auch in der heißen Jahreszeit statthaft. Sache des Absenders ist es, hierauf bei der Verpackung der Güter entsprechende Rücksicht zu nehmen, ebenso wie darauf, daß die Eisenbahn berechtigt ist, den Laderaum des Wagens möglichst auszunutzen.

19. EisenbE. **27** 404 (HanduWechsG. Budapest). Die Haftbefreiung der Eisenbahn greift bei der Beförderung lebenden Geflügels trotz Einhaltung der Lieferfrist nicht statt, wenn dasselbe durch grobes Verschulden der Leute der Eisenbahn — Unterlassen des Tränkens unterwegs — zugrunde geht. Denn es ist eine elemen-

tarische Forderung der Sorgfalt des Frachtführers, daß, sobald er während der Beförderung die Beobachtung macht, daß das Gut bei der Weiterbeförderung der Gefahr der Beschädigung oder Vernichtung ausgesetzt ist, er unverweilt für die Abwendung dieser Gefahr zu sorgen hat, und die Unterlassung dieser Pflicht stellt sich als grobe Nachlässigkeit dar.

20. Abs. 3. EisenbE. **27** 146 (München). Wenn die Eisenbahn bei Beförderung eines nach seiner natürlichen Beschaffenheit empfindlichen Gutes, trotzdem sie dessen Empfindlichkeit kannte oder kennen mußte, die durch diese Eigenschaft gebotene Rücksicht schuldhaft außer acht läßt, so greift der Befreiungsgrund des § 86 nicht durch. Die Bahn ist vielmehr auf Grund ihres Verschuldens haftbar.

21. EisenbE. **27** 268 (BezGHandelsſ. Wien). Wenn die Eisenbahn entgegen dem vom Versender im Frachtbriefe gestellten Antrag das Gut statt in einem gedeckten in einem offenen Wagen befördert, so stellt sich dies allerdings als Verschulden dar. Ihre Haftpflicht ist aber erst gegeben, wenn der Nachweis geführt ist, daß dies Verschulden mit dem entstandenen Schaden in ursächlichem Zusammenhange steht. Wenn die Eisenbahn das Gut, einen Glasballon, im Wagen nicht angebunden hat, so ist ihr dies nicht als Verschulden anzurechnen, da sie hierzu nicht verpflichtet ist.

22. EisenbE. **27** 275 (ÖstObG.). Die Eisenbahn ist für schuldhaftes Verhalten auch dann haftpflichtig, wenn dasselbe nicht direkt, sondern mittels der durch dasselbe herbeigeführten Verzögerung in der Beförderung eine Minderung oder Beschädigung oder den Verlust des Frachtguts herbeigeführt hat. Die Kausalität zwischen Verschulden und Sachschaden ist in diesem Falle gegeben, weil eben ohne jenes Verschulden der Schaden nicht eingetreten wäre. Die Einhaltung der Lieferfrist befreit die Eisenbahn in diesem Falle nicht, da diese nur für den Zeitschaden, nicht für den Sachschaden von Bedeutung ist.

§ 90. 1. EisenbE. **27** 137 ff. Nur nach Ablauf des 30. Tages nach Beendigung der Lieferfrist hat der Berechtigte die Befugnis, das Gut ohne weiteren Nachweis des Verlustes als verloren zu betrachten. Während dieses Zeitraums muß er den Nachweis des Verlustes führen. Die Vorschrift des § 90 ist eine Fiktion, keine Rechtsvermutung, daher steht der Eisenbahn nach Ablauf des 30. Tages der Gegenbeweis, daß das Gut noch vorhanden sei, nicht zu. Die Fiktion besteht ausschließlich zugunsten des Berechtigten, nicht auch der Eisenbahn. Wird das Gut nach Ablauf der 30 tägigen Frist, aber vor Auszahlung der Entschädigung wieder aufgefunden, so hat der Berechtigte die Wahl zwischen Ersatz für Verlust oder Rücknahme des Gutes und Ersatz für Lieferfristüberschreitung.

2. ZtschrfdIntEisenbTr. **11** 18 (ÖstObG.). Die Vorschrift des § 90 enthält eine einfache Rechtsvermutung, die von der Eisenbahn durch Gegenbeweis entkräftet werden kann. (Anders die herrschende Meinung, die darin eine zugunsten des Empfangsberechtigten aufgestellte Fiktion erblickt, deren Rechtswirkung nur dieser selbst beseitigen kann, indem er bei Wiederauffinden des Gutes die Rückgabe in natura verlangen kann.)

§ 95. 1. EisenbE. **27** 267 (KG.). Bei Verlust des Frachtbriefs ist es Pflicht der Eisenbahn, unverzüglich mit der größten Beschleunigung und Sorgfalt Ermittelungen nach dem Empfänger anzustellen. Dazu genügt es nicht, die Mitteilung dem Absender in dessen Abholungsfach zu legen, es hätte einer Anfrage durch Fernsprecher bedurft. Das Verfahren der Eisenbahn, das die verzögerte Ablieferung zur Folge hatte, enthält eine grobe Fahrlässigkeit.

2. EisenbE. **27** 313 (ÖstObG.). Die falsche Dirigierung eines Wagens infolge unrichtiger Bezettelung bei notorisch starkem Verkehr ist kein grobes Verschulden der Eisenbahn. Das Gesetz will die strengen Rechtsfolgen einer culpa nur dann eintreten lassen, wenn auf seiten der Eisenbahn eine Handlungsweise festgestellt wird, die lediglich wegen Unmöglichkeit des Nachweises einer direkten bösen Absicht nicht

unter den Begriff der letzteren fällt, ihr aber ihrer äußeren Erscheinung nach nahe kommt, oder die zumindest einen besonders krassen, aus dem Rahmen eines bloßen Versehens heraustretenden Fall auffallender Sorglosigkeit, an Gewissenlosigkeit streifenden Gleichgültigkeit gegen Benachteiligung eines anderen darstellt.

3. EisenbE. **27** 160 (ÖstObG.). Grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn liegt noch nicht vor, wenn auf der Bestimmungsstation nur ein Teil und nicht die ganze Sendung übernommen wird, wenn bei Verschleppungen nicht telegraphische, sondern nur schriftliche Nachforschungen angestellt werden und wenn einem Adressaten, der sich die schriftliche Benachrichtigung von der Ankunft der Güter verbeten hat, von der Ankunft eines verschleppten Gutes nicht sofort besondere Mitteilung gemacht wird.

4. SeuffA. **66** 153, EisenbE. **27** 398 (Marienwerder). Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit haftet die Eisenbahn in allen Fällen für den vollen Schaden, nicht bloß aus den sonst der EisenbVerkO. im allgemeinen nur bekannten Schadensersatzgründen: Verlust, Beschädigung, Minderung des Gutes und Versäumung der Lieferfrist. Der § 95 trifft also nicht nur bezüglich der Höhe des zu ersetzenden Schadens, sondern auch bezüglich des Entstehens der Schadensersatzpflicht als solchen eine besondere Bestimmung.

§ 97. 1. Abs. 2 Ziff. 2. EisenbE. **27** 407 (ÖstObG.). Die Reklamationsfrist beginnt, falls der Frachtbrief nicht gleichzeitig mit dem Gute ausgeliefert wird, erst mit dem Tage nach der Behändigung des Frachtbriefs an den Empfänger. Der Tagesstempel der Empfangsstation beweist, daß die Bahn jedenfalls nicht früher als am Tage des Empfangsstempels den Frachtbrief dem Empfänger ausgehändigt hat. Die gegebenenfalls bahnseitig erfolgte Korrektur des Empfangsstempels auf einen späteren Tag würde also beweisen, daß der Empfänger nicht vor diesem Tage den Frachtbrief erhalten hat, und die nämliche Folge ergibt sich, wenn diese Korrektur eben zu dem Zwecke vorgenommen würde, um den angeblichen Empfangstag der Bahn in üblicher Weise mit dem Tage der Ausfolgung des Frachtbriefs an den Empfänger in Einklang zu bringen.

2. EisenbVereinsZ. **11** 1528 (HanduWechsG. Budapest). Die Eisenbahn hat sich als Handelsunternehmen den im Handelsverkehr allgemein angenommenen und befolgten Bräuchen anzupassen. Wenn sie bei der Festsetzung ihrer Amtsstunden von denselben abgewichen ist, so kann hieraus für die Partei, die nach der im Handelsverkehr üblichen Praxis vorgegangen ist, kein Rechtsnachteil erwachsen. Sind daher die Amtsstunden ohne Unterbrechung von 8 bis 2 Uhr festgesetzt, so muß die Eisenbahn auch eine am 14. Tage nach 2 Uhr angebrachte Lieferfristreklamation als rechtzeitig anerkennen.

3. Ziff. 4. ZtschrfdIntEisenbTr. **11** 229 (ÖstObG.). Der Antrag auf Feststellung von Mängeln, die bei der Abnahme äußerlich nicht erkennbar waren, muß unverzüglich nach der Entdeckung und spätestens binnen einer Woche nach der Abnahme gestellt werden. Beide Erfordernisse müssen kumulativ erfüllt sein. Ist das eine oder das andere nicht eingehalten, so gilt die Regel im § 97 Abs. 1. Wenn daher der Mangel entdeckt und der Antrag auf Feststellung des Mangels nicht unmittelbar darauf gestellt wird, so ist der Anspruch auch dann erloschen, wenn die siebentägige Frist noch nicht abgelaufen ist.

4. EisenbE. **27** 306 (ÖstObG.). Bei Abgang von in einem plombierten Wagen verladenen Säcken stellt ein Abhandenkommen von Säcken einen äußerlich nicht erkennbaren Mangel dar. Der Ersatzberechtigte wird von der ihn treffenden Beweislast nicht dadurch befreit, daß ein untergeordnetes Bahnorgan durch einen formlosen Vermerk auf dem Frachtbriefe das Abhandenkommen anerkannt hat.

5. Abs. 3. EisenbE. **27** 195 (ÖstObG.). Abgesehen von dem Falle des § 97 Abs. 3 hat der Empfänger nicht das Recht, die Annahme des Gutes abzulehnen. Er kann den Frachtführer und insbesondere die Eisenbahn rechtlich nicht so behandeln,

als wenn sie ihm das Gut verkauft hätten, und es ihnen daher nicht zur Verfügung stellen. Ein solches Recht kann aus dem Frachtvertrage nicht hergeleitet werden. Der Verfügungsberechtigte kann gegebenenfalls Schadensersatz geltend machen, nicht aber der Eisenbahn das Eigentum des Frachtguts überlassen und die Zahlung des ganzen Wertes von ihr verlangen.

Vgl. auch zu § 438 HGB.

§ 99. Abs. 3. EisenbE. **27** 274 (ÖstObG.). Hat der Kläger in seiner Reklamation die zur Beurteilung der Berechtigung seines Anspruchs erforderlichen Bescheinigungen nicht vorgelegt und diesen Mangel auch auf Grund der ihm zugestellten eine Belehrung über die Erfordernisse einer Reklamation enthaltenden Antwort der Bahn nicht beseitigt, sondern Klage erhoben, so hat er auch bei Berechtigung seines Anspruchs die Prozeßkosten zu tragen.

Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr.

Literatur: vgl. zu Abschn. 7 HGB.

Art. 1. ZtschrfdIntEisenbTr. **11** 330 (AppH. Brüssel). Eine Wagenladung wurde in Bulgarien, das dem Übereinkommen nicht beigetreten ist, nach Belgien mit direktem Frachtbrief als Frachtgut aufgegeben. Das benutzte Frachtbriefformular war das im internen bulgarischen Verkehr übliche Muster und enthielt den Vermerk: „Sie empfangen die nachstehend verzeichneten Güter auf Grund der in den Reglements und in den Tarifen der Eisenbahnen und Eisenbahnverbände enthaltenen Vorschriften, die für diese Sendung zur Anwendung kommen". Dieser Frachtvertrag ist nicht nach belgischem, sondern nach bulgarischem Rechte zu beurteilen (dagegen Belgische Staatsbahn aaO. 333).

Art. 3. RG. **75** 190, EisenbVereinsZ. **11** 788, JW. **11** 357, EisenbA. **11** 1070. Unzutreffend ist, daß ein bestimmter Sprachgebrauch unter Kostbarkeiten in erster Linie Erzeugnisse der Goldschmiedekunst, also insbesondere Schmuckgegenstände verstehe. Das Wort enthält an sich weder eine vorzugsweise Beziehung, noch gar eine Beschränkung auf diese Gegenstände. Ebenso ist die Behauptung unzutreffend, es sei ein Begriffsmerkmal der Kostbarkeiten, daß sie einen großen Wert auf verschwindend kleinem Raume darstellen müßten. Der Begriff der Kostbarkeit ist auch nicht zu beschränken, wie in der Literatur geschehen, auf 1. alle Edelmetalle und die daraus hergestellten Waren, 2. Schmuck- und Zierstücke, die infolge ihres Stoffes oder der darauf verwendeten Arbeit oder Kunst von besonderem Werte sind, sondern es ist darunter zu verstehen jedes im Verhältnisse zu seinem Umfang und Gewichte besonders wertvolle Gut (vgl. ZtschrfdIntEisenbTr. **10** 320).

Art. 4. 1. ElsLothJZ. **11** 189 (Colmar). Die einzelne Bahn kann lediglich insoweit dem internationalen Übereinkommen widersprechende Verabredungen mit einer anderen Bahn treffen, als sie durch dieselben auf ihren Strecken günstigere Bedingungen als die im internationalen Übereinkommen festgestellten gewährt. Keinesfalls aber kann sie ihre durch dies Übereinkommen geregelte Haftung einschränken.

2. ZtschrfdIntEisenbTr. **11** 11 (Auskunft des ZentralamtsfdIntEisenbTr.). Die Grenzumladung von ganzen Holzkohlen ist, wie jede sonstige Umladung unterwegs, Sache der Eisenbahnverwaltung in Ausführung des Frachtvertrags. Eine Forderung, Holzkohlen im direkten Verkehre von Rußland nur in Säcken anzunehmen, ist als unzulässige Transportbeschränkung abzulehnen.

Art. 7. Abs. 4. ZtschrfdIntEisenbTr. **11** 14, EisenbE. **27** 264 (KassH. Turin). Bei unrichtiger Deklaration von unverpackt zur Aufgabe gelangenden Gütern soll ein Frachtzuschlag nicht erhoben werden. Anders ZtschrfdIntEisenbTr. **06** 393 (Trib. d. Seine): Die unrichtige Deklaration von unverpackt zur Versendung gelangenden

Gütern rechtfertigt die Erhebung des Frachtzuschlags, wenn die Prüfung der Beschaffenheit des Gutes technische Kenntnisse voraussetzt.

Art. 10. OLG. **22** 49, EisenbVereinsZ. **11** 419, EisenbE. **27** 408 (KG.). Der Empfänger ist an sich nicht verpflichtet, der Eisenbahn von ihr verauslagte Zollbeträge zu erstatten, da er nur für die im Fracht b r i e f ersichtlich gemachten Beträge haftet. Die Eisenbahn ist jedoch berechtigt, ihm das Gut bis zur Erstattung der Zollauslagen vorzuenthalten, so daß ihm ein Rückforderungsrecht gegen die Eisenbahn auf die ihr zur Erlangung des Gutes e r s t a t t e t e n Zollbeträge nicht zusteht.

Art. 11. 1. EisenbVereinsZ. **11** 244 (LG. Königsberg). In Rußland entstandene Lagerkosten, deren Erhebung sich auf die nach den binnenrussischen Bestimmungen bindende Kraft habenden „Regeln für die Ausführung von Vorschuß-, Lagerhaus- und Kommissionsgeschäften" stützt, sind im Sinne des Art. 11 als Vergütung für besondere im Tarife vorgesehene Leistungen anzusehen und können deshalb in Überweisung auf den Frachtbrief gesetzt und vom Empfänger eingezogen werden.

2. ZtschrfdIntEisenbTr. **11** 145 (KassH. Turin). Wenn die Abänderung eines internationalen Tarifs nur in einem der beiden an dem Transporte beteiligten Staaten gehörig veröffentlicht worden ist, so ist die Erhebung der abgeänderten Sätze doch auf der Strecke in dem Staate, in dem die Abänderung veröffentlicht wurde, gerechtfertigt und zwar einerlei, ob die Sendung frankiert oder die Form der Überweisung gewählt war. (In der Ztschr. „Le ferrovie italiane" [**10** 149 ff.] wird diese Auffassung als irrig bekämpft. Es wird darauf hingewiesen, daß es sich um einen internationalen Tarif mit direkten Sätzen zwischen Frankreich und Italien handle, dessen Abänderungen zu ihrer Gültigkeit der Veröffentlichung in beiden Ländern bedürften. Daher sei es auch unzulässig, diesen einheitlichen Transport in einzelne Bestandteile zu zerlegen und es für die Beförderung auf der französischen Teilstrecke als ausreichend zu erachten, daß die Vorschriften für die Veröffentlichung in Frankreich beachtet worden seien.)

Art. 14. 1. C a l m a r, ZtschrfdIntEisenbTr. **11** 138, kritisiert die Bestimmungen über die Lieferfristen. Insbesondere wendet er sich gegen deren lange Dauer sowie gegen die Kürze der 14 tägigen Frist für die Anbringung der Lieferfristreklamationen.

2. (AusfBest. § 6.) ZtschrfdIntEisenbTr. **11** 121, EisenbE. **27** 384 (Franz. KassH.). Wenn ein internationaler Transport von dem Abgangs- bis zum Bestimmungsort auf Grund eines einheitlichen Frachtbriefs unter Anwendung eines Gemeinschaftstarifs zur Ausführung gelangt ist, so ist kraft des so einheitlich konstruierten Frachtvertrags die Eisenbahn zur Inanspruchnahme der für die Gesamtheit des Transports sowohl auf den eigenen Linien als auch auf den Eisenbahnnetzen der anderen Länder sich ergebenden Lieferfrist berechtigt.

Art. 19. (AusfBest. § 6.) ZtschrfdIntEisenbTr. **11** 16, EisenbE. **27** 266 (Franz. KassH.). Wenn eine Sendung vor Ablauf der Lieferfrist in der Nacht ankommt, aber erst am anderen Morgen nach Ablauf der Lieferfrist und nach Beginn der Dienststunden für den Empfänger zugänglich gemacht wird, so gilt die Lieferfrist als gewahrt. — Anders ZentralamtfdIntEisenbTr., das zu diesem Urteil ausführt: Wenn die Lieferfrist um Mitternacht ablief und vor diesem Augenblicke für den Empfänger nicht greifbar war, so ist die Lieferfrist n i c h t gewahrt. Durch die betreffenden die Auslieferung für die Empfangsbahn geltenden reglementarischen Bestimmungen können die im IntÜb. für die Lieferfrist bestimmten Grenzen nicht verändert werden. Die Eisenbahn muß vielmehr darauf bedacht sein, die Avisierung oder Zustellung des Gutes „nach den für die abliefernde Bahn geltenden Bestimmungen" zu bewirken, bevor die Lieferfrist abgelaufen ist, d. h. vor der Nacht, innerhalb welcher

die Frist zu Ende geht, wenn der Auslieferung oder Avisierung während der Nacht reglementarische Vorschriften entgegenstehen.

Art. 25. 1. EisenbE. **27** 165 (AppKassH. Bern). Angesichts der durch Art. 25 begründeten Feststellungspflicht der Bahn bei Beschädigung eines Frachtguts und wenn außerdem ein grobes Verschulden derselben behauptet wird, so darf die Bahn sich unter keinen Umständen auf den Boden der einfachen Negation stellen, sondern ist, wenn sie sich entlasten will, der Aufklärungspflicht unterworfen, und zwar um so mehr, als sie ja eigentlich allein in der Lage ist, die Ursache der Beschädigung festzustellen. Genügt sie ihrer Aufklärungspflicht nicht, so muß sie sich gefallen lassen, daß diese Unterlassung zu ihren Ungunsten ausgelegt wird.

2. ZtschrfdIntEisenbTr. **11** 180 (AppH. Toulouse). Die Eisenbahn ist berechtigt, den Zustand einer wegen Beschädigung vom Empfänger nicht angenommenen Sendung durch einen Sachverständigen feststellen zu lassen und die Rücksendung von der Bezahlung der Kosten der Feststellung und der Rückfracht abhängig zu machen. (Dem Urteile liegt zunächst ein innerfranzösischer Transport zugrunde, es trifft jedoch nach den Ausführungen der Redaktion der ZtschrfdIntEisenbTr. auch auf internationale Transporte zu.)

Art. 27. ZtschrfdIntEisenbTr. **11** 122, EisenbE. **27** 303 (AppG. Basel). Die Ausnahmebestimmung im Art. 12 SchweizRückkaufsG., wonach die Bundesbahnen in jedem durch ihre Bahnlinien berührten Kanton ein Domizil am Kantonshauptorte haben und an demselben von den betreffenden Kantonseinwohnern belangt werden können, findet nur auf die unmittelbar am Frachtvertrage beteiligten Personen Anwendung. Der Zessionar des klageberechtigten Empfängers muß daher, wenn letzterer nicht in dem betreffenden Kantone wohnt, an dem regelmäßigen Domizile der Bundesbahnen, also in Bern klagen.

Art. 30. ZtschrfdIntEisenbTr. **11** 280 (Ung. Kurie). Der Streik der Angestellten eines Arbeitgebers kann nicht in jedem Falle als vis major angesehen werden. Wenn aber der Streik einen solchen Umfang und Charakter annimmt, der auf einem gewissen Gebiete oder in einem Arbeitszweige für gewisse Zeit entweder überhaupt oder den Umständen des betreffenden Falles nach es unmöglich macht, daß der Arbeitgeber zur Verrichtung der Arbeit Bedienstete finden kann, d. h. wenn der Streik durch den Arbeitgeber nicht bezwungen werden kann, dann nimmt er den Charakter der höheren Gewalt an. Unrichtig wäre die Auffassung, daß der Streik eine Pflichtverletzung der Angestellten der Eisenbahn bedeute und daß die Eisenbahnunternehmung auch schon deshalb für die Folgen des Streikes gemäß Art. 29 verantwortlich sein müsse.

Art. 31. 1. Abs. 1 Ziff. 1. ZtschrfdIntEisenbTr. **11** 123, EisenbE. **27** 386 (HG. Tournai). Für die Annässung von Gütern, die nach den Bestimmungen des Tarifs oder nach einer in den Frachtbrief aufgenommenen Vereinbarung mit dem Absender im offenen Wagen befördert werden, haftet die Eisenbahn auch dann nicht, wenn die Annässung auf die schadhafte Beschaffenheit der Wagendecken zurückzuführen ist.

2. Abs. 1 Ziff. 5 u. 6. ZtschrfdIntEisenbTr. **11** 124, EisenbE. **27** 430 (AppH. Mantua). Die Eisenbahn haftet nicht für Schaden aus dem Transporte von Tieren, wenn der Schaden durch bessere Verladung durch den Absender oder durch die Begleitung der Sendung hätte abgewendet werden können.

Art. 33. ZtschrfdIntEisenbTr. **11** 288 (KassH. Turin). Die verspätete Benachrichtigung des Absenders von dem Ablieferungshindernisse berechtigt den Absender nicht, das Gut als in Verlust geraten zu betrachten. In diesem Falle kommt vielmehr Art. 24 in Betracht. Die Anwendung des Art. 33 ist beschränkt auf die daselbst vorgesehene Voraussetzung und kann nicht analog ausgedehnt werden auf Fälle, die daselbst nicht ausdrücklich vorgesehen sind.

Art. 37. ZtschrfdIntEisenbTr. **11** 83 führt das ZentralamtfdIntEisenbTr. aus: Bei Zusammentreffen von Entschädigungsansprüchen wegen Beschädigung und Lieferfristüberschreitung kann der Sachschaden neben dem Verspätungsschaden gefordert werden, wenn es sich um getrennte voneinander verschiedene Schäden handelt. Ist der entstandene Schaden sowohl ein Sachschaden als auch ein Verspätungsschaden, z. B. wenn die Verspätung die Beschädigung verursacht hat, so hat der Reklamationsberechtigte die Wahl, auf welche Bestimmung des IntÜb. er seinen Anspruch stützen will. Wird bei Beschädigung eines leicht verderblichen Gutes der Anspruch auf Verschulden der Eisenbahn wegen Lieferfristüberschreitung gestützt, so muß der Reklamant dartun, daß die Transportverzögerung auf einem Verschulden der Eisenbahn beruht, die Lieferfristüberschreitung an sich als vertragswidrige Ausführung des Frachtgeschäfts schließt das Moment des Verschuldens nicht ohne weiteres in sich (gegen ÖstObG. ZtschrfdIntEisenbTr. **10** 300). Der Umstand, daß Art. 31 IntÜb. einen der Bestimmung im § 86 Ziff. 3 EisenbVerkO. entsprechenden Zusatz nicht enthält, ändert materiellrechtlich nichts. Denn wenn der Schaden in dem Verschulden der Eisenbahn seine Ursache hat, so ergibt sich daraus, daß er aus einer der in Art. 31 aufgeführten Gefahren nicht entstanden ist. Die Deklaration des Interesses an der Lieferung begründet niemals einen selbständigen zum Schadensersatze verpflichtenden Rechtstitel, sie beeinflußt lediglich die Höhe der Entschädigung und tritt nur in Wirksamkeit, wenn die Entschädigungspflicht infolge eines anderen Rechtsgrundes feststeht. Bei Verlust, Minderung und Beschädigung hat sie gemäß Art. 38 IntÜb. eine außer dem Normalschaden zu gewährende Zusatzentschädigung, bei Lieferfristüberschreitung nach Art. 40 IntÜb. eine Erhöhung der Normalvergütung zur Folge. Wenn die Ersatzpflicht der Eisenbahn auf zwei verschiedenen Rechtsgründen beruht und die deklarierte Summe zur Deckung beider Schäden, des Sach- und des Verspätungsschadens, nicht ausreicht, so ist nicht (wie Schwab IntÜb. [1891] 305 ff. ausführt) die Deklarationssumme zweimal als Grundlage der Entschädigung anzunehmen, sondern die Versicherungssumme stellt die Gesamtheit dessen dar, was dem Versicherungsnehmer zur Erhöhung seiner Schadensersatzansprüche zukommt. Das finanzielle Ergebnis kann nun verschieden sein, je nachdem die Deklarationssumme bei der Vergütung des Sachschadens oder bei derjenigen des Verspätungsschadens zuerst zur Anrechnung kommt. Hier steht es dem Reklamanten frei, die für ihn günstigere Berechnungsart zu wählen, und wenn der Kläger dies unterläßt, so hat der Richter unter Beachtung des mutmaßlichen Willens des Klägers diejenige Berechnungsart anzuwenden, die für diesen am vorteilhaftesten ist.

Art. 38. Vgl. Art. 37.

Art. 40. 1. Vgl. Art. 37.

2. ZtschrfdIntEisenbTr. **11** 66 (HandG. Marseille). Auch für Versäumung der Lieferfrist bei einem frachtfrei zu befördernden leeren Kesselwagen können die im Art. 40 festgesetzten Vergütungen beansprucht werden. Denn die Fracht für die Rückbeförderung der leeren Behälter oder Verpackungsmittel ist in der Frachtsumme für die Hinfahrt der gefüllten Behälter mit inbegriffen. Bei Berechnung der Vergütung ist der Tarif für einen unter gewöhnlichen Bedingungen beförderten Kesselwagen in Betracht zu ziehen.

Art. 44. 1. Abs. 2 Ziff. 2. EisenbVereinsZ. **11** 20, EisenbE. **27** 338 (HanduWechsG. Budapest). Einer Reklamation wegen Überschreitung der Lieferfrist, die nicht vom Empfänger, sondern von einem Dritten eingereicht wird, muß außer dem Frachtbrief auch die Zession des Berechtigten beigefügt werden, anderenfalls ist sie nicht rechtswirksam. Die nachträgliche Beibringung der Zession vermag der ursprünglich ungültigen Reklamation keine Rechtswirksamkeit zu verleihen.

2. Abs. 5. ZtschrfdIntEisenbTr. **11** 204 (KassH. Turin). Eine gerichtliche Klage gegen die italienische Staatseisenbahnverwaltung wegen Nichterfüllung der Trans-

portbedingungen oder wegen der Klassifikation der Güter oder unrichtigen Anwendung der Tarife kann nach Art. 12 bis der Anlage D zum G. vom 27. April 1885, betr. die Tarife und Transportbedingungen der italienischen Eisenbahnen, erst nach Ablauf von 40 Tagen nach der Einreichung einer Reklamation im Verwaltungsweg erhoben werden. Für den Anspruch aus einem internationalen Transportvertrage gilt diese Vorschrift nicht, vielmehr genügt hier die vorausgegangene Erhebung der Entschädigungsansprüche in der schriftlichen Form gemäß Art. 44 Abs. 5.

Art. 58. Abs. 2 (Zusatzerklärung vom 20. September 1893.) ZtschrfdJnt. EisenbTr. **11** 60 (ZentralamtfdJntEisenbTr.). Die einmonatige Frist ist so zu berechnen, daß der Eintritt der neuen Bahn erfolgt mit dem Ablaufe des Tages, der durch sein Datum dem Datum des Benachrichtigungsschreibens entspricht, oder wenn dieser Tag in dem betreffenden Monat fehlt, mit dem Ablaufe des letzten Tages des Monats.

Viertes Buch. Seehandel.

Vorbemerkung. Der Quell der seerechtlichen Literatur ist im Berichtsjahre nicht reich geflossen. Hervorzuheben ist die anregende Schrift von Gütschow, Die Reform und Vereinheitlichung des Seerechts durch Rückkehr zum allgemeinen Frachtrecht (zitiert: Gütschow, Reform). Die Lehre vom Konnossement wurde gefördert durch Brodmanns Abhandlung in GoldschmidtsZ. **70** 1 ff., die eine willkommene Ergänzung und Kritik von Wüstendörfers Studien zur modernen Entwickelung des Seefrachtvertrags bildet. — Die Brüsseler Vertragsentwürfe betreffend Schiffszusammenstöße und Bergung sind vom Reichstag angenommen, aber bisher nicht publiziert worden. Eine Kritik der Vorentwürfe über die Reederhaftung hat eben vor Berichtsschluß Wüstendörfer in GoldschmidtsZ. **71** 1 ff. veröffentlicht.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 481. OLG. **22** 60, R. **11** Nr. 1395 (Hamburg). Stauer sind nur dann Schiffsangestellte, wenn sie, sei es auch vorübergehend, mit Diensten betraut sind, die der Schiffsbesatzung obliegen (vgl. JDR. **7** 688, **8** 681, **9** 622).

§§ 481, 485. LeipzZ. **11** 397 ff., HansGZ. **11** Hptbl. 33 (Hamburg). Der Reeder eines geschleppten Seeleichters haftet nicht für Verschulden der Schlepperbesatzung. ⇛ Zu diesem Urteile, das vom **RG.** durch Urt. vom 13. Januar 1912, JW. **12** 354 Nr. 21 bestätigt ist, vgl. Gütschow, Reform 59. Red. ⇚

Zweiter Abschnitt. Reeder und Reederei.

§ 485. Literatur: Gütschow, Reform 53 ff. (s. Vorb.).

RG. R. **11** Nr. 2138, 2222. An sich besteht kein Anspruch der Personen, die auf einem im Hafen liegenden Seeschiffe Geschäfte zu erledigen haben, auf Unterhaltung eines verkehrssicheren Zuganges zum Schiffe. Wenn ihnen aber der Zutritt durch den wachthabenden Offizier gestattet ist, so hat dieser die nötigen Vorkehrungen für einen sicheren Zugang zu treffen. Unterläßt er es, so ist dies ein Verschulden „in Ausführung seiner Dienstverrichtungen".

§ 486. *M. Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung 92. Das Schiffsvermögen kann vom Reeder samt seinen Schulden nach § 419 BGB. übertragen, nach §§ 1085 ff. BGB. belastet werden. ⇛ Anders Cosack, Handelsrecht (7) 135. Red. ⇚

§ 489. 1. Hansa **11** 387, OLG. **23** 91, HansGZ. **11** Hptbl. 76 (Hamburg). a) Die Reederei kann als solche verklagt werden, ohne daß es der Aufführung der Namen der einzelnen Mitreeder bedarf (letzteres ist nur, falls kein Korrespondentreeder da ist, aus diesem tatsächlichen Grunde behufs Klagezustellung nötig). b) Wird

eine Reederei gebildet, so entsteht im natürlichen Laufe der Dinge ein Vermögen, das sich von dem der übrigen Beteiligten sondert. Ein gegen die Reederei gerichtetes Urteil kann beim Fehlen einer bezüglichen Bestimmung nicht in das gesamte Vermögen der Mitreeder, sondern nur in das Reedereivermögen vollstreckt werden. c) Den persönlichen Gläubigern haftet auch bei veränderter Zusammensetzung der Reederei das Reedereivermögen als solches, daneben besteht die persönliche Haftung der Mitreeder. ➸ Das Urteil behandelt die Reederei, als wäre sie eine oHG. Sie ist aber nichts als eine Kollektivbezeichnung für die mehreren Miteigentümer eines von ihnen für gemeinsame Rechnung zum Erwerb durch die Seefahrt verwandten Schiffes, ohne materielle und formelle Parteifähigkeit. Gerade der Umstand, daß beim Fehlen eines Korrespondentreeders die Aufführung sämtlicher Mitreeder in der Klage unumgänglich ist, ergibt, daß dieselbe aus dem Wesen der Sache hervorgeht. Hätte das Gesetz das Gegenteil gewollt, so würde es eine dem § 124 HGB. entsprechende Vorschrift nicht unterdrückt haben. Ein „Reedereivermögen" gibt es nicht; die im Betrieb entstandenen Forderungen und Schulden sind gemeinschaftliche der Mitreeder pro rata ihrer Parten. Daher auch keine persönliche Haftung des Reedereivermögens, nur eine solche der Mitreeder (§§ 494, 507). Vgl. Pappenheim 235, Schlodtmann, SeuffA. **60** 238, Brandis I 35, 37. Auch unten sub 3. Red. ⇠

2. HansGZ. **11** Hptbl. 101 (Hamburg). Die Mitreeder können unter dem Namen der Reederei klagend auftreten.

3. SchlHolstAnz. **11** 167, SeuffA. **67** 110 (KG.). Die Reederei tritt im Rechtsleben nicht als selbständiges Rechtssubjekt auf, hat weder einen besonderen Namen, noch eine selbständige Firma und ist nicht Inhaberin eines besonderen Vermögens; vielmehr sind es die einzelnen Mitreeder, die unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden und auch in den Angelegenheiten des Reedereibetriebs aktiv und passiv zur Prozeßführung berufen sind. Sie stellt — trotz gewisser Verschiedenheiten von der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes — eine auf dem Miteigentum am Schiffe beruhende Erwerbsgesellschaft nach bürgerlichem Rechte dar. Als solche ist sie nicht vermögensfähig und kann nicht Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten sein, auch nicht dingliche Rechte an Grundstücken und Schiffen erwerben. Es kann weiter bei ihr auch kein Sitz in Frage kommen (vgl. § 7 FlaggenG.).

§ 491. SchlHolstAnz. **11** 269 (LG. Flensburg). Bei der Beurkundung von Beschlüssen einer Reedereiversammlung handelt es sich nicht um die Beurkundung eines Rechtsgeschäfts, sondern um die Beurkundung anderer Vorgänge. Darum brauchen solche Beschlüsse nicht in der Form der §§ 168 ff. FGG. beurkundet zu werden; es genügt vielmehr die Form der Artt. 53 ff. PrFGG. (es handelte sich um einen Beschluß betreffend Bevollmächtigung des Korrespondentreeders zur Veranlassung der Eintragung eines Pfandrechts ins Schiffsregister).

§ 493. 1. Hansa **11** 387, OLG. **23** 92, HansGZ. **11** Hptbl. 76 (Hamburg). Es genügt, wenn eine gegen die Reederei gerichtete Klage dem Korrespondentreeder zugestellt wird.

2. HansGZ. **11** Hptbl. 88 (LG. Hamburg). Nach § 493 ist der Korrespondentreeder befugt, die Reederei vor Gericht zu vertreten; daß er hierzu auch verpflichtet sei, sagt weder das Gesetz noch ist es von der Praxis angenommen.

3. HansGZ. **11** Hptbl. 101 (Hamburg). Verpfändungen, welche der als Alleineigentümer eingetragene Korrespondentreeder vorgenommen hat, müssen als rechtsverbindlich anerkannt werden, sofern der Pfandgläubiger bei der Pfandbestellung in gutem Glauben an der Richtigkeit des Registers war. ➸ So schon **RG. 74** 408 ff. (JDR. **9** 623). Red. ⇠

§ 510. Literatur: Gütschow, Reform 18 ff. — Wüstendörfer, Studien I 96 ff.

Dritter Abschnitt. Schiffer.

§§ 511, 512. *M. Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung 92 ff. Der Schiffer ist mehr als gesetzlicher Bevollmächtigter des Reeders, er ist gesetzlicher Verwalter des Schiffsvermögens. Erscheint er als Vertreter, so spricht das Gesetz von einer „besonderen Vollmacht" und schließt für die von ihm als Bevollmächtigten eingegangenen Rechtsgeschäfte die beschränkte Haftung des Vollmachtgebers aus. Handelt es sich aber um Geschäfte, abgeschlossen vom Schiffer „kraft seiner gesetzlichen Befugnisse", vom „Schiffer als solchen", so sind die Gläubiger daraus „Schiffsgläubiger", d. h. es haftet ihnen nur das Schiffsvermögen, nicht das sonstige Reedervermögen; gegen ihn kann geklagt werden. Der Schiffer ist einer Anzahl dieser Gläubiger direkt aus seiner Verwaltung verantwortlich.

§§ 513, 559. OLG. 22 61, HansGZ. **10** Hptbl. 53 (Hamburg). Seeuntüchtigkeit infolge ordnungswidriger Öffnungen der Schiffswand, durch welche Wasser eindrang.

§ 522. ZVersWes. **11** 240 (LG. Hamburg). Der Zweck der Verklarung wird naturgemäß in höherem Maße erreicht, wenn die Beweiserhebung mit tunlichster Beschleunigung stattfindet. Soweit aber das Gesetz eine solche Beschleunigung vorschreibt, handelt es sich lediglich um eine Vorschrift privatrechtlicher Natur, die dem Schiffer gegenüber den an dem Unfalle beteiligten Personen eine Diligenzverpflichtung auferlegt. Die Außerachtlassung derselben macht eventuell den Schiffer den Interessenten gegenüber verantwortlich. Sie führt aber nicht dazu, daß das Gericht einen verspäteten Antrag zurückweisen kann. ➡ Ebenso Schaps 174; anders Wagner 402. Red. ⬅

§ 535. 1. LeipzZ. **11** 564, SeuffA. **66** 416, EisenbE. **28** 35, HansGZ. **11** Hptbl. 104, R. **11** Nr. 2473 (Hamburg). Ladung sind, ganz unabhängig vom Frachtvertrag, alle Gegenstände, die sich behufs Beförderung auf dem Schiffe befinden, auch Güter, die gratis befördert werden, die dem Verfrachter selbst gehören, oder die hinter den Rücken des Schiffers an Bord gebracht worden sind.

2. *M. Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung 54. Wenn der Schiffer im § 535 als Vertreter der Ladungsbeteiligten bezeichnet wird, so ist dies ein falscher Ausdruck, da aus seinen Rechtshandlungen niemals eine persönliche Haftung der Ladungsbeteiligten entspringt (s. auch § 537). Er kann ihr Vertreter schon darum nicht sein, weil ihn seine Stellung gegenüber dem Reeder zwingt, oftmals gegen ihre Interessen zu handeln. Indem er gezwungen ist, vielfach die Interessen des Reeders und der Ladungsbeteiligten gegeneinander abzuwägen und bald den einen, bald den anderen gemäß vorzugehen, kann er niemals als Willensvertreter eines von ihnen erscheinen, vielmehr bringt er einen aus allen Interessenwillen neu herausgearbeiteten, das Gleichgewicht zwischen ihnen wahrenden neuen Willen zur Herrschaft, und mit diesem Willen ein neues selbständiges Recht: sein Verwaltungsrecht am Vermögen.

Vierter Abschnitt. Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern.

§ 556. Literatur: Tannenwald, Frachtvertrag und Schiffsmiete, LeipzZ. **11** 534 ff.

Zusatz zu § 556. Schleppvertrag. Literatur: Gütschow, Reform 58 ff.

RG. HansGZ. **11** Hptbl. 57 schließt sich den Ausführungen des HansOLG. (JDR. **9** 624) an.

§ 557. **RG.** JW. **11** 225, Hansa **11** 200, LeipzZ. **11** 469, HansGZ. **11** Hptbl. 64, ZVersWes. **11** 128, R. **11** Nr. 3727. Kein Grund zur Unterstellung unter ein anderes als deutsches Recht bei einem Frachtvertrage, geschlossen in Hamburg zwischen Deutschen über ein norwegisches Schiff, das Kaufmannsgüter von Marokko nach Hamburg bringen sollte. Daß der Vertrag in englischer Sprache abgefaßt ist, kann die Annahme nicht rechtfertigen, daß sich die Parteien durchweg dem englischen Rechte haben unterwerfen wollen. Freilich ist zuzugeben, daß die Tragweite gewisser Klauseln,

die dem englischen Rechtsverkehr entnommen sind, nur auf Grund der englischen Verkehrsanschauungen ermittelt werden kann. Das ist aber nur eine Folge des Satzes des § 133 BGB.

§§ 557, 662. RG. 75 95. Wenn sich der Verfrachter in der Charter von der Haftung für Diebstahl freigezeichnet hat, dann fällt ein an der Ladung begangener Diebstahl dem Charterer zur Last. Das äußert sich nicht bloß darin, daß ihm als Empfänger die gestohlenen Güter vom Verfrachter nicht ersetzt werden. Vielmehr kann grundsätzlich auch ein Ersatzanspruch des Verfrachters gegen ihn daraus erwachsen. Ist z. B. der Charterer Ablader und hat er ein ihm übergebenes Orderkonossement indossiert, das die nach dem Rechte des Bestimmungshafens ungültige Freizeichnung von Diebstahl enthält, so steht dem Reeder wegen der Summe, die er dem Empfänger zahlen mußte, der Rückgriff gegen den Charterer offen. Dadurch aber, daß dieser Unterfrachtverträge schließt, wird an der Rechtslage nichts geändert. Verwickelt er den Reeder in größere Verpflichtungen, als die Charter sie vorsieht, so hat er Ersatz zu leisten. Daß dies der Sinn der Freizeichnung in der Charter ist, wird durch die Worte „the master to sign bills of lading as presented, without prejudice to this charter“ noch besonders zum Ausdrucke gebracht. Der Charterer steht, auch wenn ihn kein Verschulden trifft, schlechthin dafür ein, daß der Verfrachter durch Diebstähle der Mannschaft (?) nicht in Nachteil gerät. ➠ Das Urteil hebt das JDR. **9** 624 zu §§ 557, 662 zitierte Urteil des HansOLG. auf. Dazu Gütschow, Reform 26. Red. ⬅

§ 559. Literatur: Gütschow Reform 38 ff. — Wüstendörfer, Studien 465 ff.

1. OLG. 22 61, R. **11** Nr. 1396 (Hamburg). Für das Frachtrecht gilt ein Schiff schon dann als seeuntüchtig, wenn es Seewasser in den Laderaum eindringen läßt.

2. Vgl. zu §§ 513, 559.

§ 566. Bartelsen, Hansa **11** 735. Klauseln wie „loaded on deck at merchant's risk“ entbinden den Kapitän nicht von der Verpflichtung, der Deckladung die übliche Sorgfalt zu widmen. Indessen bewirkt die Klausel eine Umdrehung der Beweislast: die Sorgfaltsverletzung ist vom Gegner zu beweisen.

§ 567. HansGZ. **11** Hptbl. 62 (Hamburg). Ladebereitschaft liegt nicht vor, solange das Schiff noch fremde Ware, die die Reise nicht mitmachen soll, in den Räumen an Bord hat, die die neue Ladung aufnehmen sollen.

§ 578. HansGZ. **11** Hptbl. 53, R. **11** Nr. 1815 (Hamburg). Ist ein Schiff im ganzen „für eine volle und bequeme Ladung“ verchartert, so kann der Verfrachter verlangen, daß so viel Ladung geliefert wird, wie das Schiff nach Größe und Gewicht aufnehmen kann; er braucht sich nicht mit einer Ladung zu begnügen, die der Tonnenzahl des Schiffes entspricht.

§ 592. PosMschr. **10** 162 (Königsberg). Gegenüber den für den Schiffer zwingenden Vorschriften des § 592 betreffend die Wahl des Löschplatzes bei einer Mehrheit von Empfängern ist ein Handelsgebrauch, wonach in diesem Falle nur die Menge des von jedem Empfänger abzunehmenden Guts maßgebend ist und der Schiffer dem Verlangen des Empfängers des größeren Teiles der Gesamtladung stattzugeben hat, ohne Rechtswirkung.

§ 597. RG. LeipzZ. **11** 696, Hansa **11** 749. Der Anspruch des Schiffes auf Liegegeld für nicht entlöschte Kohlen kann auch durch den Streik von Kohlenarbeitern berührt werden, der die Abnahme der Kohlen an der Reeling gehindert hat. Denn die Entlöschung umfaßt den gesamten Vorgang, durch den die Güter vom Schiffe in die Hand des Empfängers gelangen. Dazu war ein Zusammenwirken der Kohlenarbeiter und der Stauer erforderlich, und dieses wurde durch den Streik der ersteren ausgeschlossen.

§ 606. Tannenwald, Reederhaftung und Freizeichnungsklauseln, LeipzZ. **11** 369 ff.

Freizeichnung von Diebstahl in der Charter: vgl. zu §§ 557, 662.

§§ 608, 609. **RG.** Hansa **11** 904, R. **12** Nr. 274, 275. 1. Die Sachverständigenermittelung der §§ 608, 609 ist nur eine formale Voraussetzung für die Geltendmachung der Ansprüche wegen Beschädigung und Minderung des Gutes. Die sachliche Beweiskraft der Besichtigung ist im Streitfalle frei zu prüfen, und es steht jeder Partei offen, ihre Unrichtigkeit durch andere Beweismittel darzutun. 2. Wenn die Parteien an Stelle der Besichtigung durch amtlich bestellte Sachverständige eine gemeinschaftliche Zählung vereinbart haben, so ändert das nichts an der Beweispflichtigkeit des Empfängers für das Manko.

§ 609. 1. HansGZ. **11** Hptbl. 97 (Hamburg). Der Vorbehalt „Marken unkenntlich" bei der Quittierung über in Hamburg zu Wasser gelöschte Baumwollballen genügt nicht der Vorschrift des § 8 HambAGHGB. Er läßt nicht erkennen, ob damit nur Ansprüche wegen falscher bzw. fehlender Marken oder Ansprüche wegen falsch ausgelieferter Ballen habe vorbehalten sein sollen. Weiter aber läßt er den Verfrachter darüber im Dunkeln, für wie viele Ballen der Vorbehalt gelten soll.

2. **RG. 75** 111. Zur Feststellung eines vorsätzlich herbeigeführten Verlustes genügt nicht die Auslieferung an eine nicht legitimirte Person in Kenntnis, daß die Verfügung darüber einem anderen zustand. Dazu ist weiter erforderlich, daß derjenige, welcher, ohne auf Beibringung des Ladescheins (Konnossements) zu bestehen, ausliefert, sich bewußt ist, daß damit die Güter für den Inhaber des Ladescheins (Konnossements) in Verlust geraten. Das ist nicht der Fall, wenn er damit rechnet, daß der Inhaber mit jener Art der Behandlung einverstanden sei.

§§ 614, 625. Reichel, R. **11** 574. Mit der Annahme des Gutes tritt nicht nur der Empfänger in die Frachtlohnschuld ein, sondern eo ipso auch der Befrachter aus ihr aus; sie lösen einander ab. Das Verhältnis ist somit nicht als kumulative, sondern als privative, nicht als gesetzliche Mitübernahme, sondern als gesetzliche Nachübernahme der Frachtlohnschuld aufzufassen. An diesem Ergebnisse wird durch § 625 Satz 2 nichts geändert. Stellt sich doch die dort verordnete Regreßschuld nicht sowohl als Rückstand der vormaligen Frachtlohnschuld, denn vielmehr als eine Bereicherungsschuld eigener Art — vergleichbar der im Art. 82 WO. begründeten — dar.

§ 615. EisenbE. **28** 35 Fußnote. Auch auf über See beförderte Postsendungen findet § 615 Anwendung. Denn § 663 bezieht sich nur auf das Rechtsverhältnis zwischen Absender und Post, nicht auf dasjenige zwischen Post und Schiff.

§ 619. HansGZ. **10** Hptbl. 31, **11** Hptbl. 20, 39 (Hamburg), 63 (**RG.**). Berechnung der Fracht nach der Uniform River Charterparty 1904, wenn andere Güter als Beiladung zusammen mit Leinsaat usw. verladen sind.

§ 621. Literatur: Fleischmann in v. Stengels Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts (2), unter „Hafen", § 4 Hafenabgaben.

§ 624. **RG.** R. **11** Nr. 3724. Die Sondervorschrift des § 624 ist auf den Fall, daß nach Beladung des Schiffes im Abgangshafen wegen des Liegegeldes und der Fassung des Konnossements zwischen dem Schiffer und dem Befrachter Streit entsteht, auch nicht entsprechend anwendbar.

§ 625. Vgl. zu §§ 614, 625.

§ 626. **RG.** JW. **11** 225, Hansa **11** 200, LeipzZ. **11** 469, HansGZ. **11** Hptbl. 64, ZVersWes. **11** 128, R. **11** Nr. 3723. Cessor-Klausel in Verbindung mit Lien-Klausel. Nach der Cessor-Klausel „zessiert" die Haftbarkeit des Befrachters aus dem Frachtvertrage, sobald er dem Schiffe die vertragsmäßige Ladung gegeben hat; nach der Lien-Klausel wird dem Verfrachter als Kompensation hierfür wegen seiner Frachtansprüche ein Pfandrecht an den verladenen Gütern gewährt. ⇒ Vgl. JDR. 8 685 zu § 626. Red. ⇐

§§ 642 ff. Literatur: Brodmann, Zur Rechtslehre vom Konnossement, GoldschmidtsZ. **70** 1 ff. — Gütschow Reform 142 ff. — Wüstendörfer Studien 217 ff. Speziell zur Lehre vom Durchkonnossement: Brodmann 67 ff.; Gütschow Reform 155 ff. — Wüstendörfer, Studien 82 ff., 270 ff., 573 ff.

1. Schaps, GoldschmidtsZ. **69** 105, Brodmann, GoldschmidtsZ. **70** 51 ff. Aussteller des Konnossements und verpflichtet aus demselben ist der (event. bei der Ausstellung durch den Kapitän oder einen anderen Bevollmächtigten vertretene) Reeder (vgl. § 642 Abs. 4). Statt dessen wird als solcher in den §§ 651 ff. ungenau der Verfrachter genannt, was nur für den Fall richtig ist, daß der Verfrachter mit seinem eigenen Schiffe den Transport vornimmt oder daß er Ausrüster ist. Eine für den Verfrachter gezeichnete Urkunde stellt ein Konnossement im Rechtssinne nicht dar (Brodmann 57 ff.). Kein Gegenbeweis ist der Umladeklausel und dem Durchfrachtverkehre zu entnehmen (Brodmann 63 ff.).

2. Dagegen wird nach Wüstendörfer, Studien 123 ff., 271 ff., das Konnossement im Namen nicht des Reeders, sondern des Verfrachters gezeichnet, auch wenn der Verfrachter nicht zugleich der Reeder ist.

§ 642. 1. Brodmann, GoldschmidtsZ. **70** 19. Das Konnossement ist nicht Beurkundung des Frachtvertrags. Aber die darin versprochene Leistung ist identisch mit der dem Befrachter aus dem Frachtvertrage geschuldeten Leistung. Zu diesem Versprechen einer Leistung tritt hinzu die Empfangsbescheinigung, das Bekenntnis einer Tatsache.

2. Heuer, LeipzZ. **11** 110. Bei Zeichnung eines Konnossements über noch nicht wirklich abgeladene Güter (§ 642 Abs. 5) muß gefordert werden, daß dieselben zur Beförderung mit einem bestimmten Schiffe und von seiten dieses Schiffes übernommen sind.

§ 645. HansGZ. **11** Hptbl. 5 (Hamburg). Sind die Ladungen der Empfänger gleichartiger Güter vermischt, so liegt ein Gemeinschaftsverhältnis vor, auf Grund dessen derjenige, der pro rata seines Anteils zu wenig empfangen hat, von denjenigen, die zu viel empfangen haben, Ausgleich in natura verlangen kann. Nicht mehr besagt inhaltlich die Konnossementsklausel: „each bill of lading to bear its proportion of damage or shortage and/or sweepings if any". Aus ihr kann insbesondere eine Verpflichtung zum Ausgleich in Geld nicht gefolgert werden. Eine solche ist nur auf ungerechtfertigte Bereicherung zu gründen.

§ 647. S. die zu § 651 unter 5 abgedr. Entsch. des OG. Tsingtau.

§ 649. Heuer, R. **11** 374 ff., führt aus, daß der Ablader, der das Namenskonnossement über ein von ihm abgeladenes Frachtgut nicht an den darin bezeichneten Empfänger abgegeben, sondern selbst in der Hand behalten hat, trotz mangelnder formeller Legitimation auf Grund seines Eigentums, event. seines Besitzes die Wiedereinräumung auch der tatsächlichen Innehabung vom Schiffer im Bestimmungshafen beanspruchen kann.

§ 651. 1. Wüstendörfer, Studien 405 ff. Bei der Skripturhaftung handelt es sich um eine Haftung des Verfrachters nicht aus fingierter Richtigkeit, sondern aus ermittelter Unrichtigkeit der Konnossementsangaben. Solche Haftung läßt sich auf zwei verschiedenen Grundlagen aufbauen. Sie kann sein eine reine Verschuldenshaftung oder eine Garantiehaftung. Beide Prinzipien finden sich vermischt in den Bestimmungen des Gesetzes und in der Judikatur.

2. Brodmann, GoldschmidtsZ. **70** 22, 38. Bei der Haftung aus dem Konnossemente handelt es sich um nichts anderes als um Gewährleistung. Der Schreibende ist nicht nur an die Ernstlichkeit seines Versprechens, sondern auch an die Wahrheit seiner Mitteilungen gebunden.

3. Wüstendörfer, Studien 429. Der Empfänger, welcher sein Empfangsrecht ausübt, hat nicht die Befugnis, die für ihn verladene Partie abzulehnen, wenn

das Schiff im Konnossement unrichtig angegeben ist. ➠ Anders Brodmann, GoldschmidtsZ. **70** 40 ff., der dem Verfrachter den Beweis vorbehält, daß für den Empfänger die Lieferung auf dem anderen Schiffe gleichwertig sei, und die Judikatur: Schaps 515. Red. ⟵

4. HansGZ. **11** Hptbl. 51 (Hamburg). Der Konnossementsinhaber, der zugleich der Befrachter ist, kann Rechte wegen Beschädigung des Frachtguts nicht geltend machen, wenn er selbst oder sein Vertreter dem Schiffe das Gut in beschädigtem Zustand übergeben hatte. ➠ Vgl. Schaps, Anm. 10 zu § 651. Red. ⟵

5. DJZ. **12** 108 (OG. Tsingtau). Enthält das Konnossement die Klausel „Fracht ist vom Ablader bei Aushändigung des Konnossements zu zahlen", so schafft sie Recht zwischen Verfrachter und Empfänger: dieser ist zur Zahlung der vom Ablader nicht berichtigten Fracht nicht verpflichtet. Der Empfänger hat (§ 647 HGB. verb. mit § 936 BGB.) das Eigentum frei von Rechten Dritter erworben, wenn er bezüglich der Freiheit von derartigen Rechten in gutem Glauben war (ein Fall des § 936 Abs 3 liegt nicht vor): deshalb ist das Verfrachterpfandrecht dem Empfänger gegenüber nicht bestehen geblieben. ➠ So richtig der erste Entscheidungsgrund, so unzutreffend ist der zweite. Das Verfrachterpfandrecht kann, wie § 623 ergibt, ebenso wie die Ladungspfandrechte der §§ 696, 725, 751, gegen den Empfänger geltend gemacht werden, auch wenn derselbe das Konnossement gutgläubig erworben hat: § 936 BGB. findet also insoweit keine Anwendung. Im vorliegenden Fall aber wird seine Geltendmachung durch § 651 ausgeschlossen. Red. ⟵

§ 653. 1. Wüstendörfer, Studien 407, 454. Die Haftung aus § 653 Abs. 2 ist eine Sorgfaltshaftung: sie soll in Wegfall kommen, wenn — in concreto — ungeachtet der Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers die Unrichtigkeit der im Konnossement enthaltenen Bezeichnung nicht wahrgenommen werden konnte.

2. Dagegen will Brodmann, GoldschmidtsZ. **70** 26, 30, die Worte „wenn ungeachtet usw." abstrakt verstanden wissen: sie dienten dazu, die Art der Verpackung objektiv zu qualifizieren.

§ 654. Brodmann, GoldschmidtsZ. **70** 32. Aus § 654 ist kein argumentum a contrario für die Fälle zu entnehmen, wo die Güter offen eingeliefert werden, noch darf das, was das Gesetz sagt, hindern, zu differenzieren und auch bei Gütern in Verpackung dem Schiffer die Klausel dann zu versagen, wenn die Art der Verpackung die Nachprüfung der Bezeichnung auf ihre Richtigkeit in keiner Weise behindert.

§ 655. Wüstendörfer, Studien 450, Brodmann, GoldschmidtsZ. **70** 26 ff. Die Klauseln „Zahl, Maß, Gewicht unbekannt" sind auch dann wirksam, wenn die Güter dem Schiffer zugezählt, zugemessen oder zugewogen sind. Doch hat der Befrachter, wenn er dem Schiffer die Güter zuzählt, zumißt oder zuwiegt, den Anspruch darauf, daß der Schiffer eine eigene Erklärung über das Ergebnis im Konnossement abgibt.

§ 656. OLG. **22** 53 (Hamburg). Konnossementsklausel, daß die Fracht zu zahlen sei nach „American Invoice Gross-Weight or delivered weight, ship's option". Das Schiff ist beweispflichtig für die Richtigkeit der von ihm gewählten Frachtberechnung, auch wenn der Empfänger die von ihm hinterlegte Fracht klagend zurückfordert.

§ 658. 1. Wüstendörfer, Studien 407, 454, führt aus, die Haftung aus § 658 werde vom Sorgfaltsprinzipe beherrscht. Das Verschweigen der schlechten Beschaffenheit der Ladung im Konnossement löse nur dann eine Skripturhaftung des Verfrachters aus, wenn die Mängel der zu übernehmenden Ladung „sichtbar" waren, d. h. bei Aufwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers auch ohne spezielle kaufmännische Kenntnisse nach der konkreten Sachlage äußerlich erkennbar.

In der Zeichnung eines reinen Konnossements liege dann eine haftbarmachende Sorgfaltsverletzung.

2. Anders Brodmann, GoldschmidtsZ. **70** 25, 28. Der Schiffer habe auch hier die Angaben des Konnossements schlechthin zu vertreten: eine Exkulpation komme nicht in Frage. Wüstendörfers Deutung des Wortes „sichtbar" sei willkürlich. Sichtbar sei, was der Mensch sehen und erkennen könne: der Maßstab sei die Durchschnittsbefähigung des normalen Menschen. Das Merkmal sei aber objektiv zu verstehen. Ein sichtbarer Mangel bleibe ein solcher auch dann, wenn er unter den Umständen eines bestimmten Falles ohne Verschulden unbemerkt blieb und bleiben mußte. Für solche sichtbare Mängel wird aus der Skriptur gehaftet, für heimliche nicht, selbst wenn letztere vom Kapitän bei Anwendung von Sorgfalt entdeckt worden waren.

3. HansGZ. **11** Hptbl. 51 (Hamburg). Dem Anspruche des Konnossementsinhabers, der zugleich Befrachter der beschädigten abgeladenen Ladung ist, aus § 658 steht die Einrede der Arglist entgegen, es müßte denn sein, daß nach den besonderen Umständen des Falles der Kapitän verpflichtet gewesen wäre, die Interessen des Befrachters gegenüber dem Ablader wahrzunehmen.

§ 662. Literatur: Gütschow, Reform 18 ff. — Wüstendörfer, Studien 96 ff.

1. Brodmann, GoldschmidtsZ. **70** 59. Bei der Unterverfrachtung ist nicht der Unterverfrachter, sondern der Reeder der unmittelbare Besitzer wie des Schiffes so der Ladung.

2. Vgl. zu §§ 557, 662.

§ 663. Ritter, LeipzZ. **11** 89 ff., EisenbE. **28** 35 Fußnote. § 663 bezieht sich nur auf das Rechtsverhältnis zwischen Absender und Post, nicht auf dasjenige zwischen Post und Schiff.

Fünfter Abschnitt. Frachtgeschäft zur Beförderung von Personen.

§§ 664 ff. RG. Hansa **11** 406. Die Pflicht einer Transportanstalt, für sicheren Zu- und Abgang der Fahrgäste zu sorgen, beschränkt sich auf die Stationen, für die sie Beförderungsverträge abschließt, nicht auf unfahrplanmäßige Anlegestellen, die ein Fahrgast zum Absteigen benutzt.

Sechster Abschnitt. Bodmerei.

Literatur: Gütschow, Reform 174 ff.

Siebenter Abschnitt. Haverei.

Erster Titel. Große (gemeinschaftliche) Haverei und besondere Haverei.

Literatur: Gütschow, Reform 72 ff. — Prosch, Havarie-Grosse-Fragen, Hansa **11** 361 ff., 379 ff.

§ 700. 1. HansGZ. **09** Hptbl. 79, OLG. **22** 65 (Hamburg). Für die Frage, ob große Haverei vorliegt, ist es gleichgültig, ob eine zur Rettung von Schiff und Ladung getroffene Maßregel kostspieliger gewesen ist als eine andere, welche hätte getroffen werden können.

2. HansGZ. **10** Beibl. 37 (Hamburg). Der Umstand, daß das Vorliegen großer Haverei verneint ist, schließt nicht unbedingt Ansprüche des Beschädigten nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes aus: solche können aus dem Gesichtspunkte der auftragslosen Geschäftsführung oder der ungerechtfertigten Bereicherung oder des § 904 BGB. begründet sein.

§ 706. OLG. **22** 65 (Hamburg). 1. Zu Nr. 2. Außer Betracht bleibt eine Ausladung, die erfolgt ist nicht zur Erleichterung des auf den Sand gesetzten Schiffes, sondern zur Rettung der Ladung, und nicht auf Anordnung des Schiffers, sondern auf Veranlassung des Ladungsversicherers. — 2. Zu Nr. 3. Im Falle der ab-

sichtlichen Strandung gehören die Kosten der Abbringung auch dann zur großen Haverei, wenn sie weder die gemeinsame Sicherheit von Schiff und Ladung, noch das gemeinsame Unternehmen fördern („Opfersystem"). Zu den Abbringungskosten gehören aber nicht die Kosten der vom Ladungsversicherer im ausschließlichen Interesse der Ladung angeordneten Löschung der letzteren.

§§ 716, 723. Haben Postsendungen zur großen Haverei beizutragen? 1. Ritter, LeipzZ. **11** 89 ff., führt aus, es sei an und für sich nicht einzusehen, warum die Vorschriften über die große Haverei auf Postsendungen keine Anwendung finden sollten. Es sei indessen ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht anzunehmen. Werde ein solches nicht anerkannt, so habe, obschon dem Schiffe gegenüber die Post Schuldnerin der Havariegrossebeträge sei, am letzten Ende der Eigentümer der Sendung den Schaden zu tragen, weil eine Haftung der Post insoweit durch das Postgesetz nicht nur nicht statuiert, sondern sogar durch § 12 desselben ausgeschlossen sei.

2. Plaß, Hamburger Nachrichten, Zweite Morgenausgabe vom 19. Februar und Abendausgabe vom 20. Februar 1911, bestreitet das von Ritter angenommene Gewohnheitsrecht und bejaht die Beitragspflicht der Postsendungen. Die Post könne jedenfalls dann, wenn sie besondere Wertsendungsgebühren erhoben habe, den Schaden vom Eigentümer der Sendung nicht vergütet verlangen. Plaß weist auf die sich ergebenden praktischen Schwierigkeiten hin und verlangt gesetzliche Klarstellung.

3. SeuffA. **66** 415 ff., LeipzZ. **11** 563 ff., EisenbE. **28** 33 ff., HansGZ. **11** Hptbl. 104, R. **11** Nr. 2473 (Hamburg). Die Beitragspflicht der Postsendungen ist zu bejahen. Sie gehören zur Ladung; sollte, was nicht unzweifelhaft, § 615 HGB. nicht gelten, so würde daraus nur das Nichtbestehen eines Zurückbehaltungsrechts folgen, nicht die Unanwendbarkeit der Vorschriften über die große Haverei. Die Existenz eines entgegenstehenden Gewohnheitsrechts sei zu verneinen. Die entstehenden Schwierigkeiten, insbesondere mit Rücksicht auf das Postgeheimnis, könnten nur zur Änderung der Gesetzgebung führen.

§ 718. ZVersWes. **11** 295, HansGZ. **11** Hptbl. 47 (Hamburg). Ladungsgüter, die sich zur Zeit des Havereifalls an Bord des Schiffes befunden haben, tragen zur großen Haverei bei, gleichviel, ob die Konnossemente darüber erst später gezeichnet worden sind.

§ 721. HansGZ. **11** Hptbl. 49, Hansa **11** 179 ff., ZVersWes. **11** 295, R. **11** Nr. 1400 (Hamburg). Befinden sich auf dem Schiffe zurzeit des Havereifalls Güter, die auf Durchkonnossement verladen sind, so ist beitragspflichtig nicht nur die Fracht des betreffenden Reiseteils, sondern die ganze Durchfracht, selbst wenn dieselbe zum Teil Eisenbahnfracht ist. ➳ Dieses Urteil hat lebhaften Widerspruch gefunden. Gegen dasselbe haben sich ausgesprochen Leo, Neue Hamburgische Börsenhalle (Beilage zum Hamburgischen Korrespondenten), Abendausgabe vom 29. März und 6. April 1911 (Nr. 163 u. 178); Gütschow, Hansa **11** 251 ff., 271 ff., 334 ff.; derselbe, Reform und Vereinheitlichung des Seerechts 74, 163; Ritter, ABürgR. **36** 102 ff.; Brodmann, LeipzZ. **11** 498 ff.; mit Unterscheidungen Schaps, LeipzZ. **11** 489 ff. — Dafür nur Plaß, Neue Hamburgische Börsenhalle, Abendausgabe vom 4. April 1911 (Nr. 174) und neuerdings Brodmann, LeipzZ. **12** 129. Red. ⇜

§ 726. 1. Ritter, LeipzZ. **11** 574 ff. Bei der Ausstellung eines Havereibonds handelt es sich um einen Schuldanerkennungsvertrag, um einen Vertrag, in dem das Bestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird in der Absicht der Begründung einer besonderen, persönlichen, von dem bisherigen unklagbaren Schuldverhältnisse befreiten Verpflichtung. Gegenüber diesem Schuldanerkenntnisse versagt die Verjährungseinrede aus § 904 HGB.; der darin beurkundete Anspruch verjährt nach § 195 BGB. in 30 Jahren.

2. HansGZ. **11** Hptbl. 47, ZVersWes. **11** 295 (Hamburg). Aus dem Havereibond ergibt sich zwar nicht ohne weiteres die abstrakte Verpflichtung, jeden aus einer formell ordnungsmäßigen Dispache hervorgehenden Betrag zu bezahlen; vielmehr hat die Unterzeichnung des Bonds die rechtliche Bedeutung, daß, wenn sich bei einer nach dem Gesetz aufgemachten Dispache ergibt, daß die ausgelieferten Güter zur Haverei beizutragen haben, der unterzeichnete Empfänger diesen Betrag zahlen will.

3. HansGZ. **11** Hptbl. 47, ZVersWes. **11** 295 (Hamburg). Die persönliche Verpflichtung des § 726 Abs. 2 liegt den Empfängern der beitragspflichtigen Güter ob, und zwar nicht als den durch das Konnossement legitimierten Empfängern, sondern als denjenigen Personen, welche diese Güter tatsächlich empfangen haben. Mit dem Konnossement hat die Verpflichtung aus § 726 an sich gar nichts zu tun. ➠ So auch Schaps 450. Red. ⬅

§ 728. Ritter, LeipzZ. **11** 572 ff. Der Anspruch der Schiffs- und Ladungsgläubiger wegen der Havariegrossebeiträge ist nicht abhängig von der Aufmachung einer Dispache, sondern mit dem Eintritte des Havereifalls fällig.

§ 729. SeuffA. **66** 416, LeipzZ. **11** 564, EisenbE. **28** 34, HansGZ. **11** Hptbl. 104, R. **11** Nr. 2473 (Hamburg). „Beteiligter" ist der Empfänger einer Postsendung jedenfalls dann, wenn ihm bei der Annahme das Bestehen eines Havariegrossepfandrechts mitgeteilt worden ist.

Zweiter Titel. Schaden durch Zusammenstoß von Schiffen.

Literatur: Gütschow, Reform 59 ff.

§ 734. 1. Beweis und Beweislast. a) HansGZ. **10** Hptbl. 87, OLG. **22** 78 (Hamburg). Eideszuschiebung an den Reeder über die Tatsache, daß sein Schiff ein anderes angerannt habe, ist unzulässig. Denn der Schiffsführer handelt jedenfalls dann nicht als Vertreter des Reeders, wenn er mit dem seiner Führung unterstellten Schiffe ein anderes anrennt. **b)** HansGZ. **11** Hptbl. 116 (Hamburg). Wenn ein festliegendes Schiff durch ein anderes Fahrzeug, das infolge zufälligen Bruches seiner Ruderkette ausgeschert ist, angerannt wurde, so trifft das anrennende Fahrzeug eine weitere Entlastungspflicht nicht. **c) RG. 76** 296. Ist ein schuldhaftes Verhalten nachgewiesen, das nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge den Schaden zur Folge haben kann, so ist bis zum Beweise des Gegenteils anzunehmen, daß es ihn zur Folge gehabt hat. (Vgl. auch HansGZ. **11** Hptbl. 172.) **d) RG. 76** 297. Wo ein für den Unfall kausaler objektiver Verstoß gegen eine polizeiliche Sicherheitsvorschrift nachgewiesen ist, wie Aufenthalt auf der falschen Fahrwasserseite, braucht dem Verstoßenden kein Verschulden nachgewiesen zu werden, vielmehr muß er den Verstoß rechtfertigen. ➠ Ebenso HansGZ. **11** Hptbl. 127 (Hamburg), wo Exkulpationspflicht auch für ein unter Führung eines Zwangslotsen befindliches Fahrzeug, das sich auf der ihm nicht zukommenden Fahrwasserseite des Kaiser-Wilhelm-Kanals befand, angenommen wurde. Red. ⬅ **e)** HansGZ. **11** Hptbl. 37 (Hamburg). Wenn sich der Streit um nichts anderes dreht als gerade um die Frage, ob der überholende Dampfer dem Segelschiff aus dem Wege gegangen sei oder nicht, ob also eine Übertretung gegen Art. 24 SStrO. vorliege, kann eine Vermutung weder für ein Verschulden des Dampfers noch auch für eine Zuwiderhandlung desselben wider die gedachte Vorschrift Platz greifen.

2. Anwendung auf Nichtkauffahrteischiffe. (S. a. EGHGB. Art. 7 zu II.) **a)** SchlHolstAnz. **11** 181 ff. (Kiel). Entgegen **RG. 72** 347 ff. (JDR. **8** 688, **9** 632) ist mit Pappenheim (JDR. **9** 628, 631) anzunehmen, daß Art. 7 EGHGB. alle Seeschiffe trifft und treffen will, auch die in Dienstausübung befindlichen Kriegsschiffe, so daß für eine Anwendung des Art. 77 EGBGB. kein Raum ist. Der Reichsfiskus haftet, sofern nicht § 774 unmittelbar Anwendung findet, analog § 774 beschränkt-persönlich bis zur Höhe des Schiffswerts. **b)** HansGZ. **11** Hptbl. 137, LeipzZ.

12 246 (Hamburg). Das HansOLG. hält die Entsch. des **RG. 72** 347 ff. für falsch mit Rücksicht auf den klaren Wortlaut des Art. 7 EGHGB. — Gütschow, Reform 71 bezeichnet die Gründe des RG. als „schwer verständlich". c) Pappenheim, GruchotsBeitr. **56** 19 ff., ergänzt seine Ausführungen LeipzZ. **10** 417 ff. (JDR. **9** 628) und polemisiert gegen Hertz, GruchotsBeitr. **55** 39 ff. (JDR. **9** 628). Den Kriegsschiffen könne eine Sonderstellung in der vorliegenden Rechtsfrage nicht zugebilligt werden: sie ständen hinsichtlich der Anwendbarkeit von Art. 7 EGHGB. den übrigen dem öffentlichen Dienste gewidmeten Schiffen des Reichs und der Bundesstaaten gleich. Die analoge Anwendung der Schiffsgläubigervorschriften auf den Fall des Art. 7 sei, soweit es sich um Staatsschiffe handelt, nicht gerechtfertigt. Insbesondere verbiete sich die analoge Anwendung des § 774. Vielmehr sei die Haftung des Reichs für Verschulden seiner Kriegsschiffe von vornherein eine beschränkt-persönliche. (S. a. EGHGB. Art. 7 I Ziff. 2.)

Achter Abschnitt. Bergung und Hilfeleistung in Seenot.

Literatur: Gütschow, Reform 179 ff.

§ 740. HansGZ. **11** Hptbl. 83, SeuffA. **67** 160 (Hamburg). Kein Hilfslohn für mittelbare Hilfeleistung für ein Schiff, das mit seiner Ankerkette an der Schraube eines anderen Schiffes festhakt und durch Rettung des letzteren frei wird.

§ 748. HansGZ. **11** Hptbl. 125 (Hamburg). Wenn die Leistungen des ersten Retters, für sich allein genommen, erfolglos waren, wenn aber seine Tätigkeit in die des nächsten, schließlich erfolgreichen Retters überging und nicht ohne Zusammenhang mit ihr betrachtet werden kann, dann ist, trotz sukzessiven Tätigwerdens der verschiedenen Retter, das Rettungswerk als ein einheitliches anzusehen.

Neunter Abschnitt. Schiffsgläubiger.

§ 754. 1. Juristische Natur des Schiffsgläubigerrechts. v. Schwerin, Schuld und Haftung im geltenden Rechte 25 ff. wendet sich gegen die Theorie der Realobligation und stimmt Pappenheims Lehre zu. Die beschränkte Haftung des Seerechts sei eine reine Sachhaftung. Das einmal durch sie gebundene Schiffsvermögen bleibe gebunden, gleich, wohin es gelangt. Dabei bleibe der frühere Reeder der Schuldner. Gegen den neuen Reeder aber sei die Klage zu richten, die dann nicht eine Schuldklage sei, sondern eine Klage auf Realisierung der Haftung. ➠ Zustimmend Puntschart, GoldschmidtsZ. **71** 318. Red. ⟵

2. Anwendung auf Nichtkauffahrteischiffe. Pappenheim, GruchotsBeitr. **56** 24 ff., ergänzt seine Ausführungen LeipzZ. **10** 423 ff. Durch Art. 7 EGHGB. seien nicht auch die Vorschriften über das Schiffsgläubigerrecht auf die Haftung des Fiskus für Staatsschiffe ausgedehnt worden. Ebenso sei ihre analoge Anwendung nicht gerechtfertigt.

3. Einzelnes. Zu Nr. 2. Fleischmann in v. Stengels Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts (2) unter Hafen 307. Wesentlich für die Bestimmung einer Abgabe als „öffentlicher" Hafenabgabe ist, daß sie durch beamtete Organe eingezogen wird, auch wo die betreffende Hafenanlage im Eigentume von Privatpersonen steht. Nicht erforderlich ist also, daß die Abgabe in eine öffentliche Kasse fließen muß.

§§ 754, 761. Ritter, R. **11** 396 ff. Wie der Schiffsgläubiger, dem nur mit Schiff und Fracht gehaftet wird, im Wege der Klage nur Verurteilung des Verklagten zur Duldung der Zwangsvollstreckung in Schiff und Fracht für Kapital, Zinsen und Kosten beantragen kann, so ist auch der Anspruch, dessentwegen er einen Arrest erwirken kann, nur derjenige auf Duldung der Zwangsvollstreckung in Schiff und Fracht wegen Kapital, Zinsen und Kosten. Und ebenso gewinnt er nur wegen

dieses Anspruchs ein Pfandrecht an der im Arrestbefehle festgestellten Lösungssumme, falls diese hinterlegt wird. Dieses Pfandrecht berechtigt ihn nur, für den Anspruch auf Befriedigung aus dem Schiffsvermögen Befriedigung aus der Lösungssumme zu suchen, d. h. nur insoweit, als er bei der Verteilung des Schiffsvermögens unter die mehreren Schiffsgläubiger befriedigt worden wäre. ➠ Diesen Ausführungen kann nicht beigetreten werden. Durch Hinterlegung der Lösungssumme gewährt der Reeder dem arrestierenden Schiffsgläubiger eine Spezialsicherheit, aus der sich dieser ohne Rücksicht auf andere Gläubiger befriedigen kann. Natürlich nur für seinen Anspruch. Aber dieser Anspruch ist nicht eine Forderung auf das, was bei der Verteilung des Schiffsvermögens für den betreffenden Schiffsgläubiger herauskommen würde; er ist vielmehr die ganze dem Pfandrecht als Rückgrat dienende Forderung, die sich, wie Ritter 402 selbst ausführt, „von anderen Forderungen nur dadurch unterscheidet, daß ihr grundsätzlich die Leistungsklage fehlt". Sie kann nicht beschränkungslos eingeklagt werden; aber nichts steht entgegen, daß sie verbürgt, vom Reeder aus dem Landvermögen bezahlt oder, wie hier, nach Arrest des Schiffes durch Hinterlegung gesichert wird. Ritters Meinung läuft also hinaus auf eine Vermengung von Forderung und Haftungsbetrag. Im Ergebnis anderer Ansicht als Ritter: Boyens, GoldschmidtsZ. **62** 43; Wüstendörfer, GoldschmidtsZ. **71** 11 ff.; Louis Franck, Vortrag vom 9. Februar 1911 (Druckſ. des deutschen Vereins für internationales Seerecht) 10; Reichsjustizamt, Die Brüsseler Vorentwürfe 11. Red. ⟵

§ 755. *M. Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung 128 ff. Das gesetzliche Pfandrecht der Schiffsgläubiger ist ein Pfandrecht am Schiffsvermögen, nicht an den einzelnen Gegenständen desselben. Das ergibt sich aus dem Prinzipe der Surrogation und aus dem Prinzipe der beschränkt-persönlichen Haftung.

§ 764. LeipzZ. **11** 53 (LG. Schwerin). Aus dem Grundsatze des internationalen Seerechts, daß alle Regeln des gerichtlichen Verfahrens dem Gesetze des Prozeßorts zu entnehmen sind, folgt, daß die im Ausland unter Beobachtung des ausländischen Gesetzes vollzogene Zwangsversteigerung eines ins deutsche Schiffsregister eingetragenen Schiffes das Erlöschen aller Schiffsgläubiger- und sonstigen Schiffspfandrechte bewirkt, vorausgesetzt, daß das maßgebliche ausländische Recht diese Folge an den Zwangsverkauf knüpft. Der Standpunkt von Lewis-Boyens, es müsse eine öffentliche Ladung aller beteiligten Gläubiger vorausgegangen sein, die so publiziert sei, daß sie auch den Inländern habe zu Gesicht kommen können, ist zu weitgehend; es genügt, daß die Vorschriften des maßgebenden ausländischen Rechtes erfüllt sind.

§ 771. *Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung 130. Die Bestimmung des § 771 Abs. 3 setzt in singulärer Regelung fest, daß in den dort angegebenen Fällen das Austreten der Fracht aus der Masse bezüglich des Gläubigerrechts ignoriert werden muß, also relativ unwirksam ist. ➠ Das besagt die in Fuchs' System nicht passende Vorschrift nicht: sie bestimmt vielmehr, daß im Falle der Abtretung das Pfandrecht der Schiffsgläubiger auch dem neuen Gläubiger gegenüber geltend gemacht werden kann. Ist der neue Gläubiger passiv legitimiert, so kann die Abtretung nicht relativ unwirksam sein. Weshalb diese von Schaps 771 ff. vertretene Auffassung „teils zu unerträglichen Ergebnissen führt, teils überhaupt undurchführbar ist", wird von Fuchs nicht begründet. Red. ⟵

§§ 771, 773, 775, 777. *Fuchs aaO. 130. Findet ein Ausscheiden eines Gegenstandes aus der Masse statt, ohne daß die Lücke des Pfandobjekts durch ein Surrogat ausgefüllt zu werden vermag, so wirkt das Pfandrecht am Vermögen gegen den Erwerber grundsätzlich nicht bezüglich der Substanz, aber bezüglich des Wertes, d. h. an dem Gegenstande besteht ein Recht nicht mehr, aber der Erwerber

ist in Höhe des Wertes des Gegenstandes persönlich den Gläubigern gegenüber ver-verpflichtet. Diese Wirkung wird als beschränkt-persönliche Haftung bezeichnet.

§ 774. Anwendung auf Nichtkauffahrteischiffe. a) Schl. HolstAnz. **11** 184 (Kiel). Wenn das Gesetz schon für den Fall der bloßen Gefährdung seines Rechtes dem Schiffsgläubiger einen Anspruch gegen den Reeder gibt, so kann bei sinngemäßer Ausgestaltung dieses Rechtsgedankens dem Gläubiger, dem lediglich das Schiff haftet, derselbe Anspruch gegen den Schiffseigentümer dann nicht versagt werden, wenn dieser durch Verwendung des Schiffes für staatliche Zwecke eine Befriedigung aus dem Schiffe unmöglich macht. Darauf, daß § 774 im Art. 7 EGHGB. nicht miterwähnt ist, kann entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden, da § 774 lediglich die in den §§ 485, 486 Abs. 3 HGB. enthaltene Haftung näher ausgestaltet. b) Pappenheim, GruchotsBeitr. **56** 26 ff. (S. a. EGHGB. Art. 7 zu I 2.) Eine direkte oder analoge Anwendung des § 774 auf die Haftung des Reichs für Verschulden von Kriegsschiffen läßt sich nicht rechtfertigen. Vielmehr besteht von vornherein nur eine beschränkt-persönliche Haftung des Reichs.

Zehnter Abschnitt. Versicherung gegen die Gefahren der Seeschiffahrt.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

Literatur: Doernberger, Die Besonderheiten der Seeversicherung. — Goebel, Beziehungen zwischen Kaskoversicherung und Schiffbautechnik, ZVersWiss. **11** 937 ff. — von Oertzen, Der Versicherungsschein, ZVersWiss. **11** 822 ff., 1001 ff. — G. Sieveking, Das deutsche Seeversicherungsrecht.

§ 784. v. Oertzen, ZVersWiss. **11.** 1. (823): Wenn § 784 den Versicherer zur Ausstellung einer Police für verpflichtet erklärt, so schreibt er damit nicht zugleich vor, daß der Versicherungsvertrag nur Gültigkeit haben soll bei Wahrung der Schriftform. 2. (1020 ff.): Nur die gesetzlich für indossabel erklärte Orderpolice ist ein Wertpapier, die Inhaberpolice ein Legitimationspapier, die Namenspolice ein einfacher Schuldschein.

§ 788 (alte Fassung). 1. **RG. 75** 171, HansGZ. **11** Hptbl. 214. Konkurrenz zwischen Haftpflichtversicherung und Kaskoversicherung. Verpflichtung zum Ersatz eines durch einen Schlepper angerichteten Schadens, also Doppelversicherung liegt auch dann vor, wenn die Ersatzpflichtpolice nur die dem Absender oder Empfänger entstandenen Schäden deckt, während der Versicherte Ansprüche der davon verschiedenen Ladungseigentümer hat befriedigen müssen.

2. HansGZ. **11** Hptbl. 134 (Hamburg). Der bloße Umstand, daß in zwei Policen derselbe Gegenstand seiner Gattung nach auf dieselbe Zeit und gegen dieselbe Gefahr versichert ist, begründet nicht die Vermutung, daß in der ersten Police der volle Wert zur Versicherung gebracht ist. Ist dies aber nicht der Fall, so gilt die spätere Versicherung für den noch nicht versicherten Teil des Wertes.

§ 793. Literatur: Rehm, Die Frage der Unanfechtbarkeit der Seeversicherungstaxe, ZVersWiss. **11** 465 ff. — Lehmann, Die Unanfechtbarkeit der Seeversicherungstaxe, ZVersWiss. **11** 785 ff.

1. Rehm 465 ff. Vom Betrugsfall abgesehen, ist es rechtlich zulässig, die Anfechtbarkeit der Versicherungstaxe (§ 793 Abs. 2) durch Vertragsbestimmung auszuschließen.

2. Lehmann 789 ff. Bei erheblicher Übersetzung der Taxe finden nicht etwa die Grundsätze der Überversicherung Anwendung — sonst hätte die Versicherung keine rechtliche Geltung (§ 786 Abs. 3) —, sondern es bleibt, solange sich der Versicherer nicht rührt, der taxierte Versicherungswert für den Versicherungsnehmer maßgebend, der Versicherer kann nur Herabsetzung der Taxe fordern. — Der Ausschluß der Anfechtbarkeit der Versicherungstaxe ist unzulässig: § 797 Abs. 2 stellt zwingendes Recht dar.

§§ 795, 799. Rehm, ZVersWiss. **11** 468. Als gesetzlicher Versicherungswert gilt gemäß §§ 795 und 799 der Wert, den die versicherten Schiffe oder Güter bei Beginn der Versicherung haben. Er bleibt gemäß dieser Paragraphen für die ganze Dauer der Versicherung maßgebend. Die Folge dieser Regel ist, daß, wenn die versicherten Schiffe oder Güter im Laufe der Versicherungszeit durch ein unter die Versicherung fallendes Ereignis untergehen, der Anfangswert der Schiffe und Güter für die Schadensfestsetzung auch dann maßgebend bleibt wenn ihr wirklicher Wert aus irgendwelchem Grunde bis zum Eintritte des Versicherungsfalls, also in der Zwischenzeit gesunken war. Der Versicherungsnehmer erzielt hier durch den Eintritt des Versicherungsfalls einen seinen vorherigen Verlust ausgleichenden Gewinn.

Zweiter Titel. Anzeigen bei dem Abschlusse des Vertrages.

§ 808. LeipzZ. **11** 324 (Hamburg). Unschädliche Nichtanzeige der Verladung von Musterkoffern auf Deck, weil solche in nordischen Gewässern allgeme n üblich ist und deshalb als dem Versicherer bekannt vorausgesetzt werden durfte.

Dritter Titel. Verpflichtungen des Versicherten aus dem Versicherungsvertrage.

§ 817. LeipzZ. **11** 874, ZVersWes. **11** 564, HansGZ. **11** Hptbl. 107 (Hamburg). Laufende Police. Bedeutung der Deklaration. Zusammengesetzter Transport oder mehrere Einzeltransporte?

Vierter Titel. Umfang der Gefahr.

§§ 820, 849. Literatur: Fitger, Der Krieg und das Seeversicherungsrecht, Deutsche Seefahrt **12** 5 ff. (populär).

§ 821. 1. Ritter, Die Arrestgefahr im Seeversicherungsrechte, ZVersWiss. **11** 761 ff., führt aus, aus der Vorschrift des § 821 Abs. 2 Nr. 3, daß der Versicherer die Gefahr des auf Antrag eines Dritten angeordneten, von dem Versicherten nicht verschuldeten Arrestes trage, folge nicht, daß er alle aus dem Arreste resultierenden Schäden zu tragen habe. Welche Schäden ihm zur Last fielen, ergebe der sonstige Inhalt des Versicherungsvertrags, insbesondere die Bezeichnung des versicherten Interesses, in Verbindung mit den Vorschriften des Gesetzes über den „Umfang des Schadens". Bei Versicherung „des Schiffes" oder „der Güter" gelte herkömmlicherweise nur das Eigentumsinteresse als versichert. Es werde hiernach grundsätzl ch auch im Falle des Arrestes nur für Substanzschäden gehaftet, also nicht für Kosten, Schäden infolge des Stilliegens usw. (anders die auf S. 762, 783 wiedergegebenen Urteile des LG. Hamburg).

2. HansGZ. **11** Hptbl. 42 (Hamburg). Daraus, daß § 821 Abs. 2 Nr. 3 (ASVB. § 69 Nr. 3) bestimmt, daß der Versicherer die Gefahr des auf Antrag eines Dritten verfügten, von dem Versicherten nicht verschuldeten Arrestes trage, ist zu schließen, daß nur im Falle der wirklich erfolgten Verhängung des Arrestes eine Haftung des Versicherers eintrete. ➠ Dagegen mit Recht Ritter 781. Red. ➠ Auch wenn man annähme, daß der Fall der Vermeidung eines Arrestes durch Sicherheitsstellung dem der Verhängung gleichzubehandeln sei, so würde es sich doch nicht um einen unverschuldeten Arrest handeln, wenn er in der Nichtbestellung der dem Versicherten nach § 730 HGB. obliegenden Sicherheit seinen Grund gehabt hätte. ➠ Zustimmend Ritter 780/781. Red. ➠

3. LeipzZ. **11** 716, HansGZ. **11** Hptbl. 106 (Hamburg). Nichthaftung des Versicherers für Schaden durch Schiffsdunst nach § 70 Nr. 3 ASVB.

§ 849. ZVersWes. **11** 108, HansGZ. **11** Hptbl. 23 (Hamburg). Unter Kriegsgefahr im Sinne des § 849 ist nicht nur die Gefahr zu verstehen, die durch feindselige Handlungen völkerrechtlich anerkannter Reiche herbeigeführt wird. Es fallen darunter insbesondere auch die Revolutions- und Aufruhrgefahren.

Fünfter Titel. Umfang des Schadens.

§§ 854, 856. **RG.** **77** 303 ff. Die Entsch. bestätigt das JDR. **9** 630 mitgeteilte Urteil des HansOLG.

§ 888. v. Oertzen, ZVersWiss. **11** 1004. Das dem Versicherungsnehmer an der Police gegenüber dem Versicherten und dessen Gläubigern zustehende Zurückbehaltungsrecht ist in seinen Wirkungen ebenso wenig dinglicher Natur wie das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. Es unterscheidet sich von diesem nur durch den wesentlich erleichterten Eintritt seiner Voraussetzung. Denn weder ist seine Ausübung bedingt durch die Fälligkeit der Forderung des Versicherungsnehmers, noch braucht die Forderung, wegen der zurückbehalten wird, auf „demselben rechtlichen Verhältnisse" zu beruhen, das Vorzugsrecht wird also nicht nur wegen Forderungen gewährt, die auf dem Versicherungsverhältnisse beruhen, sondern allgemein wegen aller Forderungen, die dem Versicherungsnehmer in bezug auf den versicherten Gegenstand zustehen.

Elfter Abschnitt. Verjährung.

§ 904. Ritter, LeipzZ. **11** 570 ff. 1. Nur der erste, nicht auch der zweite Satz des § 201 BGB. ist in den Abs. 2 des § 904 HGB. übernommen worden. § 201 Satz 2 BGB. kann daher weder unmittelbar noch analog auf die Verjährung der Beiträge zur großen Haverei angewendet werden (gegen Sieveking, Seerecht 266). 2. Gegenüber dem ein Schuldanerkenntnis darstellenden Havereibond versagt die Einrede der Verjährung aus § 904.

Seerechtliche Nebengesetze.

Seestraßenordnung vom 5. Februar 1906.

Art. 16. HansGZ. **11** Hptbl. 33 (Hamburg). Bei der „mäßigen" Geschwindigkeit des Art. 16 kommt es auf die Fahrt durchs Wasser, nicht auf die Fahrt über Grund an.

2. Hansa **11** 565, HansGZ. **11** Hptbl. 41 (Hamburg). Als ein vorsichtiges Fahren im Sinne von Art. 16 Abs. 2 kann ein Fahren mit halber Kraft bei herrschendem Nebel während der Annäherung an ein entgegenkommendes Schiff nicht angesehen werden.

Art. 24. **RG.** **76** 86 ff. Auch auf den Fall des Überholens (Art. 24) finden die Ausweichvorschriften der Artt. 17—23 Anwendung. ➵ Das Urteil hebt die JDR. **9** 632 zu Art. 23 mitgeteilte Entsch. des HansOLG. auf. Red. ⟵

Art. 25. **RG.** R. **11** Nr. 3131. Gegenüber der Vorschrift des Art. 25 kann der Reeder sich nicht darauf berufen, daß sein Schiff gemäß der Anweisung des Segelhandbuchs des Reichsmarineamts, also von Feuerschiff zu Feuerschiff, gesteuert und sich in der Linie der Feuerschiffe gehalten habe. Der Sinn einer solchen Anweisung kann nur der sein, die Kursrichtung im allgemeinen anzugeben, unbeschadet der selbstverständlichen Verpflichtungen, die das Seestraßenrecht den Schiffern auferlegt, insbesondere also unbeschadet der Regel des Art. 25.

Art. 28. Literatur: Coldewey, Hansa **11** 989 ff.; Etzler, Hansa **12** 78.

Hansa **11** 462, HansGZ. **11** Hptbl. 69 (Hamburg). Es dürfte zu erwägen sein, ob die herrschende Ansicht (die dahin geht, daß nur dann ein unter Art. 28 fallender Fall vorliegt, wenn der Kurs im Verhältnisse zu dem bisher verfolgten Kurse geändert wird) nicht einer Korrektur bedarf. Die Signale

des Art. 28 sind gegeben, damit das Gegenschiff über die Manöver des anderen Schiffes unterrichtet wird. Das Gegenschiff interessiert daher viel weniger die Frage, nach welcher Seite das signalisierende Schiff sein Ruder überlegt, als vielmehr die Frage, an welcher Seite dasselbe das Gegenschiff passieren will. Meist werden sich beide Fragen decken; aber wo das nicht der Fall, bleibt die Hauptfrage die: will das signalisierende Schiff Backbord zu Backbord oder Steuerbord zu Steuerbord passieren, und es scheint durchaus möglich und mit dem Sprachgebrauche vereinbar, daß man Art. 28 so interpretiert, daß das Signal „ein kurzer Ton" bedeutet: ich richte meinen Kurs im Verhältnisse zum Gegenschiffe, dem ich meine Absicht anzeige, nach Steuerbord, d. h. ich will Backbord zu Backbord passieren.

Gesetz btr. das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe vom 22. Juni 1899.

§ 1. 1. Fleischmann in v. Stengels Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts (2) unter „Flagge" 810. Staatsschiffe, bei deren Benutzung Gebühren erhoben werden, wie Lotsendampfer und Schleppfahrzeuge; sind nicht „zum Erwerbe durch die Seefahrt bestimmt"; denn der Erwerb ist nicht der Zweck, sondern nur eine Begleiterscheinung ihrer Tätigkeit. Deshalb führen die Schiffe des Reichs, auch wenn ihre Benutzung gebührenpflichtig ist, nicht die Nationalflagge der Kauffahrteischiffe, sondern, soweit sie nicht die Kriegsflagge zu führen haben, die Reichsdienstflagge.

2. Fleischmann daselbst 811. § 1 statuiert nicht nur eine Verpflichtung zur Führung der Reichsflagge. Dem steht § 2 nicht entgegen, wenn man ihn dahin auslegt, daß er mehr die Nichtberechtigung der Schiffe, bei denen die Voraussetzungen nicht vorliegen, aussprechen, als die Ausübung in das Belieben des Berechtigten stellen will.

§§ 4 ff. Literatur: Gravenhorst, Schiffsregister und Landregister, Gruchots Beitr. **55** 248 ff.

→ Ungenau die Bemerkung auf S. 251: „von der Eintragung ins Schiffsregister hänge das Recht zur Führung der Reichsflagge ab"; dasselbe darf nur nicht ausgeübt werden vor Erteilung des Schiffszertifikats (§§ 2, 11). Red. ←

Strandungsordnung vom 17. Mai 1874.

§ 25. Literatur: Gütschow, Reform 183 ff. (Wrackbeseitigung).

§§ 36 ff. OLG. **22** 74 (Hamburg). Eine Vorentscheidung des Strandamts ist gemäß §§ 36 ff. nur für Ansprüche auf Berge- und Hilfslohn im Sinne der §§ 742 ff. HGB. oder auf Bergungs- und Hilfskosten im Sinne der §§ 4, 5, 9, 10, 20, 21 StrandO. erforderlich. Für Ansprüche, die auf §§ 93 ff. BinnenSchG. und event. auf Geschäftsführung ohne Auftrag gestützt werden, steht der Rechtsweg ohne weiteres offen.

§ 36. HansGZ. **11** Hptbl. 71 (Hamburg), auch **RG.** JW. **11** 825, Hansa **11** 678, HoldheimsMSchr. **11** 310, HansGZ. **11** Hptbl. 312, R. **11** Nr. 3254. Bei der gerichtlichen Entscheidung über die Bemessung von Berge- und Hilfslohn handelt es sich nicht um eine Nachprüfung des voraufgegangenen strandamtlichen Verfahrens; vielmehr ist dieses nur prozessuale Voraussetzung für die im übrigen ganz selbständige, im Wege des ordentlichen Verfahrens durchzuführende Klage. Es kann daher eine Nachprüfung der Frage, ob das angegangene Strandamt seine örtliche Zuständigkeit mit Recht angenommen hat, nicht Aufgabe des gerichtlichen Verfahrens sein.

§ 39. Literatur: Reichel, JheringsJ. **59** 428.

SchlHolstAnz. **11** 42 (Kiel). Aus der Vorschrift des § 39, daß der Bescheid des Strandamts seine Kraft verliert, sobald er rechtzeitig durch Klage angefochten ist, folgt, daß die Beteiligten im gerichtlichen Verfahren völlig freie Hand haben, daß also auch einer Erweiterung des Anspruchs nichts entgegensteht.

Seemannsordnung vom 2. Juni 1902.

§ 2. Hansa **11** 100. Schiffsmann ist auch ein zwar von der Telefunkengesellschaft bezahlter, aber zu einer nominellen Heuer angemusterter Bordtelegraphist.

§ 28. Abs. 2. Hansa **12** 36. Beendigung des „Heuervertrags für eine Reise".

§ 50. Satz 2. Hansa **11** 133 ff. 1. Auch Schiffsoffiziere, denen durch die Verminderung der Mannschaft Mehrarbeit erwachsen ist, nehmen an der ersparten Heuer teil (vgl. § 3 Abs. 2). 2. Auch Schiffsleute anderer Dienstzweige, welche in dem Dienstzweige des Fortgefallenen Mehrarbeiten verrichten, partizipieren an dem ersparten Lohne. ➸ Diese Auslegung entspricht kaum dem Gesetze. Red. ⇜

§ 59. HansGZ. **11** Hptbl. 29 (LG. Bremen). Dem Verpflegungsanspruche des erkrankten Seemanns kann nicht entgegengehalten werden, daß trotz der Krankheit Erwerbsfähigkeit vorgelegen hat. Auch muß sich der Erkrankte nicht anderweitigen Verdienst auf die ihm geschuldeten Verpflegungskosten anrechnen lassen. Das Gegenteil ergibt sich nicht aus den subsidiär zur Anwendung gelangenden Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag.

§§ 87, 88. RG. (Straff.) **42** 122. Im Falle des § 88 wird der durch § 87 Abs. 2 begründete Anspruch auf Fracht nicht dadurch ausgeschaltet, daß nach § 88 Abs. 2 die Gegenstände dem Schiffe verfallen.

§§ 91, 127. Neumeyer, Verhaftungen zur See, DJZ. **12** 131 ff.

§§ 96 Nr. 5, 110. RG. (Straff.) **42** 120 ff. Eine Bestrafung aus § 96 Nr. 5 schließt eine Bestrafung wegen Betrugs auf Grund desselben Tatbestandes nicht aus.

§ 117. Abs. 2. **RG.** (Straff.) **44** 386 ff. Tagesfahrt im Sinne der Bek. des BR. vom 16. Juni 1903 (RGBl. **03** 247) § 1, a ist die zwischen Sonnenaufgang und Sonnenuntergang stattfindende Fahrt.

Binnenschiffahrtsgesetz vom 15. Juli 1895.

(in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898).

§ 1. Schiffahrt auf dem Kaiser-Wilhelm-Kanal. SchlHolstAnz. **11** 295 ff. (Kiel). 1. Zwischen der Kanalverwaltung und den Reedern der den Kanal durchfahrenden Schiffe entsteht durch die Unterzeichnung des Anmeldeformulars kein Vertragsverhältnis. Die Anmeldung des Schiffes zur Durchfahrt und seine Zulassung durch die Kanalbehörde geschieht auf Grund gesetzlich gegebener öffentlich-rechtlicher Befugnis. 2. Das Reich haftet für den durch den Kanallotsen herbeigeführten Schaden nach § 831 BGB. (vgl. JDR. **9** 634), also z. B. dann, wenn die Kanalverwaltung trotz Kenntnis von Umständen, die gegen die Zuverlässigkeit des Lotsen sprechen, diesen mit der Führung des Schiffes betraut hat. (S. a. BGB. § 831 Ziff. 16 b.)

§§ 1, 3, 4, 92. SchlHolstAnz. **11** 182 (Kiel), LeipzZ. **12** 246 (Hamburg). §§ 1, 3, 4, 92 beziehen sich auch auf Fahrzeuge in Ausübung des öffentlichen Dienstes, insbesondere auf Zollbarkassen. ➸ Vgl. JDR. **9** 634 und Pappenheim, GruchotsBeitr. **56** 20. Red. ⇜

§ 4. HansGZ. **11** Hptbl. 80 (Hamburg). Das Urteil erklärt es für nicht unzweifelhaft, ob sich der nach § 413 Abs. 1 HGB. haftende Spediteur, der den Transport ganz oder teilweise durch einen Schiffseigner ausführen läßt, auf die beschränkte Haftung berufen kann. Es trägt Bedenken, sich der diese Frage verneinenden Ansicht des Urteils HansGZ. **01** Hptbl. 129 anzuschließen. ➸ Diese Bedenken sind unbegründet. Mit Schiff und Fracht kann nur haften, wer Schiffseigner oder Ausrüster ist: das ist der Spediteur in dem hier fraglichen Falle nicht gewesen. Eine Vorschrift, nach welcher der Spediteur die beschränkte Haftung des Schiffseigners „zu vertreten hätte" (vgl. § 662 HGB.), d. h. beschränkt persönlich in Höhe des Wertes von Schiff und Fracht haftete, besteht nicht. Daher unzutreffend Poetsch,

GoldschmidtsZ. **68** 40 ff. (IDR. **9** 635). Der erkennende Senat des HansOLG. hat übrigens seine Bedenken wieder aufgegeben: HansGZ. **12** Hptbl. 5. Red. ←

Zusatz zu **§ 4.** Schleppschiffahrt. 1. Eisenb.E **27** 442, SpeduSchiffZ. **11** 481 (KG.). Der Führer des Schleppdampfers ist Führer des Schleppzugs und hat in dieser Eigenschaft auch dafür zu sorgen, daß die an seinen Dampfer angehängten Kähne bei Antritt der Fahrt sich in einer Verfassung befinden, die eine Schädigung anderer Fahrzeuge ausschließt.

2. HansGZ. **11** Hptbl. 73 (Hamburg). Die Navigation von Schleppzügen, die aus Flußfahrzeugen bestehen, innerhalb des Hamburger Hafens liegt in erster Linie beim Schlepper. Die hauptsächliche Aufgabe der geschleppten Fahrzeuge besteht im richtigen Nachsteuern. Das schließt nicht aus, daß der Anhang beim Eintreten unmittelbarer Gefahr aus eigener Initiative alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel behufs Abwendung derselben anwenden muß. Abgesehen hiervon hat er sich einer Einwirkung auf die dem Schlepper obliegende Navigation zu enthalten und, soweit er durch besondere, über das richtige Nachsteuern hinausgehende Maßregeln dabei mitwirken soll, die Befehle des Schleppers abzuwarten. Insbesondere liegt dem letzteren die Bestimmung der Fahrgeschwindigkeit ob.

§ 8. **RG.** R. **11** Nr. 3387. Bei der Haftung aus § 8 Abs. 4 handelt es sich nicht nur um Vertretung außerkontraktlichen Verschuldens. Die Vorschrift macht keinen Unterschied zwischen vertraglichen und außervertraglichen Verhältnissen. Die Sachlage muß aber auch unter Beachtung des Begriffs der relativen Fahrtüchtigkeit geprüft werden.

§ 11. ZVersWes. **11** 240 (LG. Hamburg). Das Gericht darf einen Antrag auf Verklarungsablegung nicht, weil verspätet, zurückweisen (vgl. zu § 522 HGB.).

§ 20. LeipzZ. **11** 237, R. **11** Nr. 628 (Hamburg). Die hier in Bezug genommenen Vorschriften der GewO. (§ 133 a) finden auf den Schiffer in derjenigen Fassung Anwendung, welche sie zur Zeit des Streitfalls haben; insbesondere gelten für ihn auch die in §§ 133 aa—ac enthaltenen Zusätze zu § 133 a, obgleich dieselben erst später als das BinnenSchG. Gesetz geworden sind. → Anders mit der gesamten Literatur und Rechtsprechung Ritter, LeipzZ. **11** 238. Red. ←

§ 25. Boysen, GewG. **15** 254 ff. bekämpft eine Entscheidung des LG. Hamburg, welche die Bestimmung der Dienstordnung, nach der die Schiffahrtsgesellschaft ihre Bootsleute schon dann ohne Einhaltung der Kündigungsfrist entlassen kann, wenn sie ihre Schiffe in den Winterstand stellt, wegen Verstoßes gegen GewO. § 122 für nichtig erklärt. — Dagegen Schleyer, GewG. **16** 440 ff.

§ 30. PosMSchr. **10** 75 (Marienwerder). Der Frachtführer kann von dem Ablader, der die versprochene Stellung eines Schleppdampfers nicht rechtzeitig bewirkt, nicht Liegegeld verlangen, sondern nur, wenn dessen Voraussetzungen gegeben sind, Schadensersatz.

§§ 36, 37. HansGZ. **11** Hptbl. 139 (Hamburg). Nicht für alle Fälle des Rücktritts des Absenders gelten die §§ 36, 37. Hatte vielmehr der Rücktritt darin seinen Grund, daß Antritt oder Fortsetzung der Reise ohne Verschulden des Absenders zeitweilig verhindert wurde, so greifen die Spezialbestimmungen des § 71 Platz.

§ 48. SpeduSchiffZ. **11** 28 (Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft Berlin). Nach Handelsgebrauch ist ein Schiffer nicht verpflichtet, im Monat Juli auch noch nach 7 Uhr abends zu entlöschen, sofern er eine solche Verbindlichkeit nicht ausdrücklich übernommen hat.

§ 56. SpeduSchiffZ. **11** 231 (Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft Berlin). Handelsgebräuchlich sind in der Erklärung des Schiffers im Ladeschein „ich bin verpflichtet, meine Schiffsleute beim Einschippen oder Einpacken der Waren in die vom Empfänger zu stellenden Transportgefäße helfen zu lassen" bei einer

Kohlenladung unter den Transportgefäßen nur die Kohlenkarren zu verstehen. Demzufolge ist der Schiffer nur verpflichtet, die Kohlen aus dem Kahne in die Kohlenkarren zu schaffen; dagegen nicht, die Karren ans Land zu schieben oder die Kohlen aus den Karren in den Wagen zu schaffen.

§ 58. RG. JW. **11** 600. Verladungsbedingung: „Für Feuer- und Wasserschäden, sowie für sonstige Gefahren aller Art beim Ein- und Ausladen, während des Transports und während des Liegens in den Schiffsräumen .... übernimmt der Kapitän in keinem Falle eine Verantwortlichkeit. Derartige Schäden werden im Sinne des § 58 Abs. 1 BinnenSchG. als Schädigungen betrachtet, welche durch Umstände herbeigeführt sind, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden können. Eine Ausnahme trifft nur überall da zu, wo der Schiffsmannschaft Absichtlichkeit oder doch grobe Fahrlässigkeit als unmittelbare Ursache der entstandenen Beschädigung nachgewiesen wird." Die Klausel ergibt nicht eine Freizeichnung des Schiffseigners von eigenem Verschulden: es wäre höchst auffällig und aller inneren Berechtigung entbehrend, daß der Schiffseigner sich in weiterem Umfange von der Haftung für eigenes Verschulden freizeichnet, als von der Haftung für Verschulden der Schiffsmannschaft. Dieses Ergebnis wäre nur annehmbar, wenn jede andere Auslegung der Klausel ausgeschlossen erschiene. Dies ist nicht der Fall. Zwar wird man nicht den Ausdruck Schiffsmannschaft so weit nehmen dürfen, daß darunter alle Angestellten der Gesellschaft schlechthin zu verstehen wären. Wohl aber deutet der Umstand, daß die Ausnahme von der Freizeichnung nur in Beziehung auf die Schiffsmannschaft gemacht wird, daraufhin, daß die ganze Klausel überhaupt nur von der Schiffsmannschaft und was ihr zur Last fallen könnte spricht. Diese Auslegung erscheint um so ungezwungener, als alle erwähnten Möglichkeiten recht eigentlich in das Gebiet fallen, wo der Regel nach die Schiffsmannschaft und nur ausnahmsweise der Schiffseigner selbst oder ein anderer Angestellter derselben tätig wird.

§§ 58, 59. BadRpr. **11** 67, ZVersWes. **11** 61 (Karlsruhe). Auch wenn man die Bestimmung des Konnossements dahin zu verstehen hätte, daß die Frachtführerin alle ihr zum Transport übergebene Ware auf Deck verladen darf, könnte sich diese ihrer Haftung aus § 58 BinnenSchG. nicht entziehen. Dann selbstverständlich müßte einem so weit gehenden Rechte des Frachtführers auch eine entsprechende Verpflichtung gegenüberstehen, je nach der Empfindlichkeit des Gutes Sicherheitsvorkehrungen zu treffen.

§ 59. SpeduSchiffZ. **11** 192 (Gutachten der Handelskammer Berlin). Es ist im allgemeinen Schiffsverkehr weder zulässig noch üblich, gesalzene Rindshäute ohne Einverständnis des Verladers auf Deck zu verladen, selbst wenn die Häute mit wasserdichten Persennings (Plänen) vollständig bedeckt werden.

§ 61. 1. SpeduSchiffZ. **11** 305 (AG. Straßburg). Da die „Annahme" im Verkehrsrecht die Billigung der Beförderungsausführung enthält, so liegt, wo das Gegenteil zum Ausdrucke gebracht ist, ein Fall des § 61 BinnenSchG. überhaupt nicht vor, so daß aus der Nichtfeststellung des Zustandes des Gutes ein Verlust des Rügerechts nicht hergeleitet werden kann.

2. **RG.** Hansa **11** 904, R. **12** Nr. 274. In der „Annahme" des Frachtguts liegt an und für sich noch keine Anerkennung, daß der Verfrachter den Vertrag in jeder Hinsicht erfüllt habe, vielmehr bleiben dem Empfänger die Ansprüche wegen einer Beschädigung und Minderung des Gutes grundsätzlich vorbehalten, wenn sie auch nachher an strengere Voraussetzungen geknüpft sind als vorher.

3. Vgl. §§ 608, 609 HGB.

§ 62. Abs. 2. BadRpr. **11** 196 (Karlsruhe). Der Anspruch gegen den Frachtführer wegen verspäteter Ablieferung erlischt nur dann durch Bezahlung der

Fracht und Annahme des Gutes, wenn darin die stillschweigende, auf freier Willensentschließung beruhende Erklärung des Empfängers zu finden ist, daß der Frachtführer seine Verpflichtungen aus dem Frachtvertrag erfüllt habe. Das ist nicht der Fall, wenn der Empfänger genötigt ist, die Fracht zu bezahlen, weil der Frachtführer die Ablieferung des Gutes von deren Bezahlung abhängig macht.

§§ 93 ff. Vgl. zu §§ 36 ff. StrandO.

§ 96. OLG. 22 75 (Hamburg). Ein Aufdrängen der Dienste seitens des Bergers liegt nicht vor, wenn derselbe, ohne vom gegenteiligen Willen der Gegenseite erfahren zu haben, die Bergungsarbeiten begonnen hat und dieselben bereits wesentlich gefördert hatte, als ihm deren Fortsetzung untersagt wurde. Unter solchen Umständen kann nicht gefordert werden, daß er ohne Bezahlung für die geleisteten Arbeiten das Fahrzeug wieder aus Händen gebe. Hierüber findet sich zwar im BinnenSchG. keine ausdrückliche Bestimmung, jedoch ist unbedenklich § 8 StrandO. analog anzuwenden.

§§ 119 ff. Literatur: Gravenhorst, Schiffsregister und Landregister, GruchotsBeitr. 55 248 ff.

Post-, Telegraphen- und Zollgesetzgebung.

Literatur: v. Dassel, Gibt es einen privatrechtlichen Anspruch gegen die Post auf Herstellung eines Fernsprechanschlusses? R. **10** 569. — Görs, Die Wirkung der Postgesetznovelle vom 20. Dezember 1899 hinsichtlich des Postzwanges, EisenbE. **27** 9, 243. — Greve, Das ausschließliche Zeitungsbeförderungsrecht der deutschen Post. Leipzig 1910. — Hotz, Das Telegraphenwegegesetz vom 18. Dezember 1899 unter besonderer Berücksichtigung der für das Königreich Bayern gültigen verwaltungsrechtlichen Vorschriften. München 1910. — Laubhardt, Das Recht des Fernsprechnebenanschlusses, R. **10** 548. — Mez, Der internationale Postscheckverkehr. — Reichert, Über den Postzwang, EisenbE. **27** 358. — Derselbe, Über die Haftung der Post- und Telegraphenverwaltung, DJZ. **10** 963. — Derselbe, Anspruch des Empfängers einer Postanweisung gegen den Fiskus, WürttZtschr. **3** 297. — Schubert, Postscheck und Postscheckvertrag nach dem Scheckgesetze vom 11. März 1908 und der Postscheckordnung vom 6. November 1908. Kiel 1909. — Sieskind, Zur Haftung der Post- und Telegraphenverwaltung, DJZ. **10** 1292. — Städler, Die Transportpflicht der Post bei Unterbrechung des Eisenbahnverkehrs, EisenbE. **27** 236. — Wolcke, Telegraphenrecht. 2 Teile. Sammlung Göschen. — Derselbe, Das Recht des Fernsprechnebenanschlusses, EisenbE. **27** 255, 376. — Zimmermann, Haftung der Zollverwaltung für die Beschädigung und den Verlust der in Eisenbahnzollstellen zur Abfertigung niedergelegten Güter, ZtschrfZollwesen **9** Nr. 7. — Zur Revision des Vereinszollgesetzes, EisenbVereinsZ. **11** 571.

Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reichs vom 28. Oktober 1871.

§ 7. RG. JW. **11** 775. Entscheidend ist für die Frage der Haftpflicht der Post neben der Übereinstimmung des Gewichts eines Briefes mit Wertangabe schon nach dem Wortlaute der Vorschrift das Unverletztsein des Äußeren der Sendung, des Verschlusses und der Verpackung, aber ohne Rücksicht darauf, ob eine Verletzung schon bei Besichtigung der Außenseite des Verschlusses und der Verpackung oder erst bei der Besichtigung auf der Innenseite wahrgenommen werden kann — alles im Gegensatze zu dem Vorhandensein oder Fehlen oder der Beschaffenheit im Innern der Sendung, des Inhalts. Die vom Gesetze gewollte Ungleichheit in der rechtlichen Stellung der Postverwaltung einerseits und des Empfängers andererseits bei dem Verlust oder der Beschädigung von Sendungen mit Wertangabe würde auch unerträglich sein, wenn der § 7 dahin auszulegen wäre, daß schon bei einer auf der Außenseite nicht wahrnehmbaren Verletzung des Verschlusses oder der Verpackung der Sendung die Haftung der Post ausgeschlossen sein sollte. Denn die Post würde dann nicht haften, auch wenn die Besichtigung des Innern des Verschlusses — nicht

etwa des Inhalts der Sendung selbst — klar ergäbe, daß und wie die Verletzung ausgeführt wäre und nunmehr auch hervorträte, daß gewisse vorher nicht beachtete und nicht in die Augen fallende Anzeichen auf der Außenseite des Verschlusses oder der Verpackung für die Beraubung der Sendung sprächen.

Postpaketabkommen des Weltpostvereins vom 15. Juni 1897.

EisenbE. **27** 160, LeipzZ. **11** 790 (Hamburg). Für den Verlust und die Beschädigung eines ins Ausland versandten Postpakets haftet nach dem Postpaketabkommen des Weltpostvereins die Postverwaltung des Aufgabeorts. Sie kann sich nicht auf inländische Bestimmungen berufen, gleichviel, ob das Paket die Grenze überschritten hat oder nicht.

Bestimmungen über Fernsprechnebenanschlüsse vom 31. Januar 1900.

§ 10. Wolcke, EisenbE. **27** 255 führt gegenüber Laubhardt, R. **10** 548 ff. aus: Der Inhaber eines Fernsprechnebenanschlusses benutzt der Telegraphenverwaltung gegenüber die Nebenstelle nicht kraft eigenen Rechtes, sondern er übt nur die Rechte des Hauptteilnehmers aus. Selbständige Rechte und Pflichten zwischen Nebenstelleninhaber und Telegraphenverwaltung entstehen nicht. Juristisch kann aus den Bestimmungen über Fernsprechnebenanschlüsse nur gefolgert werden, daß der Hauptstelleninhaber dem Nebenstelleninhaber mit Genehmigung der Telegraphenverwaltung die Anlagen zur Herstellung von Gesprächsverbindungen sowohl zwischen den Sprechstellen des Teilnehmers untereinander als auch zwischen den Nebenstellen und den Sprechstellen anderer Teilnehmer vermietet oder, falls er den Nebenanschluß dem Inhaber unentgeltlich überläßt, leiht.

Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz.

§ 8. Literatur: Jaeger, Das Oberste Landesgericht. Seine Geschichte und Bedeutung, DJZ. **11** 402—412. — Jaeger, Die Revisionszuständigkeit des Obersten Landesgerichts im Zivilprozesse, BayRpflZ. **11** 73. — Neumiller, Nov. VII, SeuffBl. **11** 185—192. — Unzner, Die Revision in bayerischen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, DJZ. **11** 395—402.

Die Erweiterung der Zuständigkeit des BayObLG. durch das G. vom 20. Februar 1911, betr. die bei einem obersten Landesgericht einzulegenden Revisionen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (RGBl. **11** 59). Das Gesetz wird besprochen von a) Jaeger, BayRpflZ. **11** 73, b) Neumiller und c) Unzner.

§ 11. ElsLothJZ. **11** 78 (Colmar). An die Feststellung der Vorentscheidung des RG., daß in dem bestimmten Verhalten eines Beamten weder eine Überschreitung seiner amtlichen Befugnisse noch eine Unterlassung ihm obliegender Amtshandlungen zu erblicken ist, sind die Untergerichte gebunden. Nicht gebunden sind aber dieselben an die Auffassung der Vorentscheidung hinsichtlich der Frage des Verschuldens und der Frage, ob überhaupt nur objektiv eine Überschreitung der Amtsbefugnisse vorliegt.

Gerichtsverfassungsgesetz.

Vorbemerkung: Über die Reformbewegung, welche die Grundlagen sowohl der Gerichtsverfassung wie des Zivilprozesses betrifft, ist wiederum in der Allgemeinen Vorbemerkung zur ZPO. unter B berichtet. — Die Literatur über die Reform der akademischen und praktischen Ausbildung der Juristen, insbesondere der Richter,

ist zu § 2 GVG. zusammengestellt. — Über die literarischen Erörterungen des Begriffs und der Grenzen der richterlichen Unabhängigkeit und über die Reformwünsche der Richter und des zweiten Richtertages ist zu § 1 GVG. berichtet.

Erster Titel. Richteramt.

Literatur: Beck, Richteramt und Dienstaufsicht, DRZ. **10** 395—398. — Beck, Richterliche Unabhängigkeit, DRZ. **11** 289—294. — Beck, Vorschläge zur Gerichtsverfassung, DRZ. **11** 538—543. — Doerr, Begriff und Grenzen der richterlichen Unabhängigkeit. RheinZ. **3** 425—466. — Hamm, Inwiefern empfiehlt sich ein weiterer Ausbau der Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes über die Unabhängigkeit der Richter? DJZ. **11** 1008—1012. — Krafft, Dienstaufsicht, Richteramt und Disziplin, DRZ. **10** 57—60. — Krafft, Richteramt und Disziplin, DRZ. **11** 252—258. — Kübel, Über richterliche Unabhängigkeit, DRZ. **11** 235—250, 325—330. — Kübel, Noch einmal über richterliche Unabhängigkeit, DRZ. **11** 493—511. — Reichert, Inwiefern empfiehlt sich ein weiterer Ausbau des GVG. über die Unabhängigkeit der Richter? DRZ. **11** 582—614 (Vortrag). — Riß, Grenzen der Dienstaufsicht, DRZ. **11** 364—370, 397—401. — Riß, Richtertum und Beamtentum, DRZ. **11** 529—538. — Saar, Der unbesoldete Staatsrichter. Ein Beitrag zur Ausgestaltung der richterlichen Unabhängigkeit, DRZ. **10** 92—96.

§ 1. 1. Begriff und Grenzen der richterlichen Unabhängigkeit. **a)** Kübel, DRZ. **11** 235—250, 325—330, bespricht Inhalt und Grenzen der Dienstaufsicht. Wegen der Ausübung der richterlichen Gewalt ist jedes dienstaufsichtliche Einschreiten unzulässig, so daß angebliche Fehler bei ihrer Ausübung nie als Dienstvergehen behandelt werden dürfen. **b)** Ebenso Kübel, DRZ. **11** 493—511, weist aus den parlamentarischen Verhandlungen Bayerns nach, daß der von ihm vertretene Begriff der Unabhängigkeit und der Unzulässigkeit jedes Einschreitens gegen den Inhalt der Rechtsprechung der des Gesetzes ist. **c)** Riß, DRZ. **11** 364—370, 397—401. In die Art der richterlichen Rechtsausübung darf die Dienstaufsicht, selbst bei klaren Rechtsverstößen, nicht eingreifen. Nur, wenn ein Dienstvergehen vorliegt, ist Einschreiten zulässig. Wann ein solches vorliegt, ist nach dem einzelnen Falle zu beurteilen. **d)** Beck, DRZ. **10** 395—398. Durch § 1 ist jede Verantwortlichkeit ausgeschlossen. **e)** Ebenso Beck, DRZ. **11** 289—294. **f)** Beck, DRZ. **11** 538—543. **g)** Hiergegen Krafft, DRZ. **10** 57—60. § 1 GVG. schließt keineswegs aus, daß der Richter wegen falscher Anwendung von Gesetzen zur Verantwortung gezogen wird. **h)** Krafft, DRZ. **11** 252—258, begründet von neuem seine Ansicht. Nach bayerischem Rechte dürfen die Organe der Dienstaufsicht dem Prozeßrichter auch wegen des Inhalts seiner Entscheidungen Ermahnungen oder Warnungen erteilen, wenn nach ihrer Anschauung durch diesen Inhalt ein Dienstvergehen im Sinne von Art. 1 Ziff. 1 RichterdisziplinarG. begründet ist (Art. 3 RDG.). Dem Richter steht es frei, hiergegen die Entscheidung der Disziplinarkammer anzurufen (Art. 6 RDG.). **i)** Doerr, RheinZ. **3** 425—466, bespricht ausführlich den Begriff und die Grenzen der richterlichen Unabhängigkeit. Hinsichtlich der Richterverantwortlichkeit hält Doerr nach dem einzelstaatlichen Richterdisziplinarrecht ein Dienstvergehen auch dann für gegeben, wenn die Amtspflichtverletzung in Beziehung zur rein richterlichen Tätigkeit, zur Auslegung und Anwendung des Gesetzes steht oder sogar bei dieser Gelegenheit, bei der Ausübung der richterlichen Gewalt begangen wird. Gewissenlose Auslegung und Anwendung des Gesetzes ist keine pflichtmäßige, der Amtspflicht entsprechende Auslegung oder Anwendung mehr, sondern als schuldhafte Amtspflichtverletzung ein Dienstvergehen. Es braucht nicht einmal notwendig Gewissenlosigkeit gegeben zu sein, um die Annahme eines Dienstvergehens zu rechtfertigen; es genügt schon ein Mangel an Gewissenhaftigkeit oder Sorgfalt. Demnach ist der Richter zur Verantwortung zu ziehen bei groben Verstößen gegen klare (materielle oder formelle) Rechtsvorschriften, allgemeine Denkgesetze oder Lebenserfahrungen. Diese Verantwortung wird durch § 1 GVG. nicht ausgeschlossen. Derartige, auf § 1 sich

stützende Erwägungen scheitern de lege lata daran, daß hiernach die Unabhängigkeit des Richters eben keine „unumschränkte" Unverantwortlichkeit bedeutet, sondern daß die Gerichte dem Gesetz unterstehen, das die dienstliche Verantwortung der Richterbeamten nicht schlechthin ausschließt. Auch § 839 BGB. steht nicht entgegen. Denn einmal darf die von § 839 bezüglich der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit des Spruchrichters gemachte Ausnahme weder verallgemeinert, noch auf die disziplinäre Verantwortlichkeit, die nicht einmal reichsgesetzlich geregelt ist, ausgedehnt und so eine fast absolute Freiheit des Richters (oder auch nur des Prozeßrichters) von disziplinärer Verantwortlichkeit auf Grund Reichsrechts konstruiert werden. Sodann ist nicht die dienstliche Verantwortlichkeit, sondern umgekehrt die Nichtverantwortlichkeit die Ausnahme; die Regel ist für alle Beamte, die Richter eingeschlossen, die dienstliche Haftung oder Verantwortlichkeit, so sehr auch dadurch die unbefangene Beurteilung einer Sache notleidet oder in Gefahr gerät.

2. Inwiefern empfiehlt sich ein weiterer Ausbau des GVG. über die Unabhängigkeit der Richter? a) Riß, DRZ. **11** 529—538, verlangt klare Scheidung von Richtertum und Beamtentum. b) Saar, DRZ. **10** 92—96, verlangt Beseitigung des unbesoldeten Staatsrichters. c) Hamm, DJZ. **11** 1008—1012, empfiehlt die Ausdehnung der reichsgesetzlichen Bürgschaften der Unabhängigkeit auf die Hilfsrichter, ferner klare Abgrenzung der richterlichen Verantwortlichkeit gegenüber der Justizverwaltung und Regelung der Aufsicht über die Richter, etwa durch folgende Fassung: „In dem Aufsichtsrecht über Richter liegt die Befugnis, den Richter, der eine Pflichtwidrigkeit begangen hat, nach Anhörung mündlich oder schriftlich auf die Pflichtwidrigkeit aufmerksam zu machen, wie ihm dieserhalb eine Ermahnung oder Rüge zu erteilen. Der Richter kann dann gegen sich das förmliche Disziplinarverfahren und in diesem die Aufhebung der von der Aufsichtsbehörde ergriffenen Maßregel beantragen." Dagegen ist auf eine gleichmäßige Regelung der Besoldung zur Zeit noch zu verzichten. d) Auf dem 2. Deutschen Richtertage wurde im Anschluß an den Vortrag von Reichert, DRZ. **11** 582—614, folgender Antrag Boisly-Reichert angenommen: I. Die Vorschriften des GVG. bedürfen einer Ergänzung durch Erlassung eines deutschen Richtergesetzes. II. Dieses muß enthalten: a) Vorschriften über die materielle Begrenzung des Richteramts, b) Vorschriften über die Träger des Amtes, insbesondere 1. feste Anstellung aller Richter, 2. klare Abgrenzung der richterlichen Verantwortlichkeit gegenüber der Justizverwaltung, 3. gleichartige Grundsätze über die materielle Sicherstellung der Richter (DRZ. **11** 581, Diskussion DRZ. **11** 633—646).

§ 2. Literatur: Arnhold und Bielefeldt, In welcher Weise erhalten Juristen am besten Gelegenheit zur Aneignung von kaufmännischen Kenntnissen? RuW. **1** 9—13. — Baer, Die Notwendigkeit einer allgemeinen Rechtslehre. Zur Umgestaltung des Rechtsstudiums auf den Universitäten, BayRpflZ. **11** 39—41. — Boyens, Sind Reformen zur Ausbildung der Juristen nötig? Gutachten für den 20. Anwaltstag. Zugabe zu JW. **11** Nr. 15. — Denkschrift der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über die Reform der juristischen Vorbildung, RuW. **1** 87—88. — Düringer, Die Ausbildung der Richter, DRZ. **10** 209—215. — Enneccerus, Rechtsstudium und Prüfungswesen in Preußen, DJZ. **11** 44—51. — Frankenstein, Die Vorbildung der Juristen in Italien, JW. **11** 675—678. — Gerland, Die Reform des Rechtsstudiums, BayRpflZ. **11** 213—217. — Gerland, Die Reform des juristischen Studiums. Bonn 1911. Marcus & Weber. — Heinsheimer, Rechtsstudium und Lebenskunde, RuW. **1** 4—9. — Jacobi, Zur Reform des Rechtsunterrichts, JW. **10** 261—265. — Jacobi, Zur Reform des juristischen Studiums, JW. **11** 3—7. — Kade, Gestaltung des Assessorexamens, JW. **11** 695—696. — Klein, Die Mittel zur wirtschaftlichen Ausbildung der Juristen, BankA. **11** 49—52. — Krückmann, Vorpraxis, akademische Rechtsprechung und anderes. Zur Reform des Rechtsstudiums. Tübingen 1911. Mohr. — Leonhard, Zwischenklausur und Beschränkung der Kandidatenzahl — zwei Reformvorschläge, DJZ. **11** 121—124. — Lotz, Die volkswirtschaftliche Vorbildung der bayerischen Juristen, DJZ. **11** 449—455. — Neumann, Zur Frage der Ausbildung

des juristischen Nachwuchses in Preußen. JW. **10** 569—571. — Pudor, Zur Reform der juristischen Ausbildung, RuW. **1** 139—140. — Rathenau, Heranbildung von Gegenwartsjuristen, JW. **11** 7—11. — Reidnitz, Juristenbildung insbesondere die Vorbildung der Rechtsanwälte in ihrer Entwicklung bis heute. Mainz 1911 (Standesfragen der deutschen Rechtsanwälte, herausgegeben von Soldau. Heft 2). — Riß, Die Vorbildung der Richter, DRZ. **10** 125—138, 165—172. — Verhandlungen des 20. Deutschen Anwaltstages zu Würzburg. Zugabe zu JW. **11** Nr. 20. — Vierhaus, Über den praktischen Vorbereitungsdienst für die Erlangung der Fähigkeit zum Richteramte, BuschsZ. **41** 263—285. — Wagner, Gestaltung des Assessorexamens, JW. **11** 693—695. — Waller, Zur Geschichte des Rechtsstudiums, JW. **10** 788—794. — Waller, Zur Reform des Rechtsstudiums, JW. **10** 853—860. — Waller, Studienreform und Anwaltstag, JW. **11** 741—744. — v. Willich, Über das Rechtsstudium, WürttRpflZ. **10** 277—280. — Zacharias, Über Persönlichkeit, Aufgaben und Ausbildung des Richters. Berlin 1911. Guttentag. — Zacharias, Über Fortbildung von Gerichtsassessoren im Wege vorübergehender Beschäftigung in wirtschaftlichen Privatbetrieben, RuW. **1** 97—101.

§ 10. Wegen Beseitigung des Hilfsrichterwesens vgl. § 1.

§ 11. *Eckstein, AÖffR. **27** 568. Der § 11 gilt nur vom Beamten im engeren Sinne, nicht vom Staatsangestellten (über diese Begriffe vgl. o. Ziff. 1 zu § 839 BGB.).

Zweiter Titel. Gerichtsbarkeit.

Vorbemerkung: Hingewiesen sei auf die Entscheidungen des **RG.** VII § 13 Nr. I 8 und 9 über den Rechtsweg in Reichsbrausteuersachen und über die Hamburger Schätzungskommission in Enteignungssachen. Gegen beide Entscheidungen erhebt Hartmann sehr beachtliche Einwendungen.

Literatur: Bühler, Die Zuständigkeit der Zivilgerichte gegenüber der Verwaltung im württembergischen Recht. Stuttgart 1911. (16. Heft der Tübinger staatswissenschaftlichen Abhandlungen.) — Hartmann, Zum Entwurfe des hamburgischen Verwaltungsgerichtsgesetzes, DJZ. **11** 133—136. — Hartmann, Zulässigkeit des Rechtswegs in Verbrauchssteuersachen? DJZ. **11** 1489—1491. — Hartmann, Die hamburgische Schätzungskommission vor dem Reichsgerichte, DJZ. **11** 848—851. — Sieveking, Zum Begriffe der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit, HansGZ. **11** Beibl. 41—43. — Spiller, Ist es der Landesgesetzgebung überlassen, einem ordentlichen Gericht im Sinne der §§ 12 und 13 des GVG. die Entscheidung einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit als Schiedsgericht zu übertragen? Beiheft zur RheinZ. **3** Heft 4 (S. 1—30). Mannheim und Leipzig 1911. — Zorn, Zum Problem der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger. Berlin 1911. S. 511—538.

§ 13. I. Allgemeines und Prinzipielles über die Zulässigkeit des Rechtswegs. Unterschied zwischen bürgerlichen und öffentlichen Rechtsstreitigkeiten. 1. Bürgerliche Rechtsstreitigkeit. Sieveking, HansGZ. **11** Beibl. 41—43, erwidert auf Hartmanns Ausführungen, JDR. **9** Nr. I 1 b, und belegt seine Ansicht über den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und über die Klage auf Abhilfe gegen polizeiliche Verfügungen und gegen Schadenszufügung durch andere staatliche Handlungen mit zahlreichen Zitaten aus der Judikatur.

2. Die Behauptung des Klägers, daß ein privatrechtlicher Titel vorliegt, genügt nicht. a) **RG.** III. SchlHolstAnz. **11** 357, R. **11** Nr. 3562. Die Zulässigkeit des Rechtswegs hängt davon ab, ob eine privatrechtliche Verpflichtung geltend gemacht wird. Hierfür genügt es nicht, daß ein privatrechtlicher Titel behauptet wird, sondern es ist ein Rechtsverhältnis darzulegen, das sich nach richtiger rechtlicher Beurteilung als privatrechtliches darstellt. — b) Hierdurch SchlHolstAnz. **11** 66 (Kiel) bestätigt.

3. **RG.** III. JW. **11** 720 Nr. 26, NaumburgAK. **11** 74, PrVerwBl. **33** 62, BayRpflZ. **11** 387. Die äußere Aufmachung des Klagebegehrens im Gewand einer Geldforderung vermag den eigentlichen und alleinigen Inhalt desselben,

nämlich das Verlangen, daß der Richter eine ihm gerade entzogene Frage entscheide, nicht zu ändern.

4. Ausnahmsweise kann auch die Verteidigung des Beklagten für die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs von Bedeutung sein, so bei der negatorischen Klage. **RG.** III. 28. 2. 11, **75** 397, JW. **11** 461 Nr. 40, R. **11** Nr. 1806. Der Anschauung, daß es für die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs grundsätzlich auf den Inhalt der Klage und nicht auf die Verteidigung des Beklagten ankomme, ist nicht ohne wesentliche Einschränkung beizustimmen. Bei der negatorischen Klage insbesondere gehören die Störungen, wogegen sich die Klage richtet, mit zum Klagegrunde. Legt der Beklagte dar, daß seine der Ausübung der Fischerei des Klägers hinderlichen Maßnahmen durch polizeiliche, im öffentlichen Interesse der Förderung oder Regelung des Verkehrs erlassene Verfügungen der zuständigen Stromaufsichtsbehörden angeordnet oder genehmigt worden seien, so bleibt der Rechtsweg nicht zulässig. Handelt es sich jedoch darum, daß die Aufsichtsbehörde vom Standpunkte des öffentlichen Interesses aus keine Veranlassung gefunden hat, die Genehmigung zu den in Ausübung des dem Publikum an dem Gewässer zustehenden Gemeingebrauchs erfolgten Maßnahmen zu versagen oder ihnen entgegenzutreten, so bleibt der Rechtsweg zulässig.

5. **RG.** VII. **75** 40, R. **11** Nr. 825. Der Zulässigkeit des Rechtswegs bei „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" steht nicht entgegen, daß der Beklagte den Geldbetrag, dessen Rückzahlung verlangt wird, lediglich auf Grund von Vorschriften des öffentlichen Rechtes von der Klägerin erhoben hatte (**RG. 67** 393, **70** 81). Der Rechtsweg ist für solche Ansprüche nur dann ausgeschlossen, wenn entweder für Prozesse der vorliegenden Art reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind oder wenn die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist.

6. Unwirksame Vereinbarungen über die Zulässigkeit des Rechtswegs. **RG.** VII. WarnE. **11** 338, R. **11** Nr. 1374 (Celle). Durch Privatabkommen dürfen Rechtsstreitigkeiten der Entscheidung der ordentlichen Gerichte nur im Wege und im Rahmen von Schiedsverträgen gemäß §§ 1025 ff. ZPO. entzogen werden. Abgesehen hiervon kann die dem öffentlichen Rechte angehörende Vorschrift des § 13 GVG. durch Privatvereinbarung nicht durchbrochen werden.

7. Konkurrierende Zuständigkeit im Jagdrechte. JW. **11** 381, DJZ. **11** 1097 (PrKompKonflG.). Wird die Nichtigkeit eines Pachtvertrags aus dem Mangel einer der in §§ 21—23 JagdO. aufgeführten Erfordernisse hergeleitet, so haben darüber die Verwaltungsgerichte zu entscheiden. Wird dagegen eine Anfechtung oder Nichtigkeit auf einen Verstoß gegen die Grundsätze des BGB. gestützt (mangelnde Geschäftsfähigkeit §§ 104 ff., Vorhandensein von Willensmängeln §§ 116 ff., Unerlaubtheit des Vertragsinhalts §§ 134, 138), so entscheiden die ordentlichen Gerichte. Es besteht also insoweit die Möglichkeit einer Duplizität der Entscheidung, so daß jede Behörde den Vertrag für nichtig erklären kann. Es kann aber keine für sich allein ihn schlechthin für zu Recht bestehend erklären, so daß, wenn das ordentliche Gericht hierüber angerufen wird, der Rechtsweg für eine solche Klage unzulässig ist.

8. Kein Reichsgewohnheitsrecht für Reichsbrausteuersachen. a) **RG.** VII. 16. 12. 10, **75** 40, JW. **11** 195 Nr. 33 (unter Reprobierung von OLG. Jena, JDR. **9** § 13 Nr. III 2 a). In Reichsbrausteuersachen ist für den Anspruch auf Rückerstattung zu viel erhobener Steuer, da dieser Anspruch dem Vermögensrecht angehört, der Rechtsweg gemäß § 13 zulässig, außer wenn nach dem maßgebenden Landesrecht (vgl. Art. 104 EGBGB., **RG. 11** 97, **16** 38, **42** 109, **52** 161, **5** 34, 43, 45) die Zuständigkeit von Verwaltungsorganen begründet ist. Die

Annahme des OLG., daß für Verbrauchssteuersachen durch Reichsgewohnheitsrecht die ausschließliche Zuständigkeit von Verwaltungsorganen begründet sei, ist unrichtig; es fehlt an allen Erfordernissen für die Entstehung eines solchen. **b**) Vgl. hierzu Hartmann, DJZ. **11** 1489—1491. Da die Frage nach der Berechtigung zur Erhebung von Steuern und Abgaben begrifflich Sache des öffentlichen Rechtes ist, so ist auch der auf Erstattung des Gezahlten gerichtete Klagantrag, dessen einziges Fundament eben diese Frage ist, öffentlich-rechtlich und daher dem § 13 GVG. nicht unterworfen.

9. Unzulässigkeit des Rechtswegs, weil die Übertragung der Entschädigungsstreitsachen an die Hamburger Schätzungskommission zulässig ist (vgl. JDR. **8** § 14 Nr. 3, **9** § 13 Nr. I 8). **a**) **RG.** VII. 10. 3. 11, **75** 428, JW. **11** 460, R. **11** Nr. 1808, 1810, 1811. Die Frage geht dahin, ob die Schätzungskommission eine Verwaltungsbehörde oder ein Verwaltungsgericht ist, dem der Streit um die Enteignungsentschädigung landesgesetzlich überwiesen werden durfte oder ob sie als unzulässiges Sondergericht gelten muß. Ersteres ist zu bejahen, letzteres zu verneinen. Soweit den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten der Bundesstaaten die Erledigung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten zugewiesen ist, liegen keine unzulässigen Sondergerichte vor. Nicht beschränkt ist die Landesgesetzgebung in der Auswahl der mit bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zu befassenden Verwaltungsorgane; sie brauchen nicht der sog. allgemeinen Staatsverwaltung anzugehören, es genügt ihre Zuständigkeit für besondere Zweige der Verwaltung, zumal wenn diese mit den überwiesenen Streitsachen zusammenhängen. Nur die Schranke wird zu ziehen sein, daß sie wirklich — nach Maßgabe des Landesrechts — als solche Organe anzusprechen sind und nicht nur vom Landesgesetz eine äußere Benennung erhalten haben, die lediglich den Widerspruch mit dem GVG. verdecken soll. Von diesen Gesichtspunkten aus ist die Hamburger Schätzungskommission kein unzulässiges Sondergericht, sondern eine zulässig mit richterlicher Gewalt ausgestattete Verwaltungsbehörde. Die Aufgaben der Schätzungskommission beschränken sich nicht lediglich auf die Entscheidung der bürgerlich-rechtlichen Streitigkeit über die Entschädigung, sondern erstrecken sich auf Akte, die der Durchführung der Enteignung dienen und der Tätigkeit der ordentlichen Gerichte fern liegen. Die Schätzungskommissionen sind nicht etwa bloß dem Namen, sondern der Sache nach Verwaltungsbehörden. **b**) Vgl. hierzu jedoch Hartmann, DJZ. **11** 848—851. Die Annahme des RG. vom 10. März 1911 (oben a), daß die hamburgische Schätzungskommission eine Verwaltungsbehörde sei, ist unrichtig. Dies wäre sie nur dann, wenn sie auch außerhalb des Prozesses tätig würde. Das ist aber nicht der Fall. Ihre Tätigkeit ist ausschließlich eine rechtsprechende. Die Entscheidung des RG. ist aber trotzdem und zwar deshalb richtig, weil die Entschädigungsansprüche aus der Enteignung gar nicht bürgerlich-rechtlicher, sondern öffentlich-rechtlicher Art sind. **c**) Spiller, Ist es der Landesgesetzgebung überlassen, einem ordentlichen Gericht im Sinne der §§ 12 und 13 GVG. die Entscheidung einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit als Schiedsgericht zu übertragen? Beiheft zur RheinZ. **3** Heft 4. Spiller verneint die Frage, mag man in der durch Landesgesetz erfolgenden Übertragung der Entscheidung einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit an ein ordentliches Gericht als Schiedsgericht die Übertragung 1. an eine Verwaltungsbehörde, oder 2. an ein Verwaltungsgericht, oder 3. an ein ordentliches Gericht im Sinne des § 12 GVG., oder endlich 4. an ein Sondergericht erblicken wollen.

10. **RG.** JDR. **9** Nr. I 5 jetzt auch EisenbE. **27** 218, SchlHolstAnz. **11** 8.

11. Ersatzansprüche der Armenverbände. **a**) **RG.** III. **75** 84, JW. **11** 228 Nr. 45, SeuffA. **66** 316. § 68 Abs. 2 PrAGUWG. (PrG. vom 8. März 1871, Novelle vom 11. Juli 1891 Art. III) enthält nicht nur eine das gerichtliche

Verfahren betreffende Vorschrift (Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs), sondern gibt auch materiell-rechtlich zugunsten sowohl der Kreise und der sonstigen Kommunalverbände, wie auch der Armenverbände einen Ersatzanspruch gegen den Unterstützten, sofern er nachträglich zu Vermögen kommt. b) Ebenso **RG.** II. **76** 69, JW. **11** 495 Nr. 27. c) SeuffA. **66** 446, SeuffBl. **11** 435 (München). Für den Anspruch der bayerischen Armenpflege gegen die Unterhaltspflichtigen des Unterstützten auf Ersatz der Aufwendungen (vgl. hierüber § 683 Nr. III 2 BGB.) ist der Rechtsweg zulässig (BayG. vom 29. April 1869 und vom 3. Februar 1888, Artt. 5, 5 a).

II. Zulässigkeit des Rechtswegs im einzelnen.

1. Aus prinzipiellen Gründen, weil eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit vorliegt.

a) Ansprüche auf Grund privatrechtlicher Verträge (Vergleich). α. **RG.** III. JW. **11** 198 Nr. 39, PrVerwBl. **32** 698, FischersZ. **39** 355. Macht der Abgabenpflichtige auf Grund eines Vertrags geltend, der Fiskus solle ihn wegen der von ihm gezahlten Kommunalabgaben schadlos halten, ohne daß der Kläger den Bestand der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung bestreitet, so macht er auf Grund eines privatrechtlichen Titels einen rein privatrechtlichen Anspruch geltend. Hierfür ist der Rechtsweg nicht ausgeschlossen. β. **RG.** VII. **77** 297. Über Ansprüche aus einem Vergleiche, der zur Beilegung eines Streites über die Zahlung bzw. Freistellung von Beiträgen zu einer Wassergenossenschaft geschlossen ist und in dem beide Parteien Verpflichtungen, und zwar die öffentliche Wassergenossenschaft solche übernommen haben, welche ihr kraft öffentlichen Rechtes nicht oblagen, ist der Rechtsweg zulässig. Dieser Streit, in welchem der Kläger die Feststellung verlangt, daß er nicht verpflichtet sei, die vergleichsmäßigen Beiträge zu zahlen, solange die Wassergenossenschaft ihrerseits den Vergleich nicht erfülle, bewegt sich völlig auf dem Boden des bürgerlichen Rechtes. γ. BayObLG. **11** 680, SeuffBl. **11** 173, BayRpflZ. **11** 49 (Bay. ObLG.). Für den von den Eigentümern eines Hauses gegen die Gemeinde erhobenen Anspruch, auf Grund Vertrags oder unvordenklicher Verjährung eine Grunddienstbarkeit an einem Gemeindegrundstück erworben zu haben, ist der ordentliche Rechtsweg zulässig. Es steht ein reiner Privatrechtsanspruch in Frage.

b) Ansprüche aus auftragloser Geschäftsführung und ungerechtfertigter Bereicherung. α. **RG.** III. JW. **11** 461 Nr. 39, MecklZ. **29** 399, R. **11** Nr. 1804. Eine Gemeinde, welche eine in ihrer Gemarkung auf keinem öffentlichen Wege gelegene Brücke ausgebessert hat, kann die entstandenen Kosten von der Landesherrschaft als dem Eigentümer der Brücke nach den Regeln der auftraglosen Geschäftsführung und der ungerechtfertigten Bereicherung im ordentlichen Rechtsweg ersetzt verlangen. Hieran ändert auch nichts, daß die Gemeinde aus Gründen des öffentlichen Wohles von der Sicherheitspolizeibehörde zu der Ausbesserung der Brücke und zur vorläufigen Verlegung der Kosten angehalten worden ist. β. **RG.** VI. **75** 188 JW. **11** 218 Nr. 21. Der Wasserbaufiskus kann von demjenigen, gegen den er polizeiliche Anordnungen und Zwangsmaßregeln zwecks Hebung eines Wracks getroffen hat, die Kosten nur im Zwangsverwaltungsverfahren beitreiben. Dagegen kann er die Ehefrau, die sich nachträglich — an Stelle ihres irrtümlich für den Eigentümer gehaltenen Ehemanns — als Eigentümerin herausstellte, wegen Erstattung des Hebelohns nach den zivilrechtlichen Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag im ordentlichen Rechtsweg in Anspruch nehmen. γ. PosMSchr. **11** 116 (Königsberg). Für die Rückforderung von Gehaltsvorschüssen, die eine Stadtgemeinde einem an einer städtischen höheren Schule angestellten Lehrer gezahlt hat, ist der Rechtsweg zulässig. Auf den Anspruch kommen die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung zur Anwendung. Wie

bei der Klage auf Zahlung des Gehalts, handelt es sich auch bei der Klage auf Rückzahlung zuviel gezahlten Gehalts um die individuelle Rechtssphäre einer einzelnen Person, also um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit.

c) Eigentumsansprüche. α. **RG.** FischersZ. **39** 357. Zulässigkeit des Rechtswegs in einem Streite, der die Unterlassung einer Zuführung von Abwässern in die Gemeindestraßenkanalisation zum Gegenstande hat. Die Gemeinde klagt auf Grund ihres Eigentums an der Kanalisationsanlage. Dieses Eigentum ist insoweit, als es nicht durch den im Ortsstatute freigelassenen allgemeinen Gebrauch eine Einschränkung im öffentlichen Interesse erfahren hat, ein unbeschränktes, und außerhalb der Grenzen jenes Gemeingebrauchs stehen sich die Parteien, was die Kanalisationsanlage angeht, nur als privatrechtlich berechtigt und verpflichtet einander gegenüber. Der Anspruch beruht also auf privatrechtlicher Grundlage (**RG.** **67** 293) β. **RG.** V. GruchotsBeitr. **55** 1043. Hinsichtlich der Befugnis, einen Weg zu benutzen, ist der Rechtsweg nicht nur dann zulässig, wenn der Grundeigentümer mit der negatorischen Klage einer unberechtigten Benutzung entgegentritt, sondern auch wenn gegen den die Benutzung verbietenden Eigentümer der Anspruch auf Benutzung klagend geltend gemacht wird, auch dann, wenn das Benutzungsrecht lediglich auf die Öffentlichkeit des Weges gestützt wird.

d) ElsLothJZ. **11** 151 (Colmar). Der Anspruch auf Beseitigung eines Schadens, der aus einer von der Gemeinde unternommenen öffentlichen Arbeit entstanden ist, ist ein privatrechtlicher Anspruch.

e) ThürBl. **58** 106 (Jena). In Steuersachen ist nach sachsen-weimarischem Rechte der Rechtsweg grundsätzlich und unbeschränkt offen, soweit nicht für einzelne Steuerarten eine besondere Ausnahme begründet ist. Solche bestehen für die Einkommen-, Gemeinde- und Hundesteuer, aber nicht für Brausteuersachen, auch nicht gemäß Analogie. Vgl. oben Nr. I 8.

f) Oktroistreitigkeiten in Elsaß-Lothringen. α. **RG.** VII. **77** 229, JW. **12** 46 Nr. 48, R. **11** Nr. 3863. Nach dem elsaß-lothringischen öffentlichen Rechte sind die Gerichte befugt, nicht nur zu prüfen, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendung einzelner Gemeindeoktroi-Tarifvorschriften im gegebenen Falle vorhanden sind, sondern auch, ob der Tarif selbst gesetzmäßig erlassen ist. β. ElsLothJZ. **11** 11 (Colmar). Für die auf Gesetzwidrigkeit des Oktroitarifs gestützte Klage gegen die Gemeinde auf Rückzahlung mit Unrecht erhobener Oktroigebühren ist der Rechtsweg zulässig. Die elsaß-lothringischen Gerichte haben zu prüfen, ob die Verwaltungsbehörden innerhalb der Grenze ihrer gesetzlichen Zuständigkeit gehandelt haben.

2. Zulässigkeit kraft positiven Rechtes. **a)** **RG.** IV. JW. **11** 407, WarnE. **11** 340 (PrKompKonflG.). Durch die Bestimmung des § 15 der Bremischen Verfassung: „Jedem, der sich durch eine Verwaltungsmaßregel in seinen Privatrechten gekränkt glaubt, steht der Rechtsweg offen" ist den Gerichten die Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Verwaltungsmaßregel insoweit überlassen, als Privatrechte in Frage kommen. Über die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit einer Verwaltungsmaßregel zu entscheiden, steht den Gerichten nicht zu. **b)** BayRpflZ. **11** 95 (BayKompKonflG.). In Bayern sind die ordentlichen Gerichte zuständig, wenn eine Kirchengemeinde auf Feststellung klagt, daß die Angehörigen einer Filialkirchengemeinde zu Hand- und Spanndiensten für Kultusbauten in der Hauptgemeinde verpflichtet sind. **c)** SeuffA. **66** 34, ThürBl. **58** 199, R. **11** Nr. 826 (Jena). Die Zuständigkeit der Instanzen des InvVersG. ist im Gesetze genau abgegrenzt (§§ 112, 121, 55 Abs. 2). Alles, was außerhalb der für die Rentenfestsetzung und Rentenentziehung maßgebenden Gesetzesbestimmungen zu entscheiden ist, ist ihrer Zuständigkeit entzogen. So ist auch für zivilrechtliche Vorfragen bei Festsetzung oder Entziehung von Invalidenrenten nur der

ordentliche Rechtsweg gegeben. Für die Feststellungsklage der Versicherungsanstalt, daß der Entschädigungsanspruch eines Versicherten auf sie übergegangen und sie zur Aufrechnung gegen Rentenansprüche des Versicherten befugt sei, ist der Rechtsweg daher zulässig.

3. Entscheidung über öffentlich-rechtliche Fragen. RheinZ. 3 520 (BayKompKonflG.). Hängt die Entscheidung des Rechtsstreits von der Feststellung eines dem Gebiete des öffentlichen Rechtes angehörenden Rechtsverhältnisses ab, so kann das Gericht nach seinem Ermessen die Aussetzung bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde anordnen (§ 148), es ist aber auch befugt, selbst in den Gründen seiner Entscheidung die dem öffentlichen Rechte angehörende Frage zu beantworten.

4. Erst nach Anrufung anderer Behörden. a) BadRpr. **11** 65 (Karlsruhe). Gegen die Ausschließung eines Mitglieds einer eingeschriebenen Hilfskasse ist der Rechtsweg zwar an sich zulässig, aber erst nach Erschöpfung des statutarisch vorgeschriebenen Instanzenzugs innerhalb der Kassenorganisation (Berufung an die Generalversammlung gegen den Beschluß des Ausschusses). b) HansGZ. **11** Hptbl. 157 (Hamburg). Die Zulässigkeit des Rechtswegs gegen die Entscheidung des Strandamts ist vorhanden, sobald das Strandamt seinen Bescheid gegeben hat. Gilt dies selbst dann, wenn das Strandamt die Abgabe einer Entscheidung wegen Unzuständigkeit abgelehnt hat (HansGZ. **91** Hptbl. 54, ROHG. **21** 19), so erst recht, wenn das Strandamt unter der Annahme seiner Zuständigkeit eine Entscheidung in der Sache selbst abgegeben hat, mag es auch seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen haben.

III. Unzulässigkeit des Rechtswegs.

1. Aus prinzipiellen Gründen.

a) Fragen des staatlichen Hoheitsrechts. α. **RG.** III. JW. **11** 461 Nr. 39, MecklZ. **29** 399, R. **11** Nr. 1803. Über die Fragen des staatlichen Hoheitsrechts haben die ordentlichen Gerichte auch dann nicht zu entscheiden, wenn ein vermögensrechtlicher Anspruch geltend gemacht wird. Daher kann eine Gemeinde, welche auf polizeiliche Anordnung des großherzoglich mecklenburgischen Amtes G. eine Brücke ausgebessert hat, im ordentlichen Rechtswege weder die Erstattung der verauslagten Kosten von der Landesherrschaft als der Trägerin der Polizeigewalt fordern, noch derartigen Anordnungen für die Zukunft durch eine Feststellungsklage vorbeugen. — Anders jedoch sofern der Anspruch auf das Eigentum der Landesherrschaft an der Brücke gestützt ist, vgl. oben Nr. II 1 b α. β. **RG.** I. **77** 14, JW. **11** 814 Nr. 24, R. **11** Nr. 2974. Die Verletzung eines Patentsrechts, die in Ausübung des Militärhoheitsrechts geschehen ist, begründet keinen im Rechtswege verfolgbaren Anspruch auf Untersagung (PrVO. vom 26. Dezember 1808 § 36, AllerhKabOrder vom 4. Dezember 1831, **RG. 24** 36, **44** 225). Daher ist unzulässig der Rechtsweg hinsichtlich des Anspruchs gegen den Militärfiskus auf Unterlassung der Herstellung und Benutzung eines durch Allerhöchste Kabinettsorder eingeführten — angeblich unter das Patent des Klägers fallenden — Säbelträgers. Es ist keine privatrechtliche Frage, nicht nur, ob die Kabinettsorder gänzlich aufzuheben, sondern ebenso auch, ob ihre Ausführung zeitweilig zu sistieren sei.

b) Beschränkung des Rechtswegs für Ansprüche gegen den Eisenbahnfiskus wegen schädlicher Einwirkungen des Betriebs. **RG.** V. JDR. **9** Nr. III 1 d jetzt auch SeuffBl. **11** 202.

c) Gehaltsansprüche gegen den Fiskus. **RG.** III. JW. **11** 720 Nr. 26, NaumburgAK. **11** 74, PrVerwBl. **33** 62, BayRpflZ. **11** 387. Nicht zulässig ist der Rechtsweg für die Klage, mit welcher der Kläger Gehalt von dem Zeitpunkte der Zurruhesetzung ab fordert, da diese unrechtmäßig sei. Der Kläger macht die Gehaltsforderung geltend, nur damit die — von den Verwaltungsbehörden zu ent-

scheidende — Frage der Zurruhesetzung richterlich anderweit entschieden werde. Der so erhobene Geldanspruch ist keine bürgerliche Rechtsstreitigkeit.

d) Steuerstreitigkeiten. α. RG. VII. R. 11 Nr. 824. Die öffentlich-rechtliche Natur einer Steuerpflicht wird dadurch nicht geändert, daß zulässigerweise mit dem Steuerpflichtigen ein Abkommen auf Pauschalierung der Steuer gegen anderweite zweifellos privatrechtliche Gegenleistungen getroffen wird. β. RG. VII. 76 121, JW. 11 550. Keine bürgerliche Rechtsstreitigkeit — weder reichs- noch landesrechtlich — liegt vor, wenn zwischen dem Landesfiskus von Elsaß-Lothringen und einer Gemeinde der Reichslande über deren Beteiligung an den auch für ihre Rechnung vom Fiskus eingezogenen direkten Steuern gestritten wird. Die Entscheidung betrifft lediglich ein öffentlich-rechtliches Verhältnis. Das wird auch nicht dadurch anders, daß die Gemeinde auf Zahlung der angeblich zu Unrecht vom Fiskus zurückbehaltenen Summe klagt; der erhobene Feststellungsanspruch ist das Wesentliche.

e) RG. VII. 76 323, JW. 11 719, R. 11 Nr. 2759 (Hamm). Die Klage, mit welcher die volle Benutzungsbefugnis an einem vom Fiskus angelegten Weg in Anspruch genommen wird, lediglich mit der Begründung, der Weg sei ein öffentlicher, betrifft eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Die Prüfung, ob der Weg ein öffentlicher ist oder nicht, ist nicht durch die Erhebung eines privatrechtlichen Anspruchs veranlaßt, dient nicht der Entscheidung über einen solchen als Urteilsgrund, sondern sie betrifft den Streitpunkt selbst und dieser ist im Verwaltungsstreitverfahren zum Austrage zu bringen. Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß nicht die Feststellung der Öffentlichkeit des Weges, sondern eine Entscheidung über die Benutzungsbefugnis an demselben begehrt wird.

f) RG. III. SchlHolstAnz. 11 357. Verpflichtungen zu Leistungen für öffentliche Schulen sind in der Regel öffentlich-rechtlichen Ursprungs.

2. Unzulässigkeit kraft positiven Rechtes. a) Kein Reichsgewohnheitsrecht für Reichsbrausteuersachen. Vgl. oben Nr. I 8 a.

b) Kommunalabgaben. α) Anspruch gegen eine Stadtgemeinde auf Freistellung von der Verpflichtung zur Leistung von Anliegerbeiträgen. RG. VII. JDR. 9 Nr. III 2 c β, jetzt auch SchlHolstAnz. 11 25, PrVerwBl. 32 419, FischersZ. 39 353. β) Handelskammerbeiträge. RG. IV. JW. 11 593, GruchotsBeitr. 55 1045, LeipzZ. 11 614 Nr. 29. Für Streitigkeiten über Handelskammerbeiträge (Rückzahlung zu viel eingezogener Beiträge) ist der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen, in Gemäßheit der landesrechtlichen Vorschriften des preuß. Rechtes über Gemeindeabgaben, denen die Handelskammerbeiträge gleichgestellt sind (§ 28 Abs. 2 PrHandelsKG. 24. Febr. 1870 und 19. August 1897).

c) Wasserpolizeisachen. Streitigkeiten der Beteiligten darüber, wem von ihnen die öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit zur Räumung von Gräben und sonstigen Wasserläufen obliegt. Schadensersatzanspruch als Nebenanspruch. RG. V. JW. 11 820 Nr. 37, WarnE. 11 463. Für die Klage auf Feststellung, daß der Beklagte als Eigentümer der Domäne K. zur Räumung des Mühlteichs verpflichtet ist, ist gemäß § 66 Abs. 3 ZustG. der Rechtsweg ausgeschlossen. Das gleiche gilt für den Streit über die Verpflichtung zum Schadensersatze, wenn das Bestehen der Räumungspflicht den Hauptstreit bildet und der Schadensersatzanspruch nur als Nebenanspruch für den Fall der Feststellung der Räumungspflicht verfolgt wird.

d) Wassergenossenschaftsbeiträge. BreslauAK. 11 29 (Breslau). Das Mitglied einer Wassergenossenschaft, das seine Abgabepflicht unter Berufung auf einen privatrechtlichen Vertrag bestreitet, kann seine Feststellungsklage nicht vor den ordentlichen Gerichten erheben. Gemäß dem Gesetze vom 1. April 1879 §§ 53 ff. ist der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen.

e) Schulangelegenheiten. SchlHolstAnz. 11 66 (Kiel). An sich unter-

liegen gemäß § 46 Abs. 3 PrZustG. vom 1. August 1883 öffentlich-rechtliche Streitigkeiten über Schullasten dem Verwaltungsstreitverfahren. Wenn Streit darüber besteht, ob die geltend gemachten Verbindlichkeiten in dem öffentlichen Rechte begründet sind oder auf einer privatrechtlichen Grundlage beruhen, so hat die das letztere behauptende Partei darzutun, daß der Titel, auf den sie sich stützt, wirklich privatrechtlicher Natur ist. Die Berufung auf unvordenkliche Verjährung ist dazu ohne weiteres nicht geeignet.

f) Armenangelegenheiten. SchlHolstAnz. **11** 122 (Kiel). Unzulässigkeit des Rechtswegs für den Anspruch eines Armenverbandes gegen einen anderen Armenverband auf Erstattung von Verpflegungsbeiträgen, die auf Grund irriger Annahme einer Verpflichtung gezahlt sind (§ 39 PrZustG., § 37 Abs. 1 UnlWG., **RG. 70** 398).

g) Versicherungssachen. BraunschwZ. **11** 119 ff. (Braunschweig). Entscheidungen der Landesaufsichtsbehörden über die Erteilung der Erlaubnis zum Geschäftsbetriebe, über die Anerkennung eines Vereins als eines kleineren, sowie auch über die Untersagung des Geschäftsbetriebs (§ 73 Abs. 1 Ziff. 1, 5, 7 PrivVers. UntG.) unterliegen nach § 84 Abs. 1 PrivVersUntG. dem Verwaltungsstreitverfahren. Dadurch ist die Anfechtung der bezeichneten Entscheidungen im ordentlichen Rechtswege ausgeschlossen (§ 77 PrivVersUntG.).

h) Unfallversicherungssachen. **RG.** IV. WarnE. **10** 504, EisenbE. **27** 315. Für den Anspruch einer Berufsgenossenschaft auf Rückzahlung von Unfallrente, nachdem die Überweisung von Rentenbeträgen stattgefunden hat, ist der Rechtsweg nicht ausgeschlossen. Daß die Entscheidung über diesen Anspruch selbst nach endgültiger Erledigung des Überweisungsanspruchs im Verwaltungsstreitverfahren zu erledigen wäre, ist dem § 26 GewUVG. nicht zu entnehmen, ergibt sich auch nicht aus sonstigen Normen des Reichsrechts.

i) Jagdsachen. SchlHolstAnz. **11** 301 (PrKompKonflG.). Unzulässigkeit des Rechtswegs für Streitigkeiten zwischen einer Jagdgenossenschaft und den Jagdgenossen über die Verteilung der Jagderträgnisse (§ 25 JagdO.).

k) Unzulässigkeit des Rechtswegs gegen polizeiliche Verfügungen gemäß § 1 PrG. vom 11. Mai 1842. α. BreslauAK. **11** 69 (Breslau). Unzulässigkeit des Rechtswegs für den Anspruch des Hausbesitzers auf Fortnahme von Anschlagssäulen, die mit polizeilicher Erlaubnis vor seinem Grundstück aufgestellt sind. β. Unzulässigkeit des Rechtswegs, weil mit dem Klaganspruch in einen durch polizeiliche Verfügung geschaffenen Zustand eingegriffen wird, SchlHolstAnz. **11** 113 (PrKompKonflG.). Erörtert wird die Frage, ob mit dem Klaganspruch auf Aufhebung der Sperrung eines Weges in die Planfeststellung eingegriffen wird. γ. SchlHolstAnz. **11** 148 (PrKompKonflG.). Unzulässigkeit des Rechtswegs für den Anspruch auf Beseitigung einer Anlage der Eisenbahnverwaltung, welche auf Grund eines landespolizeilich geprüften und vom Ministerium der öffentlichen Arbeiten vorläufig festgestellten Planes ausgeführt ist. In der Planfeststellung liegt eine polizeiliche Verfügung im Sinne des G. vom 11. Mai 1842.

l) Börsensachen. BankA. **9** 173, SächsRpflA. **11** 81 (Dresden). Da gegen Beschlüsse des Börsenvorstandes über Ausschließung von der Börse („solange sich Kläger dem Schiedsspruche nicht füge") gemäß § 33 BörsenO. die Beschwerde an die Handelskammer als Rechtsmittel angeordnet ist, ist der Rechtsweg ausgeschlossen. Dies gilt auch dann, wenn die Ausschließung wegen Nichtbefolgung des Schiedsspruchs eines Börsenschiedsgerichts erfolgt ist und die Klage des Ausgeschlossenen sich darauf stützt, daß der Schiedsspruch nicht gesetz- und ordnungsmäßig ergangen ist.

§ 14. Literatur: Bewer, Gewerbegerichtliche Zuständigkeit im schiedsrichterl. Verfahren, GewuKfmG. **16** 233—235. — Federspiel, Über technische Schiedsgerichte mit be-

sonderem Hinblick auf Patentsachen (Vortrag) GewRschutz **11** 1—7. — Landsberger, Die Zuständigkeit der Gewerbegerichte für Hausgewerbetreibende, GewuKfmG. **16** 275—278. — Landsberger, Die Zuständigkeit der Gerichte für „Hausgewerbetreibende", R. **11** 659—660. — Lobe, Empfehlen sich Sondergerichtshöfe in Streitigkeiten aus dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes? DRZ. **10** 284—296. — Reichert, Die Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte bei Streitigkeiten wegen Erteilung einer unrichtigen Auskunft, GewuKfmG. **17** 45—46. — Schlichting, Ein neues Sondergericht? DRZ. **10** 281—284. — Schultz, Kautionsklagen gegen Wach- und Schließgesellschaften, GewuKfmG. **16** 332—337. — Silberschmidt, Der Einfluß des fremden Rechtes auf die deutsche Gerichtsverfassung in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten, RheinZ. **3** 159—202.

I. Der Einfluß des fremden Rechtes auf die deutsche Gerichtsverfassung in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten. Silberschmidt, RheinZ. **3** 159—202 schildert die Entstehung der Handelsgerichte, der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte, der Patentgerichte, der Gemeindegerichte, der Konsular- und Schutzgebietsgerichte, der Rheinschiffahrts- und Elbzollgerichte, und bespricht kurz den Einfluß des französischen Rechtes auf die ordentliche deutsche Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten. Nirgends war der Einfluß fremden Rechtes ein solcher, daß fremde Einrichtungen, soweit sie nicht im Wege der Eroberung direkt eingeführt wurden, kritiklos nachgeahmt wurden oder daß Deutschland unter den beherrschenden Einfluß fremder Rechtsauffassungen geraten wäre.

II. Dorfgerichte in Preußen. PosMSchr. **11** 13 (KG.). Dorfgerichte bestehen in Preußen nur, wenn sie durch besondere Anordnung der zuständigen Verwaltungsbehörden eingeführt sind. In der Provinz Posen bestehen keine Dorfgerichte.

III. Die Hamburger Schätzungskommission in Expropriationssachen vgl. § 13 Nr. I 9.

IV. Überweisung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten an Verwaltungsbehörden oder -gerichte. RG. VII. 10. 3. 11, **75** 428, JW. **11** 460 Nr. 38. Keine unzulässigen Sondergerichte sind die Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte der Bundesstaaten, soweit ihnen die Erledigung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten zugewiesen ist. Die Abgrenzung der Justiz- von den Verwaltungssachen ist in großem Umfang auch auf dem Gebiete der Rechtsprechung der Gesetzgebung der Einzelstaaten überlassen worden. Diese ist auch in der Auswahl der mit bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zu befassenden Verwaltungsorganen nicht beschränkt. Nur müssen sie wirklich — nach Maßgabe des betr. Landesrechts — als solche Organe anzusprechen sein und nicht nur vom Landesgesetz eine äußere Benennung erhalten haben, die lediglich den Widerspruch mit dem GVG. verdecken soll. — Wegen der Hamburger Schätzungskommission in Enteignungssachen vgl. § 13 Nr. I 9.

V. Gewerbe- und Kaufmannsgerichte. Allgemeines. 1. *Silberschmidt, RheinZ. **3** 176—179. Gegen Jäger, BayRpflZ. **1** 1 f. und Bewer, JLBl. **17** 44 ist aufrecht zu erhalten, daß die Gewerbe- und Kaufmannsgerichte ihrer Zusammensetzung und Zweckbestimmung nach Schiedsgerichte sind und daß dem das Rechtsmittel der Berufung widerspreche. Über die Strömung für Einführung von Patentgerichten ebenda 182—186, über Gemeindegerichte 186—193, die Rheinschiffahrts- und Elbzollgerichte 195—198, über die Konsular- und Schutzgebietsgerichte 193—195 (vgl. oben Nr. I).

2. Gewerbegerichtliche Zuständigkeit im schiedsrichterlichen Verfahren. Bewer, GewuKfmG. **16** 233—235. Die Parteien können schiedsvertraglich hinsichtlich einer der im § 4 GGG. bezeichneten Streitigkeiten nicht wirksam vereinbaren, daß für diejenigen Maßnahmen, die durch die ZPO. im schiedsrichterlichen Verfahren den Gerichten zugewiesen sind, nicht das

GG., sondern das ordentliche Gericht zuständig sein soll. Wo also in den §§ 1025 bis 1048 ZPO. vom zuständigen Gerichte die Rede ist, ist im schiedsrichterlichen Verfahren über eine gewerbegerichtliche Streitigkeit überall das Gewerbegericht zu verstehen.

3. Beweissicherung. GewuKfmG. **17** 64 (LG. II Berlin). Für das Beweissicherungsverfahren ist, wenn der Rechtsstreit noch nicht anhängig ist, das ordentliche Amtsgericht (§ 486 Abs. 2 ZPO.), nicht das GG. zuständig.

4. Örtliche Zuständigkeit. Der Gerichtsstand der gewerblichen Niederlassung ist nur bei derjenigen Niederlassung begründet, für die der Angestellte tätig ist (§ 27 GGG., § 16 KGG.).

5. Ausländisches Recht. OLG. **23** 61 β (KG.). Es wird die Frage aufgeworfen, aber nicht entschieden, ob die KfmG. für Streitigkeiten aus Verträgen sachlich zuständig sind, die nach ausländischem Rechte zu beurteilen sind.

VI. Die Zuständigkeit der Gewerbegerichte im einzelnen. 1. Hausgewerbetreibende. a) **RG.** VII. **74** 387, JW. **11** 64, GewuKfmG. **16** 319. Das GG. ist für Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Hausgewerbetreibenden (§ 5 GGG.) auch dann zuständig, wenn letztere die Inhaber von Konfektionswerkstätten sind, welche kaufmännisch geleitet werden. Die wirtschaftliche Abhängigkeit, welche § 5 voraussetzt, wird dadurch nicht aufgehoben. — Hinsichtlich des Vorbehalts, wonach ihnen auch der Weiterbetrieb des Kundengeschäfts gestattet ist, kommt es darauf an, was überwiegt. Beherrscht das Kundengeschäft den Gesamtbetrieb, so ist § 5 nicht anzuwenden; wohl aber dann, wenn nur nebenbei in geringem Umfange für Privatkunden gearbeitet wird. **b)** Vgl. hierzu Landsberger, GewuKfmG. **16** 275—278. Für Streitigkeiten der im § 4 Abs. 1 Nr. 1—5 GGG. bezeichneten Art ist zwischen den Hausgewerbetreibenden und ihren Arbeitgebern das GG. und nicht das ordentliche Gericht zuständig, auch wenn erstere sich der Hilfe von ihnen zu lohnender Arbeiter bedienen, der durch sie und ihre Arbeiter zu erzielende Verdienst nicht auf einem dauernden Arbeitsverhältnisse beruht, ihnen nichtregelmäßige Subsistenzmittel gewährt und ferner die Hausgewerbetreibenden für eine größere unbestimmte Zahl von Arbeitgebern zu gleicher Zeit arbeiten; ob ein Hausgewerbe vorliegt muß für jeden einzelnen Fall nach den angegebenen Gesichtspunkten besonders festgestellt werden. **c)** Ebenso Landsberger, R. **11** 659—660. Für Streitigkeiten aus dem Arbeitsvertrage zwischen selbständigen Gewerbeunternehmern und ihren Hausgewerbetreibenden, ist, auch wenn letztere zu gleicher Zeit für mehrere Firmen arbeiten, das GG. zuständig.

2. **RG** III., JW. **11** 334 Nr. 40, R. **11** Nr. 3763. Zuständigkeit des GG. hinsichtlich eines überwiegend handwerksmäßig beschäftigten Zuschneiders ungeachtet des 2000 M. übersteigenden Jahresgehalts.

3. GewuKfmG. **16** 300 (LG. III Berlin). Die Empfangsdame eines Photographen, der nicht im Handelsregister eingetragen ist, ist Gewerbegehilfin. Der Photograph ist gewerblicher Unternehmer, weil die Leistungen des Photographen, wenn sie auch eine gewisse künstlerische Veranlagung in ihrer höchsten Vollendung erfordern, doch überwiegend sich nicht auf dem Gebiete der höheren Kunst bewegen.

4. Kautionsklagen. a) GewuKfmG. **16** 433 (GG. und LG. Hamburg). Trotz § 4 Abs. 2 GGG. ist das GG. zuständig für die Klage auf Auszahlung einer Kaution, welche als Sicherung gegen Konkurrenz nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses dient. Denn der Anspruch des Klägers tritt hier in der Form einer Forderung auf Zahlung der Kaution in Erscheinung und lediglich die Einwendungen des Beklagten betreffen das Konkurrenzverbot. Bei der Zuständigkeitsfrage ist aber nur der Charakter des Klaganspruchs entscheidend. **b)** Vgl. hierzu Schulz, GewuKfmG. **16** 332—337. Für die Kautionsklagen (gegen Wach=

und Schließgesellschaften) sind die GG. zuständig, trotz § 4 Abs. 2 GGG. auch hinsichtlich der Einwendung, die Kaution sei wegen dienstlicher Verfehlungen des Wächters dem Unterstützungsfonds der Gesellschaft verfallen und mit dieser Forderung auf die Konventionalstrafe aufgerechnet. Nur für eine diesbezügliche Widerklage ist die Zuständigkeit nicht gegeben (vgl. auch oben BGB. §§ 339 ff. Nr. 3).

5. Ansprüche aus Unterschlagungen. SächsRpflA. **11** 470 (Dresden). Zuständigkeit des GG. für Ansprüche des Dienstherrn gegen den gewerblichen Arbeiter aus Unterschlagungen, sowohl hinsichtlich des Anspruchs wegen Nichterfüllung der Vertragspflichten, als auch hinsichtlich der mit § 823 Abs. 1 begründeten unerlaubten Handlung. Denn auch dieser Anspruch rührt unmittelbar aus dem Arbeitsverhältnisse her, da es sich um Sachen handelt, die dem Arbeiter vermöge des Arbeitsverhältnisses „anvertraut" waren.

VII. Die Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte im einzelnen. 1. Handlungsgehilfe oder Agent? a) **RG.** III. JW. **11** 994 Nr. 37. Mit Recht erwägt das Berufungsgericht als für ein Agenturverhältnis sprechende Umstände: Der Beklagte sei kein unselbständiges Glied im Geschäftsbetriebe gewesen, wenngleich seine Tätigkeit einer starken Kontrolle unterlegen haben möge; er habe kein festes Monatsgehalt, sondern Provision bezogen, seine Tätigkeit sei nicht immer und überall von den Anordnungen der Klägerin abhängig gewesen; zu Bureauzwecken habe er seine Wohnung gebrauchen müssen, ohne dafür Vergütung zu erhalten. Nicht von entscheidender Bedeutung sei, daß die Wohnung nur klein gewesen, und daß der darin angebrachte Fernsprecher von der Klägerin bezahlt sei oder daß sich der Jahresverdienst aus der Provision nur in bescheidenen Grenzen gehalten habe. **b**) SeuffBl. **11** 138 (München). Generalagent einer Lebensversicherungsbank als Agent.

2. **RG.** III. JW. **11** 663 Nr. 46, WarnE. **11** 509. Die Zuständigkeit des KfmG. wird schon dadurch ausgeschlossen, daß einer der eingeklagten Jahresbeiträge die Summe von 5000 M. übersteigt; der Kläger ist vermöge der hierdurch begründeten Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte befugt, auch die Beträge aus anderen Jahren einzuklagen, welche für sich allein diese Zuständigkeit nicht begründen würden.

3. Für welche Zeit ist der Jahresarbeitsverdienst zu berechnen? OLG. **23** 61 α (KG.). In der Regel ist dasjenige Einkommen zugrunde zu legen, das dem Handlungsgehilfen zur Zeit der Klagerhebung — auf das Jahr berechnet — zustand. Ist das Dienstverhältnis zur Zeit der Klagerhebung bereits beendet, so ist der Zeitpunkt seiner Beendigung maßgebend; dasselbe muß gelten, wenn der Angestellte entlassen und mit dem Arbeitgeber über die Rechtmäßigkeit der Entlassung streitet.

4. Pensionszulage. **RG.** III. **75** 325 GewuKfmG. **16** 392, JW. **11** 230 Nr. 51. Das KfmG. ist auch für Ansprüche aus einer während des Dienstverhältnisses gemachten Pensionszusage zuständig. Der Zuständigkeit der KfmG. unterstehen die Streitigkeiten über Leistungen nicht nur aus dem ursprünglichen Dienstvertrage, sondern aus dem Dienstverhältnisse. Die nachträgliche Lohnerhöhung (Pensionszusage) affiziert rückwärts den rechtlichen Gehalt des ganzen Dienstverhältnisses. Sie ist nicht eine Tatsache, die nur äußerlich zu dem Dienstverhältnisse hinzutritt. Die Rechtslage ist gerade so, als ob schon in dem ursprünglichen Dienstvertrage dem Angestellten über seinem Gehalte hinaus noch die Pension zugesagt worden wäre.

5. Konkursfeststellungsklage. GewuKfmG. **17** 18 (AG. Dresden). Für die Klage auf Feststellung einer Gehaltsforderung gegenüber einem Konkursgläubiger, der diese im Prüfungstermine bestritten hat, ist nicht das ordentliche Gericht, sondern das KfmG. zuständig.

6. Streitigkeiten wegen Erteilung einer unrichtigen Auskunft. Reichert, GewuKfmG. **17** 45—46. Die Zuständigkeit ist zu

verneinen. Die Klage hat in dem früheren Dienstverhältnisse zwar ihren Anlaß, aber nicht ihren rechtlichen Grund. Die Klage ist keine Kontraktsklage, sondern Klage aus unerlaubter Handlung.

VIII. Sondergerichte für gewerblichen Rechtsschutz. a) Schlichting, DRZ. **10** 281—284 spricht sich gegen Sondergerichte in gewerblichen Rechtsstreitigkeiten aus. b) Lobe, DRZ. **10** 284—296. Die Errichtung von Sondergerichten ist weder notwendig noch wünschenswert. Es genügt die besondere Ausbildung der für die Beurteilung gewerblicher Rechtssachen berufenen Richter innerhalb der bestehenden Gerichtsorganisation. c) Federspiel (Kopenhagen), GewRschutz **11** 1—7, schildert die Wirksamkeit der Schiedsgerichtskommission des dänischen Ingenieurvereins und empfiehlt die Einführung solcher halboffiziellen Schiedsgerichte, die den vom Staate organisierten technischen Gerichtshöfen vorzuziehen sind.

Dritter Titel. Amtsgerichte.

§ 23. Über die Novelle s. §§ 495 ff. ZPO.

Fünfter Titel. Landgerichte.

§ 70. 1. *Eckstein, AÖffR. **27** 566. Die für andere gesetzliche Bestimmungen (z. B. § 839 BGB.) bedeutsamen Scheidungen der verschiedenen Beamtenkategorien sind hier ohne Bedeutung. § 70 betrifft auch den Staatsangestellten (vgl. über den Begriff oben Ziff. 1 zu § 839 BGB.).

2. **RG.** III. JW. **11** 990 Nr. 29. Auf den Schadensersatzanspruch, der lediglich auf Grund der privatrechtlichen und quasikontraktlichen Verpflichtung der Zollverwaltung erhoben ist, das an sie zum Zwecke der zollamtlichen Behandlung abgelieferte Gut nach der Zollabfertigung in unversehrtem Zustand an den legitimierten Empfänger auszufolgen, finden die Vorschriften § 70 Abs. 3 GVG., § 39 Abs. 1 Nr. 2 PrAGGVG. keine Anwendung. Der Fiskus wird hier nicht für ein Verschulden eines Staatsbeamten als solchen, sondern nur gemäß § 278 BGB. für Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen ohne Rücksicht auf deren Beamteneigenschaft haftbar gemacht.

3. **RG.** VI. JW. **11** 990 Nr. 30, WarnE. **11** 502 Nr. 453. § 70 Abs. 3 trifft nicht zu, wenn der Beklagte, der allerdings als Revierjäger Staatsbeamter ist, gemäß § 823 BGB. auf Schadensersatz wegen widerrechtlicher Tötung eines Hundes in Anspruch genommen wird und wenn bei dieser Gelegenheit auch seine Befugnis, im Jagdgebiet umherstreifende Hunde zu töten, in Frage kommt. Denn es handelt sich dabei nicht um eine besondere Amtsbefugnis; vielmehr steht diese Befugnis nach § 8 Nr. 2 MecklStrel. (Ratzeburger) JagdO. vom 13. Februar 1871 jedem Vertreter eines Jagdberechtigten auf dessen Jagdgebiet zu.

Neunter Titel. Reichsgericht.

Vorbemerkung: Über Reformfragen siehe ZPO. § 545.

§ 137. Literatur: Silberschmidt, Die deutsche Rechtseinheit. Berlin und Leipzig 1911. (Beiheft Nr. 8 für die Mitglieder des Int. Vereins f. Rechts- und WirtschPhilos.).

*Silberschmidt, Die deutsche Rechtseinheit. Nicht eine Umgehung und Abschaffung des § 137 GVG., sondern seine genaue Beobachtung ist zur Durchführung der deutschen Rechtseinheit erforderlich.

Dreizehnter Titel. Rechtshilfe.

Literatur: Delius, Handbuch des Rechtshilfeverfahrens. 4. Aufl. Nürnberg und Leipzig. 1911. — Delius, Rechtshilfe bzw. Beistandsleistung zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden (-gerichten) innerhalb des Deutschen Reichs, PrVerwBl. **32** 509—515. — Hörle, Entlastung des Vormundes und des Gegenvormundes durch

den Mündel, ZBlFG. **11** 758/759. — Pfeiffer, Rechtshilfeansprüche des Vormundschaftsgerichts, PosMSchr. **11** 180—181. — Wittus, Rechtshilfepflicht der Amtsgerichte auf Ersuchen der Bergbehörden, DJZ. **11** 810.

§§ 157 ff. 1. Rechtshilfe zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden (-gerichten). Delius, PrVerwBl. **32** 509—515 erörtert, inwieweit die Rechtshilfeverpflichtung besteht zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden (-gerichten) der einzelnen Bundesstaaten, zwischen Reichsverwaltungsbehörden (-gerichten) und ordentlichen Gerichten und umgekehrt, zwischen preußischen ordentlichen Gerichten und preußischen Verwaltungsbehörden (-gerichten).

2. Rechtshilfe. Ersuchen der Bergbehörden. Wittus, DJZ. **11** 810. Die Gerichte sind zur Rechtshilfe auf Ersuchen der Bergbehörden gemäß § 38 VerO. vom 2. Januar 1849 verpflichtet.

3. Rechtshilfeersuchen der Berufsgenossenschaften. RheinA. **108** I 247 (Düsseldorf). Die Gerichte haben dem Ersuchen der Sektionsvorstände der Berufsgenossenschaften um Vernehmung von Zeugen zu genügen.

4. Rechtshilfersuchen der Landesversicherungsanstalten. OLG. **23** 315 (Celle). Dem Ersuchen einer Landesversicherungsanstalt um eidliche Zeugenvernehmung ist stattzugeben.

§ 159. I. Das Ersuchen, dem Inhaber der klägerischen Firma — ohne namentliche Bezeichnung — den Eid abzunehmen, darf nicht abgelehnt werden. BadRpr. **11** 254 (Karlsruhe). Ein nicht prozeßordnungsmäßiges Ersuchen um Rechtshilfe kann abgelehnt werden. Doch berechtigt hierzu nicht jeder materiell-rechtliche oder prozessuale Verstoß. Der ersuchte Richter hat zu prüfen, ob ihm das Ersuchen bei verständiger Auslegung mit hinreichender Deutlichkeit zu erkennen gibt, welche bestimmte Prozeßhandlung er als Gehilfe des ersuchenden Gerichts für dieses vornehmen soll, ohne daß dabei freilich erst eine Nachforschung im gesamten Akteninhalt anzustellen wäre. Demgemäß darf das Ersuchen, dem Inhaber der klägerischen Firma den Eid abzunehmen, nicht abgelehnt werden. Gemeint ist diejenige Person, welche im Handelsregister des ersuchten Richters, dessen Inhalt als bei diesem offenkundig zu gelten hat (§ 9 HGB.) als Inhaber eingetragen ist.

II. OLG. **23** 314 δ (Naumburg). Für die Amtsgerichte besteht eine Rechtshilfepflicht zur Aufnahme von Erbscheinsverhandlungen.

III. Rechtshilfe in Vormundschaftssachen. 1. Beeidigung von Personen zur Ermittelung des Schwängerers. a) **RG.** PosMSchr. **11** 159. Dem Ersuchen des Vormundschaftsgerichts, jemand über die Person des Schwängerers eidlich zu vernehmen, brauchen die Amtsgerichte nicht zu entsprechen. Die Ermittelung des Erzeugers ist Sache des Vormundes. Hierbei kann ihm das Vormundschaftsgericht nach seinem Ermessen zu Hilfe kommen, aber die Anwendung des Zeugniszwanges ist hierzu nicht gegeben. Hierzu ist das Gericht gemäß §§ 12, 15 FGG. nur aus Anlaß solcher Feststellungen und Entscheidungen befugt, die dem gerichtlichen Zuständigkeitsbereich ausschließlich angehören. **b)** Hiergegen wendet sich Pfeiffer, PosMSchr. **11** 180—181.

2. Anerkennung der Vaterschaft. a) R. **11** Nr. 2624, DJZ. **11** 157 (KG.). Ein Ersuchen um Vernehmung eines Minderjährigen über Anerkennung der Vaterschaft darf aus dem Grunde der Minderjährigkeit des Erzeugers nur dann abgelehnt werden, wenn feststeht, daß der gesetzliche Vertreter des Erzeugers seine Zustimmung nicht erteilen will. **b)** RheinA. **108** I 250 (Düsseldorf). Das Vormundschaftsgericht kann ein Amtsgericht ersuchen, über die Verpflichtung des Vaters eines unehelichen Kindes zur Unterhaltsleistung eine vollstreckbare Urkunde aufzunehmen. Das Vormundschaftsgericht ist aber nicht berechtigt, dieses Ersuchen

auf die Verpflichtung des Vaters gegenüber der unehelichen Mutter auszudehnen. c) OLG. **23** 312 (Rostock). Die Vernehmung des minderjährigen Schwängerers „zu vollstreckbarer Urkunde“ darf abgelehnt werden. Denn die erforderliche Erklärung nach § 794 Nr. 5 ZPO. ist ohne die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters unwirksam.

3. Entlastung des Vormundes usw. *Hörle, Entlastung des Vormundes und des Gegenvormundes durch den Mündel, ZBlFG. **11** 758, 759. Das Ersuchen um Beurkundung der Entlastung des Vormundes, Gegenvormundes oder Vormundschaftsgerichts aus der Führung der Vormundschaft ist kein Akt der Rechtshilfe und daher als unzulässig abzuweisen (s. Hörle oben Ziff. 2 zu § 1892 BGB.).

Vierzehnter Titel. Öffentlichkeit und Sitzungspolizei.

Literatur: Dittenberger, Die Ungebührstrafe, JW. **11** 304—306. — Friedrichs, Die Ungebührstrafe gegen Rechtsanwälte, JW. **11** 295—296. — Meyer, Ungebühr vor Gericht, R. **11** 26.

§ 180. Abschaffung der Ungebührstrafe gegen Anwälte? 1. Dittenberger, JW. **11** 304—306, teilt die parlamentarischen Anträge auf Abschaffung der Ungebührstrafe zustimmend mit. Der Richter darf nicht in eigener Sache urteilen.

2. Delius, JLBl. **23** 28. Gegen Abschaffung der Ungebührstrafe gegen Anwälte.

3. Friedrichs, JW. **11** 295—296. Die Entscheidung darüber, ob eine mündliche oder schriftliche Äußerung eines Anwalts ungebührlich sei, muß dem amtierenden Richter genommen und der zuständigen Behörde, dem Ehrengericht, übertragen werden.

4. Meyer, R. **11** 26, schlägt vor, am Schlusse des § 180 die Worte einzuschieben: In den Fällen der §§ 179 und 180 darf die Ordnungsstrafe nur nach erfolgloser Verwarnung erfolgen.

§ 183. RheinA. **108** I 252 (Düsseldorf). Die Beschwerde des § 183 gegen Verhängung einer Ordnungsstrafe ist die sofortige im Sinne der ZPO. und StPO. Gegen die Versäumung der Frist, welche demnach eine Notfrist ist, findet deshalb die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand statt.

§ 184. SächsOLG. **32** 338 (Dresden). Die Vorschrift ist zwingend. Die Erwähnung des Vorganges lediglich in dem Beschlusse genügt nicht. Ob im einzelnen Falle bei Zweifeln, zu denen etwa die protokollarische Feststellung Anlaß geben kann, der Inhalt des Gerichtsbeschlusses sich mit verwerten läßt, braucht nicht entschieden zu werden.

Siebzehnter Titel. Gerichtsferien.

§ 202. 1. Abs. 2 Nr. 5. Wechselsachen, Wechselprozeßsachen. **RG.** JDR. **9** Nr. 1a jetzt auch SeuffBl. **11** 69.

2. Abs. 3. a) Wenn bereits verhandelt worden ist. Gros, BayRpflZ. **11** 396. In solchem Falle ist das Bedürfnis besonderer Beschleunigung nachzuweisen. **b)** Wenn der Antrag in der Klageschrift nicht gestellt und bereits Termin nach den Ferien anberaumt ist. α. Gros, BayRpflZ. **11** 395. Der Antrag auf Erklärung zur Feriensache kann trotzdem noch wirksam gestellt werden. Ein Verzicht des Klägers ist nicht anzunehmen. β. Vidal, DJZ. **11** 927. Der Prozeß darf zwar zur Feriensache erklärt, ein Termin in den Ferien aber ohne Gehör des Beklagten nicht anberaumt werden. Letzteres wäre mit §§ 225 Abs. 2, 227 ZPO. unvereinbar. γ. Hiergegen Levin, DJZ. **11** 979—980. Die von Vidal zitierten Vorschriften treffen nicht zu.

§ 203. BuschsZ. **41** 536—538, ThürBl. **58** 9—11 (Gutachten des OLGPräsident Jena). Der Landesjustizverwaltung steht die Befugnis zu, die Bildung einer Ferienkammer für die Gerichtsferien anzuordnen.

Zivilprozeßordnung.

Allgemeine Vorbemerkung. (Allgemeine Fragen und Zivilprozeßreform.)

A. Allgemeine Fragen.

I. Anwendung der Vorschriften und Begriffsbestimmungen des BGB. auf die ZPO.

Literatur: Mendelssohn Bartholdy, Über einige zivilrechtliche termini in der Zivilprozeßordnung, RheinZ. 4 1—55. — Seufert, Kritisch-alphabetisches Verzeichnis der materiellrechtlichen termini in den §§ 1—703, 935—945, 1025—1048 ZPO., RheinZ. 4 56—103.

1. Mendelssohn Bartholdy, RheinZ. 4 1—55, legt an verschiedenen Beispielen dar, daß die ZPO. aus sich heraus auszulegen ist (vgl. den Bericht über Mendelssohn Bartholdy, SeuffBl. 10 49 ff., 91 ff., JDR. 9 § 13 [Der Wohnsitz im bürgerlichen Rechte und im Prozesse]) und daß stets zu prüfen ist, ob die von ihr gebrauchten Ausdrücke von zivilrechtlichem Klange auch im Sinne des Zivilrechts, insbesondere des BGB., zu verstehen sind. Dies wird an folgenden Beispielen gezeigt: die Hinterlegung im § 75 ZPO. (vgl. unten § 75 Nr. 1), die Rechtsnachfolge in §§ 265, 266 ZPO. (vgl. unten § 265 Nr. 1).

2. Seufert, RheinZ. 4 56—103, stellt die Ausdrücke und Wendungen des deutschen Prozeßgesetzes zusammen, die auf Vorgänge des bürgerlichen Rechtslebens oder auch unmittelbar auf Vorschriften des BGB. selbst hinweisen und untersucht, inwieweit sich der Sprachgebrauch der ZPO. mit dem des BGB. und des HGB. deckt oder ob der Sinn verschieden ist.

3. Wem gegenüber ist der vorbehaltene Widerruf des Prozeßvergleichs zu erklären? OLG. 23 156, SeuffBl. 11 42 (München). An sich ist gemäß § 349 BGB. der Widerruf dem Gegner gegenüber zu erklären. Diese Vorschrift ist aber dispositiver Natur. Nach der im hiesigen Bezirke (München) seit langen Jahren herrschenden Übung ist anzunehmen, daß, wenn ein Prozeßvergleich keine ausdrückliche Bestimmung darüber enthält, wem gegenüber der Widerruf zu erklären ist, als stillschweigend vereinbart anzusehen ist, daß der Widerruf jedenfalls auch gegenüber dem Prozeßgericht erfolgen kann; denn es ist an sich das Nächstliegende, daß ein bei Gericht geschlossener Vergleich auch dort zu widerrufen ist.

II. Der Rechtsschutzanspruch. Krückmann, Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, zweiter Beitrag, JheringsJ. 59 87 kommt auf seine Theorie vom Rechtsschutzanspruch (vgl. JDR. 9 BGB. § 275 Nr. 1 a) zurück. Die monistische öffentlich-rechtliche Theorie des Rechtsschutzanspruchs wird durch die Ausführungen von H. Lehmann, Strohal und Hirsch bestätigt. Das subjektive Recht geht auch nach diesen Autoren nicht auf eine Pflicht, sich dem Zwange zu unterwerfen, sondern unterwirft den Gegner unmittelbar. Eine zivilrechtliche Pflicht, die Zwangsvollstreckung zu dulden, besteht nicht. Dies muß von jeder anderen Pflicht auch gelten. Alle Haftung ist öffentlich-rechtlich; der künstliche Gegensatz zwischen Zivilrecht und öffentlichem Rechte im Sinne der herrschenden Lehre besteht nicht, alles objektive Recht ist einheitlicher, öffentlich-rechtlicher Art und das Zivilrecht nur eine Untergruppe des öffentlichen Rechts. — Vgl. im übrigen oben BGB. § 275.

III. Prozeßhandlungen.

Literatur: Stein, Besprechung von Hellwig, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft (JDR. 9 Allg. Vorbem. A IV, 657), BuschZ. 41 417—431.

1. OLG. 22 172, DJZ. 11 599 (Dresden). Mit Schmidt, Lehrbuch 246, sind als Prozeßhandlungen alle diejenigen Handlungen anzusehen, die mit Beziehung auf den Rechtsschutzakt vorgenommen werden, sofern sie nur auf die Beeinflussung des Prozesses gerichtet und in ihrer Einwirkung auf den Rechtsstreit den übrigen

am Prozesse beteiligten Personen, dem Gegner oder dem Gericht oder beiden, äußerlich erkennbar geworden sind. Hierzu gehören alle Anträge und Gesuche, die eine Partei an das Prozeßgericht stellt, z. B. auch ein Armenrechtsgesuch.

2. Ebenso **RG.** VI. 2. 10. 11, **77** 324, JW. **11** 986 Nr. 23, R. **11** Nr. 3620, 3621 — in Bestätigung von OLG. Dresden (oben Nr. 1). — Prozeßhandlung im Sinne der ZPO. ist jede Handlung — Willensbetätigung — sowohl der Parteien als des Gerichts, die zur Begründung, Führung und Erledigung des Rechtsstreits dient und vom Prozeßgesetz in ihren Wirkungen und Voraussetzungen geregelt ist (vgl. Gaupp-Stein [10] 358 Vorbem. zu § 128). Die Handlung braucht kein „prozeßkonstitutiver Akt", nicht unmittelbar auf den Betrieb des Prozeßverfahrens gerichtet zu sein (wie Walsmann, Rosenberg verlangen). Das Armenrechtsgesuch ist in jedem Falle, auch vom Standpunkte der letzteren, engeren Begriffsbestimmung aus, eine Prozeßhandlung, auch im Sinne des § 211 Abs. 2 Satz 1 BGB. (Beendigung der Verjährungsunterbrechung).

3. Stein, BuschsZ. **41** 417—431. a) Mit nur wenigen Ausnahmen auf dem Gebiete der Verhandlungsmaxime sind im Gegensatze zu Hellwigs Lehre alle Prozeßhandlungen Rechtsgeschäfte, insbesondere auch die Klage, die Behauptungen und Erklärungen, die Anträge und die Rechtsschutzgesuche als Ganzes. Der — das erste Erfordernis des Rechtsgeschäfts bildende — Geschäftserfolg, den die Prozeßhandlung zunächst und den sie stets bezweckt und erreicht, ist die Schaffung einer prozessualen Situation, in der für das Gericht oder den Gegner die Möglichkeit oder die Pflicht zum weiteren Handeln entsteht (Entscheidung über den Antrag oder die Behauptung); dieses Verhältnis kann nicht mit Hellwig durch die „allgemeine Richterpflicht" erklärt werden. Der entferntere Erfolg, die Beeinflussung des schließlichen Urteils, kann eintreten, aber auch ausbleiben (Entscheidung nach dem Antrag oder auf Grund der Behauptung). Zu Unrecht entnimmt Hellwig aus der abgekürzten Form vieler Prozeßhandlungen einen Grund gegen ihre Natur als Willenserklärung. Auch das dritte Erfordernis, daß der Erfolg der Willenserklärung als ihre Folge kraft gesetzlicher Sanktion eintritt, ist bei ihnen gegeben. Auch dem, was Hellwig weiter als Erfordernis des prozessualen Rechtsgeschäfts aufstellt: Unwirksamkeit, wenn ein Gültigkeitserfordernis fehlt, definitive Herbeiführung der Wirkung, „prinzipielle Unwiderruflichkeit", ist nicht zuzustimmen; hier stellt Hellwig zum Teil unklare und unrichtige Sätze auf, zum Teil Unerhebliches in den Vordergrund; so beruht insbesondere die Unwiderruflichkeit der von Hellwig herausgehobenen Prozeßhandlungen nicht auf ihrer besonderen Natur, sondern darauf, daß die Prozeßordnung im großen und ganzen die auf die Beendigung des Prozesses abzielenden und die der Partei ungünstigen Handlungen im Interesse des gesicherten Fortganges des Verfahrens bindend macht, die ihr günstigen, namentlich die reinen Angriffshandlungen, nicht. b) Sehr bedenklich und falsch ist die mit der Überschätzung des Amtsbetriebs zusammenhängende Auffassung Hellwigs, daß alle im Prozesse vorzunehmenden Handlungen dem Gerichte gegenüber vorzunehmen sind, dieses der Adressat aller Prozeßhandlungen ist, während der Gegner nur „auch" Gelegenheit erhalten muß, von dem Kenntnis zu erlangen, was die andere Partei tut. c) Falsch ist auch die Konstruktion des Prozeßvergleichs als eines Vertrags, dessen allein wesentlicher Inhalt die Vereinbarung der Beendigung des Prozesses, die Lösung des Prozeßrechtsverhältnisses sei, dem begrifflich jede Beziehung zu einem privatrechtlichen Vergleiche fehlt, wenngleich eine solche bestehen könne und in der Regel bestehe. Es gibt keinen Vergleich nur des Inhalts: „Der Prozeß soll beendigt sein". Das Wesentliche ist die Regelung der materiellen Beziehungen. Daß der Prozeß beendigt wird, ist Wirkung, nicht Inhalt des Vergleichs. Begrifflich ist also der Vergleich eine vertragsmäßige Rege-

lung des Streitgegenstandes mit prozessualer Wirkung. [Im übrigen vgl. über den Prozeßvergleich unten § 794.]

IV. Wahrheitspflicht und Lügenverbot (s. JDR. 8 vor § 1 Nr. 5, **9** 659 Allg. Vorbem. A V). Vgl. hierzu auch unten Nr. V. Saar, DRZ. **10** 258. Die Anerkennung der Wahrheitspflicht im Prozeß ist dringend erforderlich. Saar stimmt dem Vorschlage Hellwigs zu, unbeschadet einer kriminellen Bestrafung die Verletzung der Wahrheitspflicht mit einer Prozeßstrafe von 20—500 M. zu bedrohen. Die unbeitreibbare Geldstrafe ist in Haft umzuwandeln.

V. Ausbeutung der Rechtskraft. Anwendung des § 826 BGB. Hierüber s. unten § 322.

VI. Vergleich. Vgl. jetzt nur noch zu § 794.

B. Die Zivilprozeßreform.

Vorbemerkung: Über die Amtsgerichtsnovelle s. § 495, über die Reform des Reichsgerichts s. § 545.

Literatur: Bamberger, Friedensrichter, DJZ. **11** 966—971. — Cohn, Der Zivilprozeß der Zukunft, JW. **11** 267—269. — Daninger und Coulon, Über den amtswegigen Prozeßbetrieb nach der österreichischen Zivilprozeßordnung, DRZ. **10** 138—143, 172—179. — von Engel, Über die österreichische Zivilprozeßordnung, DRZ. **10** 179 bis 186. — Haeger, Juristenrecht oder Volksrecht? DJZ. **11** 1345—1347. — Inhulsen, Vernehmung der Prozeßparteien als Zeugen, RheinARV. **29** 72—76. — Liedtke, Der Zivilprozeß der Zukunft, JW. **11** 907—909. — Pollak, Der österreichische Justizministerialerlaß über Mißbräuche im Zivilprozesse, DJZ. **11** 1357—1361. — Reichel, Der österreichische Ministerialerlaß betreffend Mißbräuche im Prozeßverfahren, DRZ. **11** 817—823. — v. Richthofen, Die englische Gerichtsverfassung, BayRpflZ. **11** 295—305. — Riemann, Die erste Instanz, DRZ. **11** 1418—1422. — Saar, Einige unabhängige Betrachtungen über deutsche Prozeßzustände, DRZ. **11** 247—251. — Saar, Das Zivilrechtsverfahren im Kanton Zürich, DRZ. **11** 281—289. — Schimmelbusch, Der österreichische Zivilprozeß, JurBlätter (Österreich) **11** 157—159. — Schmidt, Die neue Zivilprozeßordnung für Ungarn, BuschsZ. **41** 539—551. — Schoberlechner, Über das Hören der Parteien im Zivilprozesse, AÖstGZ. **11** 153—158. — Springer, Reform des Zivilprozesses. Berlin 1911. — Volkmar, Schleunigkeit und Unmittelbarkeit im künftigen Zivilprozesse. Ein Beitrag zur Reformfrage, GruchotsBeitr. **55** 278—326, 575—606.

I. Vorschläge zur Prozeßreform. 1. Die Eventualmaxime. a) Volkmar, GruchotsBeitr. **55** 278—326, 575—606. Erforderlich ist eine größere Konzentrierung und Beschleunigung des Parteivorbringens im Sinne der Eventualmaxime. Diese ist nur in der praktischen Ausgestaltung, die sie in der früheren Gesetzgebung erfahren hat, zu verwerfen, aber nicht im Prinzipe. Zur gründlichen Bekämpfung der Prozeßverschleppung gehört demnach Beseitigung der Freiheit der Parteien, bis zum Ende des Prozesses immer mit neuem Vorbringen hervorzutreten. Die Parteien haben, unterstützt durch das Gericht, schon in der ersten, auf einen Vortermin folgenden mündlichen Verhandlung nach Möglichkeit den gesamten Streitstoff bereitzuhalten und können, soweit nicht der Richter ihnen ausnahmsweise aus wichtigen Gründen zur Abgabe weiterer Erklärungen eine Vertagung bewilligt, Versäumtes nicht nachholen. Die zweite Instanz darf nicht zu einem neuen Verfahren, sondern nur zu einer Nachprüfung des erstinstanzlichen werden; Geltendmachung neuer Tatsachen ist deshalb grundsätzlich auszuschließen. Diese Maßnahmen wirken aber nicht für sich allein, sondern in Verbindung mit der zuvor erörterten richterlichen Beherrschung des Prozeßganges. **b)** Ähnlich Cohn, JW. **11** 267—269. Er schildert die Grundzüge einer gründlichen Zivilprozeßreform: Auf die Klage wird ein Vortermin bestimmt, der durch den Berichterstatter abgehalten wird und zur Erledigung der nichtstreitigen und zur Vorbereitung der streitigen Sachen dient. Innerhalb einer Frist von drei Wochen bis drei Monaten sind darauf die Schriftsätze zu wechseln, grundsätzlich zur Vermeidung

des Ausschlusses anderweitigen Vorbringens in der Hauptverhandlung. Nach Ablauf der Frist erläßt das Kollegium die erforderlichen Anordnungen zur Vorbereitung der Hauptverhandlung. Wird eine Beweisaufnahme für erforderlich erachtet, so geschieht sie sofort, es sei denn, daß die zu vernehmenden Personen weder geladen noch von den Parteien gestellt sind. Für die Berufungsinstanz gilt das gleiche. Doch können die Parteien unter den neuen Anführungen auch solche vorbringen, mit denen sie in erster Instanz wegen Fristablaufs nicht gehört werden durften. c) Hiergegen Zelter, JW. **11** 433—434. Die von Cohn gerügten Nachteile, die er insbesondere durch die Wiedereinführung der Eventualmaxime beseitigen will, sind nicht durch das heutige Prozeßsystem geschaffen, sondern durch die tatsächliche Handhabung. Wirklich mündliches Verfahren und Eventualmaxime lassen sich nicht vereinigen.

2. Liedtke, JW. **11** 907—909. In unserer eigenen Gesetzgebung bieten die Vorschriften der neuen und jetzigen Versicherungsordnung und des Landesverwaltungsgesetzes über das Versicherungsverfahren und das Verwaltungsstreitverfahren beachtliche Vorbilder für eine Zivilprozeßreform. Vorbildlich ist insbesondere der Grundsatz jener Verfahrensarten, daß keine mündliche Verhandlung stattfindet, bevor die Sache hinsichtlich des Streitgegenstandes aufgeklärt ist, und die einfache Gestaltung der Beweisaufnahme, die vom Vorsitzenden allein vor der mündlichen Verhandlung vorbereitet wird.

3. Das Institut der Friedensrichter. a) Bamberger, DJZ. **11** 966—971, empfiehlt nach dem Vorbilde von Italien, Schweiz, Dänemark die Einführung von Friedensrichtern. Ihnen soll die doppelte Aufgabe gestellt werden, Streitsachen von geringem Werte, etwa bis zu 100 M., im Wege eines obligatorischen Sühneversuchs gütlich zu schlichten, und wenn dies nicht gelingt, in der Sache selbst richterlich zu entscheiden. b) Hiergegen Haeger, DJZ. **11** 1345—1347. Die Einführung des Instituts der Friedensrichter empfiehlt sich nicht. Auch in Frankreich, wo die Friedensrichter wohl am längsten bestehen — seit der Revolution —, haben sie sich nicht bewährt. Auch hier ist das prinzipielle Bestreben darauf gerichtet, auch in der untersten Instanz nur Juristen als Richter zu bestellen.

4. Riemann, DJZ. **11** 1418—1422, betont die Wichtigkeit der ersten Instanz, des Amtsgerichts.

II. Insbesondere Rechtsvergleichung. 1. Österreich. a) Daninger und Coulon, Über den amtswegigen Prozeßbetrieb nach der österreichischen Zivilprozeßordnung, DRZ. **10** 138—143, 172—179. b) von Engel, Über die österreichische Zivilprozeßordnung, DRZ. **10** 179—186. c) Schimmelbusch, Der österreichische Zivilprozeß. d) Pollak, DJZ. **11** 1357—1361, bespricht den Erlaß des österr. Justizministers vom 28. August 1911 über „Mißbräuche im Prozeßverfahren", der sich gegen die bei einzelnen Gerichten und Anwälten hervorgetretene Neigung richtet, das Verfahren wieder in ein mittelbares und schriftliches zu verwandeln. e) Reichel, DRZ. **11** 817—823, teilt den genannten Erlaß mit, dessen Ziel zwar im Grundsatze nur zu billigen sei, der aber in unangebrachter Weise die gerügten Mißstände und die dagegen einzuschlagenden Maßnahmen zum Gegenstand einer mit Zwangsandrohung auftretenden Aufsichtsverordnung mache. f) Schoberlechner bespricht die Parteivernehmung nach österreichischem Rechte.

2. Ungarn. Schmidt, BuschsZ. **41** 539—551, gibt eine ausführliche Darstellung des Hauptverfahrens vor den ordentlichen Zivilgerichten nach der neuen ungarischen ZPO., die 1910 vom Reichstag angenommen worden ist, voraussichtlich aber erst 1914 in Kraft treten wird.

3. Schweiz. a) Saar, DRZ. **11** 247—251, und b) Saar, DRZ. **11** 281—289, schildert das neue Züricher Prozeßverfahren (seit 1. April 1912).

4. England. a) v. Richthofen, BayRpflZ. **11** 295—300, gibt eine ausführliche Inhaltsangabe des Werkes von Gerland, Die englische Gerichtsverfassung (Leipzig 1910, Göschen). b) Inhulsen, RheinARV. **29** 72—76, empfiehlt die Einführung des englischen Kreuzverhörs der Parteien.

Erstes Buch. Allgemeine Bestimmungen.

Erster Abschnitt. Gerichte.

Erster Titel. Sachliche Zuständigkeit.

§ 3. I. Anwendbarkeit von § 3. Grenzfälle gegen §§ 4—9. 1. Streitwert bei Räumungsklagen. HessRspr. **12** 204 (LG. Gießen). Die Vorschrift des § 8 findet keine Anwendung; denn es ist nicht das Bestehen oder die Dauer des Mietverhältnisses streitig. Streit besteht lediglich über die Verpflichtung zur sofortigen Räumung. Der Wert des Streitgegenstandes ist das gemäß § 3 zu schätzende Interesse, das Kläger an der sofortigen Räumung hat, daran, daß er sofort in den Besitz der Wohnung gelangen und über sie anderweit verfügen kann.

2. Klage auf Feststellung, daß der Hypothekengläubiger zu Unrecht gekündigt habe, vgl. § 6 Nr. 6.

3. Klage des Hypothekengläubigers aus § 1134 BGB. (Anspruch auf Beseitigung einer die Sicherheit der Hypothek gefährdenden Einwirkung auf das Grundstück) s. § 6 Nr. 8.

II. Grundsätze für die Schätzung. 1. Negative Feststellungsklage. **RG.** VI. JW. **11** 816 Nr. 27. Bei negativen Feststellungsklagen richtet sich der Wert des Streitgegenstandes danach, welcher Ansprüche sich der Beklagte berühmt hat, gleichviel, ob dieser insoweit Widerklage erhoben hat oder nicht.

2. Streitwert für die Nebenintervention. OLG. **23** 65. (KG.). Der Streitwert für die Nebenintervention ist identisch mit dem Streitwerte für die Hauptparteien, bei der Nebenintervention zugunsten des Beklagten also gleich dem Werte des Klaganspruchs. Daher keine besondere Festsetzung des Streitwerts für die Nebenintervention.

3. Berücksichtigung der nur in Schriftsätzen enthaltenen Angaben. ElsLothJZ. **11** 458 (Colmar). Bei Festsetzung des Streitwerts sind auch solche den Streitwert erhöhenden Anträge mitzuberücksichtigen, welche in der mündlichen Verhandlung nicht gestellt und nicht rechtshängig wurden, aber in bei dem Gericht eingereichten Schriftsätzen enthalten waren.

4. Streitwert eines Urteils im Kostenpunkte. WürttRpflZ. **11** 105 (Stuttgart). Der Streitwert besteht aus den Gerichtskosten und doppelten Anwaltskosten. Gleichgültig ist, ob die Kosten schon ganz oder teilweise bezahlt oder der Gegenpartei ersetzt sind, denn das Urteil betrifft die Kostentragungspflicht.

5. Streitwert bei Vollstreckungsgegenklagen. OLG. **23** 159 (KG.). Bei der Klage aus §§ 767, 794, 795 ist zwar der Streitwert in der Regel derselbe, wie im Vorprozeß oder in dem zu seiner Beilegung geschlossenen Vergleiche. Wenn aber lediglich Streit darüber besteht, ob die Vollstreckung wegen eines Restbetrags zulässig ist, so ist dieser Restbetrag maßgebend.

6. Beweissicherungsverfahren. RheinA. **108** I 211 (Köln). Der Streitwert bestimmt sich durch den Wert des Anspruchs, zu dessen Beweise das Verfahren beantragt ist und nach dem im Prozesse die Beweisgebühr zu berechnen wäre. Nicht maßgebend ist das Interesse, daß der Antragsteller an der sofortigen Vornahme gerade der erbetenen Beweisaufnahme hat.

7. Klage auf Auflassung eines Nachlaßgrundstücks oder auf Abtretung der zum Nachlasse gehörenden Hypotheken gegen einen Miterben. a) OLG. **23** 67 (Nürnberg). Für die Klage auf Auflassung eines Nachlaßgrundstücks gegen einen Miterben erschöpft sich das für den Streitwert bestimmende Interesse des Klägers an der Erfüllung seines Auflassungsanspruchs gegen den Miterben zu dessen Erbquote. **b)** Ebenso OLG. **23** 67 (München) hinsichtlich des Hypotheken-Abtretungsanspruchs und **c)** BayRpflZ. **11** 489 (München).

8. Klage auf Herausgabe eines angeblich unrichtigen Erbscheins. **RG.** IV. JW. **11** 813. Bei Klagen, mit denen der wirkliche Erbe gemäß § 2362 Abs. 1 BGB. die Herausgabe eines angeblich unrichtigen Erbscheins an das Nachlaßgericht verlangt, ist der Streitwert nicht nach dem Interesse des Klägers an der Feststellung dieser Unrichtigkeit, sondern nach dem Interesse zu bemessen, das der Kläger gerade an der Herausgabe des Erbscheins hat.

9. Klage auf Rechnungslegung. OLG. **23** 158, SächsOLG. **32** 128 (Dresden). Beispiel einer Berechnung des Streitwerts, wenn im Falle des § 254 die Klage auf Rechnungslegung abgewiesen wird.

10. Klage auf Leistung des Offenbarungseides. BayObLG. **11** 695, R. **11** Nr. 372 (BayObLG.). Der Streitgegenstand hinsichtlich der Leistung des zivilrechtlichen Offenbarungseids bemißt sich nach dem Unterschiede der beiderseitigen Wertangaben über den herauszugebenden Vermögensinbegriff.

11. **RG.** V. WarnE. **11** 106. Wert des Streitgegenstandes, wenn der Erwerb einer Hypothek als eines Nebenrechtes zu anderen Rechten, die auf den Kläger übergehen, streitig ist.

§ 4. 1. Zinsen bei teilweiser Erledigung der Hauptforderung. OLG. **23** 68 (Marienwerder). Nicht nur, wenn sich der Hauptanspruch vollständig erledigt, sondern auch, wenn bei nur teilweiser Erledigung der Hauptforderung die Zinsen des erledigten Teilbetrags neben dem unerledigten Teile nebst Zinsen davon streitig bleiben, verlieren die Zinsen des erledigten Teilbetrags den akzessorischen Charakter. Sie sind daher als Hauptforderung anzusehen. AM. Gaupp-Stein II zu § 4.

2. Der Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO. OLG. **23** 75 (KG.). Der Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO. ist in der Regel, wenn die Anträge zur Hauptsache aufrechterhalten werden, als Nebenforderung nicht zu berücksichtigen. Tritt er aber an Stelle des erledigten Hauptanspruchs, so ist er selbständig zu berücksichtigen mit der Maßgabe, daß der Streitwert jedenfalls nicht auf einen höheren Betrag abgestellt werden darf, als denjenigen, der den früheren Streitwert gebildet hat.

3. Interventionsklage. Teilweise Tilgung der ursprünglichen Forderung s. § 6 Nr. 9.

§ 5. Wann betreffen Klage und Widerklage denselben Gegenstand? (§ 11 GKG.). OLG. **23** 69, BayObLG. **11** 641 (BayObLG.). Die Klage auf Löschung einer Hypothek wegen Tilgung und Widerklage auf Duldung der Vollstreckung und Zahlung der Hypothekenzinsen betreffen denselben Gegenstand. Der Streit dreht sich allein um die Frage, ob die dingliche Haftung noch besteht. ➠ Diese Entscheidung ist mit JDR. **9** Nr. 2 b identisch, dort aber ungenau wiedergegeben und fälschlich als OLG. München bezeichnet. Red. ⬅

§ 6. 1. Besitzklage. OLG. **23** 72 (Hamburg). Nicht § 6, sondern § 3 ist anzuwenden, wenn der Kläger nicht Wiedereinräumung verlorenen Besitzes (Herausgabe des Hauses), sondern nur die Verhinderung und Beseitigung jetziger und Unterlassung zukünftiger Störungen verlangt.

2. Klage auf Herausgabe von Sachen. Zurückbehaltungsrecht ist ohne Einfluß. OLG. **23** 72 (Nürnberg). Die Festsetzung des Streitgegenstandes, die sich nach dem Wert des herauszugebenden Gegenstandes richtet, wird durch die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts des Beklagten (wegen Rückforderung des Kaufpreises) nicht berührt.

3. Klage auf Herausgabe verpfändeter Sachen. OLG. **23** 71 (München). Für die Klage auf Herausgabe der Sachen ist ihr Wert maßgebend, mag auch der Beklagte einwenden, er sei kraft eines Pfandrechts zur Verweigerung berechtigt. Wenn dagegen der Kläger selbst schon in der Klage, die Einrede vorwegnehmend, die Forderung des Gegners und das für sie ausgeübte Pfandrecht bestreitet und auf dessen Verneinung seinen Herausgabeanspruch stützt, so ist das Pfandrecht Streitgegenstand und der Forderungsbetrag maßgebend.

4. Versicherungsrecht. Besitz einer Versicherungspolice. OLG. München JDR. **9** Nr. 2 b, jetzt auch OLG. **23** 73.

5. Rang zweier Pfandrechte. OLG. **23** 74 (München). Wird über den Rang zweier Pfandrechte gestritten, so ist das minderwertigere der Pfandrechte für die Wertberechnung maßgebend.

6. Unzulässigkeit der Kündigung einer Hypothek. **a)** OLG. **23** 70 (Hamburg). Bei der Klage auf Feststellung, daß der Hypothekengläubiger zu Unrecht gekündigt habe, beziffert sich der Wert des Streitgegenstandes nicht auf den Betrag der Hypothek, vielmehr ist das Interesse nach § 3 zu schätzen. Maßgebend sind die Aufwendungen, insbesondere die Provisionen, die zur Beschaffung eines anderen Gläubigers erforderlich sein werden. **b)** Ebenso OLG. **23** 70 (München).

7. Klage auf Löschung einer Hypothek oder negative Feststellungsklage. OLG. **23** 74 (Hamburg). § 6 ist auch dann anwendbar, wenn die Löschung oder Feststellung des Nichtbestehens einer Hypothek in Frage steht. Hiernach kann kein höherer Betrag als der Forderungsbetrag maßgebend sein.

8. Klage des Hypothekengläubigers aus § 1134 BGB. OLG. **23** 66 (KG.). Für die Klage des Hypothekengläubigers aus § 1134 BGB. (Anspruch auf Beseitigung einer die Sicherheit der Hypothek gefährdenden Einwirkung auf das Grundstück) ist nicht § 6, sondern § 3 anwendbar. Denn die Klage betrifft weder die Sicherstellung einer noch ungesicherten Forderung, noch die Durchführung oder Aufhebung eines Pfandrechts. Im Gegenteile handelt es sich nur um den Schutz einer schon vorhandenen Sicherheit, eines seinem Bestehen nach unbestrittenen, hypothekarischen Rechtes gegen die von außenher drohende Verminderung des Wertes des belasteten Grundstücks. Die Schätzung muß zum Maßstabe den Grad der Gefährdung der Hypothek durch die bekämpfte Einwirkung auf das Grundstück nehmen.

9. Interventionsklage. Teilweise Tilgung der ursprünglichen Forderung. OLG. **23** 65 b (München). Gemäß § 4 ist für die Wertberechnung der Zeitpunkt der Klagerhebung maßgebend. Ist bis zu diesem Zeitpunkte nachträglich eine teilweise Tilgung der ursprünglichen Forderung, für die die Pfändung aufrechterhalten wurde, eingetreten, so richtet sich der Streitwert nach der reduzierten Forderung.

§ 7. 1. **RG.** V. WarnE. **11** 335. § 7 findet nicht Anwendung, da der Klagantrag nicht auf Feststellung des Nichtbestehens des Rechtes der Beklagten zur Durchlegung von Röhren durch das Grundstück der Klägerin gerichtet ist, sondern auf Beseitigung eines durch das Grundstück führenden Rohrstranges.

2. Selbständiges Fischereirecht. BayObLG. **11** 623. Handelt es sich um einen Streit über das Bestehen eines selbständigen Fischereirechts, so ist der Wert des Streitgegenstandes nicht nach § 7, sondern nach § 6 zu bestimmen.

Denn Fischereirechte der geltend gemachten Art haben nicht als dingliche Nutzungsrechte mit Grundstücksnatur zu gelten.

3. BayObLG. **11** 208. Bei der Bemessung des Wertes des Beschwerdegegenstandes kann in Rechtsstreiten über die Anerkennung des Bestehens einer Grunddienstbarkeit der Beklagte und Revisionskläger sich auf sein eigenes höheres Interesse im Sinne des § 7 ZPO. berufen, auch wenn das Interesse der auf Anerkennung der Dienstbarkeit klagenden Gegenpartei die Revisionssumme nicht erreicht.

§ 8. Räumungsklage. a) OLG. **23** 75 (KG.). Wenn auch bei Räumungsklagen bei Einlegung der Berufung die Mietzeit abgelaufen ist, ist dennoch „die Dauer des Mietverhältnisses, welche in der Klage negiert" ist, streitig. Der Beklagte will mit der Berufung nicht nur erreichen, daß er für den Rest der Mietzeit in den Räumen bleiben darf, sondern zugleich festgestellt wissen, daß der Anspruch des Klägers von vornherein unbegründet gewesen ist. b) Streitwert bei Räumungsklagen, wenn der Streit lediglich die Verpflichtung zur sofortigen Räumung betrifft. Hierüber s. oben § 3 Nr. I 1.

§ 9. 1. Rückstände bei einer Feststellungsklage. **RG.** VI. 2. 10. 11, **77** 324, JW. **11** 986 Nr. 23. Bei einer Feststellungsklage wird, selbst wenn sie ein Recht auf wiederkehrende Leistungen — Renten — zum Gegenstande hat, in der Regel von Rückständen nicht die Rede sein können, mag auch die Vorschrift des § 9 nach Umständen für die Wertberechnung auf solche Klagen entsprechende Anwendung finden.

2. Hinzurechnung von Rückständen bei Übergang von der Feststellungs- zur Leistungsklage auf Rente. **RG.** VI. 2. 10. 11, **77** 324, JW. **11** 986 Nr. 23, R. **11** Nr. 3671. Wenn der Kläger von der ursprünglich erhobenen Feststellungsklage im Laufe des Rechtsstreits zur Leistungsklage auf Zahlung von Renten übergegangen ist, so sind die vor der Leistungsklage fällig gewordenen Rückstände der Rente hinzuzurechnen (**RG. 19** 416, **23** 359). Denn als diejenige Klage, mit der das Recht auf wiederkehrende Leistungen geltend gemacht worden ist, kann vorliegend nicht die anfängliche Feststellungsklage, sondern nur die spätere Leistungsklage angesehen werden.

3. Zinsbezugsrecht bei einer Hypothek. OLG. **23** 77 (KG.). Das Zinsbezugsrecht von einer Hypothek ist ein Bezugsrecht von beschränkter Dauer, bei dem nur die Zeit des Wegfalls ungewiß ist. Das Zinsrecht hängt von dem Bestehen der Hauptforderung ab und diese soll ihrer Natur nach in absehbarer Zeit fortfallen. Maßgebend ist demnach der $12^1/_2$ fache Betrag.

4. Eine in der Höhe jährlich wechselnde Rente. OLG. **23** 78 (Hamburg). Auf eine in der Höhe jährlich wechselnde Rente ist weder § 9 ZPO., noch § 9 a GKG. unmittelbar anwendbar, sondern § 3. Bei der Schätzung ist gemäß **RG. 36** 416 das dem § 9 a zugrunde liegende Prinzip zu beachten, so daß weder unter den bei Annahme der niedrigeren Rente noch über den bei Annahme der höheren Rente festzustellenden Streitwert hinauszugehen ist.

§ 10. SächsOLG. **32** 36 (Dresden). § 10 gilt nicht im Falle der vereinbarten ausschließlichen Zuständigkeit eines Amtsgerichts.

Zweiter Titel. Gerichtsstand.

Vorbemerkung: 1. Zu § 18. Hingewiesen sei auf die Entscheidung des **RG.** IV (Nr. 1), wonach innere Dienstanweisungen für die Frage der Vertretung des Fiskus nicht zu berücksichtigen sind, und auf den Vorschlag, die Prozeßvertretung des Fiskus reichsgesetzlich zu regeln (Nr. 3).

2. Zu § 23. Der bekannte Trick, das Ausländerforum künstlich durch die Schaffung eines Kostenerstattungsanspruchs zu erzeugen, wird von Breit und anderen mit Recht gegeißelt (Nr. 1 und 5). Die Judikatur folgt zwar noch in der Regel der dieses Ver-

fahren gutheißenden Ansicht des RG., doch nicht ohne Ausnahme, wie das bemerkenswerte Erkenntnis des OLG. Dresden (Nr. 5b) ergibt.

§ 18. Literatur: Bovensiepen, Ein Vorschlag zur Prozeßvertretung des Fiskus, PrVerwBl. **33** 32—33.

1. Vertretung des Reichspostfiskus. Innere Dienstanweisungen sind nicht zu berücksichtigen. **RG.** IV. 26. 1. 11 JW. **11** 333 Nr. 37, GruchotsBeitr. **55** 1049, BreslauAK. **11** 63, PosMSchr. **11** 48, WarnE. **11** 220, R. **11** Nr. 1333. Nach § 6 Nr. 21 der bis zum 1. September 1908 in Geltung gewesenen Allgem. Dienstanweisung für Post und Telegraphie sind zur ausschließlichen Vertretung des Reichspostfiskus im Prozesse — vorliegend betr. die Anlage von Privatfernsprechanlagen — die Oberpostdirektionen berufen. Dies gilt auch für solche Angelegenheiten, deren Entscheidung sich der Staatssekretär des Reichspostamts gemäß § 4 Allgem. Dienstanweisung und der dort erwähnten Geschäftsordnung des Reichspostamts vorbehalten hat. Die Fassung dieser augenscheinlich nur für den inneren Dienstverkehr berechneten, alles in das Ermessen des Staatssekretärs stellenden Bestimmung würde es dem rechtsuchenden Publikum, selbst wenn es hiervon Kenntnis erhielte, nahezu unmöglich machen, mit Sicherheit die Amtsstelle zu bestimmen, gegen die es sich bei Beschreitung des Rechtswegs zu wenden hätte.

2. **RG.** III. R. **11** Nr. 2173. Es besteht keine ausschließliche Zuständigkeit des LG. I Berlin für die vom Fiskus als Kläger auf Herabsetzung oder Entziehung von Versorgungsgebührnissen anhängig gemachten Prozesse.

3. Bovensiepen, PrVerwBl. **33** 32—33 macht folgenden Vorschlag: Die Prozeßvertretung des Reichs- und Landesfiskus muß gesetzlich und einheitlich für Deutschland geregelt werden. Bovensiepen schlägt folgende Bestimmung vor: „Den Fiskus vertritt der erste Staatsanwalt des LG., in dessen Bezirke die Klage zu erheben ist."

§ 20. OLG. **23** 78 g (KG.). § 20 trifft auf die dauernd vom Manne getrennt lebende Ehefrau zu.

§ 21. Abs. 2. PosMSchr. **11** 49 (Posen). Der besondere Gerichtsstand der Niederlassung gegenüber Mitgliedern der Königlichen Familie wird durch Art. 3 G. vom 26. April 1851, betreffend den persönlichen Gerichtsstand bei dem Geheimen Justizrate nicht ausgeschlossen.

§ 23. Literatur: Breit, Über das Ausländerforum, JW. **11** 636—640. — Frankenstein, Das Ausländerforum. Eine Erwiderung, JW. **11** 904—905. — Lebrecht, Zu § 23 ZPO., R. **11** 761—762.

1. Das Ausländerforum im allgemeinen. a) Breit, JW. **11** 636—640, bespricht die Bestimmung des § 23, die er zu den verfehltesten des deutschen Prozeßrechts zählt. Infolge der Möglichkeit, die Zuständigkeit auf einen Kostenerstattungsanspruch zu gründen, wird im praktischen Ergebnisse der Gerichtsstand gegen den Ausländer doch immer begründet, wie auch die Beweiserhebungen über die Behauptung, er habe Vermögen im Inland, ausfallen: Entweder weil der Richter zu der Überzeugung gelangt, daß Vermögen vorhanden sei und infolgedessen die Zuständigkeit bejaht, oder weil er dadurch, daß er wegen fehlenden Vermögens den Kläger abweist, implicite die Zuständigkeit infolge der den Ausländer treffenden Kostenerstattungspflicht selbst herstellt. „Die künftige Prozeßordnung wird von dem Erfordernisse des Vermögens gänzlich abzusehen haben. Der Ausländer, der im Inlande keinen Wohnsitz hat, wird dort Recht nehmen müssen, wo ihn der Inländer belangt, auch wenn er nicht durch ein Paar Gummischuhe oder einen alten Regenschirm symbolisch repräsentiert wird. Inwieweit das Urteil im Inlande vollstreckt werden kann, ist eine Sache für sich." b) Hierzu Frankenstein, JW. **11** 904—905, der der Kritik der Bestim-

mung des § 23 zwar durchaus beistimmt, aber auf die bedenklichen Konsequenzen einer Erweiterung des deutschen Ausländerforums mit Rücksicht auf § 328 Nr. 1 hinweist. Jede solche Ausdehnung hat die Folge, daß umgekehrt die Gefahr für den Inländer wächst, im Auslande, wo er weder Wohnsitz noch Aufenthalt hat, unter Umständen verklagt zu werden, die ihm tatsächlich eine ordnungsmäßige Vertretung seiner Interessen auf das äußerste erschweren, wenn nicht ganz unmöglich machen, ohne daß eine Versagung der Vollstreckung im Inland ihm dagegen Schutz gewährt. Diese Gefahr ist besonders Italien gegenüber nicht gering, da die Ladung von Ausländern vor italienische Gerichte bereits als erfolgt gilt, wenn der Gerichtsvollzieher eine Abschrift der Ladung an die Gerichtstür anheftet, einen Auszug in das Amtsblatt einrücken läßt und eine weitere Abschrift der Staatsanwaltschaft zur Übermittelung an den Beklagten (auf diplomatischem Wege) übergibt. Ob sie jemals in die Hände des Beklagten gelangt, ist gleichgültig. Derartige Ladungen brauchen unverhältnismäßig viel Zeit. — Vgl. auch unten Nr. 5.

2. Das Vermögen braucht weder der Zwangsvollstreckung, noch der Verfügungsbefugnis des Schuldners zu unterliegen. a) **RG.** II. 10. 3. 11, **75** 414, JW. **11** 456, LeipzZ. **11** 459 Nr. 25, R. **11** Nr. 1953. Es genügt, daß das Vermögen dem Schuldner in irgendeiner Weise gehöre; weder braucht es der Zwangsvollstreckung unterworfen zu sein, noch braucht der Schuldner über die Gegenstände, durch die das Vermögen gebildet wird, durch Veräußerung, Nutzung oder sonst selbständig verfügen zu können. So sind Gegenstände, die zu einer fortgesetzten Gütergemeinschaft gehören, als Vermögen des am Gesamtgute anteilsberechtigten Abkömmlinges im Sinne des § 23 anzusehen. **b)** OLG. **23** 81, R. **11** Nr. 1589 (Hamburg). § 23 verlangt nicht, daß das Vermögen der Zwangsvollstreckung unterliegt oder daß der Schuldner selbständig darüber verfügen kann. (AM. OLG. Hamburg IV. JDR. **9** Nr. 1.) Zur Begründung des Gerichtsstandes gegen einen Gesellschafter genügt es daher, daß die Gesellschaft eine Forderung gegen einen Deutschen hat. Das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft ist Vermögen der Gesellschafter (§§ 105 Abs. 2 HGB., 718 BGB.).

3. Genügt das Eigentum von Aktien einer inländischen Aktiengesellschaft? Vgl. auch Nr. 4. OLG. **23** 79, R. **11** Nr. 167 (Hamburg). Der Umstand, daß ein ausländischer Schuldner Aktionär einer inländischen Aktiengesellschaft ist, rechtfertigt nicht die Auffassung, daß sich Vermögen des Schuldners hier befinde. Das hier befindliche Vermögen der Aktiengesellschaft ist nicht Vermögen der einzelnen Aktionäre. Die Aktionärrechte des Schuldners bilden allerdings ein Stück seines Vermögens, aber dies befindet sich nicht hier, sondern an dem ausländischen Orte, an dem er seine Aktien bewahrt.

4. Wohnsitz des Schuldners. Zweigniederlassung einer Aktiengesellschaft. Vgl. auch Nr. 3. **a)** OLG. **23** 79 (Nürnberg). Die Forderung des Schuldners gegen eine Zweigniederlassung einer an einem anderen Orte domizilierten Aktiengesellschaft begründet den Gerichtsstand am Orte der Niederlassung nicht. Die Aktiengesellschaft kann keinen mehrfachen Sitz haben, insbesondere begründet eine Zweigniederlassung kein zweites Domizil. **b)** Vgl. hierzu OLG. **23** 79 (Hamburg). Der Umstand, daß eine Aktiengesellschaft an einem anderen Orte als dem ihres Sitzes eine gewerbliche Niederlassung errichtet, hat nicht ohne weiteres zur Folge, daß sie nunmehr auch an dem Orte dieser neuen Niederlassung einen Wohnsitz im Sinne des § 23 hätte.

5. Einwand der Arglist. Ist es zulässig, den Kostenanspruch aus einem wegen Unzuständigkeit zu ungunsten des Klägers erledigten Prozesse zu verwerten, um daraufhin in einem neuen Prozesse die Zuständigkeit zu begründen? a) Für Zulässigkeit: OLG. **23** 81, R. **11** Nr. 1588 (Hamburg). **b)** Da-

gegen: SeuffA. **66** 419 (Dresden). Die herrschende Ansicht, daß im Falle des § 23 der Einwand der Arglist nicht zulässig sei, ist unrichtig. Auch auf dem Gebiete des Zivilprozesses kann die Aufgabe des Staates nur dahin gehen, dem ehrlichen und redlichen Geschäftsverkehre zu Hilfe zu kommen. Der Kläger, der gegen den Ausländer zunächst im Inland an einem unzuständigen Gerichte Klage erhebt, in der Absicht, den nach Abweisung des Vorprozesses dem Ausländer erwachsenden Kostenerstattungsanspruch zur Begründung des Gerichtsstandes nach § 23 zu verwenden, erschleicht auf diese Weise den Gerichtsstand. Dies kann nicht gebilligt werden. Auch würde dies zur Folge haben, daß Personen, die im Inlande keinen Gerichtsstand haben, in Deutschland an jedem beliebigen Orte verklagt werden können. **c**) Ebenso Lebrecht, R. **11** 761—762. Vgl. auch oben Nr. 1.

6. ElsLothJZ. **11** 532 (Colmar). Der Gerichtsstand des Vermögens kann nicht durch eine Forderung des Beklagten begründet werden, gegen welche der Kläger in der Klageschrift mit einem entsprechenden Teile der Klageforderung aufzurechnen erklärt; dagegen wohl durch eine Forderung, die dem Beklagten erst nach derjenigen mündlichen Verhandlung, in der er die Unzuständigkeit eingewendet hat, entstanden, zur Zeit der Schlußverhandlung aber getilgt war.

§ 24. R. **11** Nr. 1332 (Stuttgart). Für die Anfechtung einer Hypothekeneintragung nach §§ 30 ff. KO. ist der Gerichtsstand des § 24 gegeben. Die Klage enthält ein dingliches Element, nämlich die Behauptung, daß der Gemeinschuldner Eigentümer des belasteten Grundstücks sei.

§ 27. OLG. **23** 81 (KG.). Der Gerichtsstand der Erbschaft wird durch einen Vergleich über die Höhe der Erbquoten (ein Miterbe zahlt an seine Brüder je x Mark, wogegen diese ihm den Nachlaß des Vaters überweisen) nicht berührt.

§ 29. 1. Erfüllungsort für Unterlassungen. OLG. **23** 82 (KG.). Die Verpflichtung, die Aufführungserlaubnis für ein Theaterstück für bestimmte Länder nicht zu erteilen, ist am Wohnsitze des Verpflichteten zu erfüllen. Die Erlaubnis kann nur dort erteilt werden. Sonst müßte man annehmen, daß die sämtlichen in Betracht kommenden Länder Erfüllungsort für die Unterlassungspflicht sind und somit jedes in diesen Ländern befindliche Gericht zuständig wäre. Danach würde bei einer räumlich nicht beschränkten Unterlassungspflicht jedes Gericht der Erde zuständig sein.

2. Klage auf Abnahme der Kaufsache und Zahlung. OLG. **23** 115 (Hamburg). Bei Klage auf Abnahme der Kaufsache und Zahlung wird der Gerichtsstand des Erfüllungsorts lediglich durch den Erfüllungsort der Hauptverpflichtung, d. h. der Zahlungspflicht bestimmt.

3. Minderungs- und Schadensersatzklage. a) SeuffBl. **11** 743, R. **11** Nr. 3839 (Nürnberg). Gesetzlicher Erfüllungsort für den Minderungsanspruch ist nicht der Wohnsitz des Verkäufers, sondern der Ort, wo das verkaufte Haus liegt. Hier hat der Verkäufer die Hauptverbindlichkeit zu erfüllen, hier hat die Abwickelung des Geschäfts in allen wesentlichen Beziehungen vor sich zu gehen. Zu dieser Abwickelung gehört auch die Minderung des Kaufpreises. Eine Vereinbarung über den Erfüllungsort des Käufers ist hierfür belanglos. **b**) Dagegen PosMSchr. **11** 102 (Posen). Bei der Minderungs- und Schadensersatzklage ist die streitige Verpflichtung die Vertragserfüllungspflicht. Zuständig ist also das Gericht des Ortes, wo der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses — des Vertrags — seinen Wohnsitz hatte.

4. Klage auf Rückgewähr nach erfolgtem Rücktritte. ElsLothJZ. **11** 252 (Colmar).. Für die Klage auf Erfüllung der aus einer Rücktrittserklärung sich ergebenden Verpflichtungen: der Rücknahme der vom Beklagten gemachten Lieferung und der Rückgabe der klägerischerseits erfolgten Leistung ist

das Gericht des Erfüllungsortes, d. h. bei der Untrennbarkeit der beiden Verpflichtungen, hier des Wohnsitzes des Klägers zuständig.

5. Gerichtsstand des Erfüllungsorts für den Anspruch des Indossatars gegen den Wechselakzeptanten. OLG. Dresden JDR. **9** Nr. 3 jetzt auch SächsOLG. **32** 242.

6. Honoraranspruch des Verteidigers. OLG. **23** 85 (Hamburg). Gerichtsstand für die Honorarforderung des hamburgischen Verteidigers gegen den Berliner Klienten ist Berlin. Wenn auch der Anwalt seine Tätigkeit im wesentlichen in Hamburg erfüllen mußte, so folgt daraus nichts für die Geldleistungspflicht des Klienten. — Jedoch Vereinbarung des Gerichtsstandes in der Unterzeichnung des Vollmachtsformulars zu erblicken.

7. Vereinbarung des Erfüllungsorts und des Gerichtsstandes. **a**) Vgl. oben BGB. § 269 Nr. III 1 und 2. **b**) SeuffA. **66** 351 (Dresden). Auslegung einer Schlußscheinklausel: „Erfüllungsort und Gerichtsstand X.", wenn die Worte „und Gerichtsstand" durchstrichen sind. Die Durchstreichung bringt nicht den Willen zum erkennbaren Ausdrucke, daß X. als Gerichtsstand des Erfüllungsorts ausgeschlossen sein sollte. Vielmehr kann darin, da besondere Umstände nicht geltend gemacht sind, nur der Ausdruck des Willens gefunden werden, daß alles das gelten solle, was gelten würde, wenn in dem in Betracht kommenden Satze der Bedingungen von vornherein nur gestanden hätte: „Erfüllungsort X.". Die Beklagte hat auch selbst gar nicht geltend gemacht, sie habe mit der Durchstreichung zum Ausdrucke bringen wollen, daß X. als Gerichtsstand des Erfüllungsorts ausgeschlossen sei. Vielmehr hat sie die Unverbindlichkeit der Bestimmung daraus hergeleitet, daß bei der mündlichen Abmachung über den Erfüllungsort nicht gesprochen worden sei. **c**) Vereinbarung in Staatsverträgen. OLG. **23** 86 (Braunschweig). Vereinbarung des Gerichtsstandes durch Erklärung im Staatsvertrage vom 27./30. Juni 1884 Art. V Nr. 4 hinsichtlich aller Entschädigungsansprüche, welche aus Anlaß des Bahnbetriebs erhoben werden. Diese öffentliche Zusage bildet einen Teil des zwischen den Parteien geschlossenen Frachtvertrags.

§ 31. OLG. **23** 83 (München). Vermögensverwaltung des § 31 ist auch die Verwaltung eines Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker.

§ 32. 1. Genügt die Behauptung einer unerlaubten Handlung? OLG. Dresden JDR. **9** Nr. 1 b jetzt auch SächsOLG. **32** 243.

2. SeuffA. **66** 421 (München). Für die Unterlassungsklage wegen beleidigender Zeitungsartikel am Orte der Verbreitung der Zeitung ist § 32 gegeben.

3. SeuffA. **65** 335. SächsOLG. **32** 243 (Dresden). Für die Klage auf Widerruf einer unwahren Auskunft ist der Gerichtsstand des § 32 gegeben.

4. SächsRpflA. **11** 180 (Dresden). Verschulden bei Eingehung eines Vertrags (§§ 823 Abs. 2, 826, 249, 124 Abs. 1 BGB.) ist eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 32.

§ 33. 1. BadRpr. **11** 1 (Karlsruhe). Wird eine und dieselbe Gegenforderung sowohl zur Aufrechnung wie hinsichtlich des überschießenden Betrags zur Widerklage benutzt, so steht letztere mit den vorgebrachten Verteidigungsmitteln im Zusammenhange. Da ferner die Aufrechnung rechtlich zulässig ist, so darf darauf, ob diese Gegenforderung tatsächlich und rechtlich begründet ist, bei der Prüfung der prozessualen Zulässigkeit der Widerklage nicht eingegangen werden.

2. OLG. **23** 84 (KG.). Im Nachverfahren des § 302 ist eine Widerklage unzulässig. Das Vorbehaltsurteil ist unter der einen Bedingung erlassen, daß die vorbehaltene Aufrechnung nicht durchgreift. Der Richter kann also nur das Urteil aufrechterhalten oder die Klage abweisen. Für eine Widerklage ist kein Raum. Auch eine Heilung nach § 295 ist ausgeschlossen. ➵ In Anm. 1 aaO. wird auf die Bedenklichkeit der Entscheidung hingewiesen. Red. ⇠

§ 34. SächsRpflA **11** 224 (LG. Freiberg). Ist der Rechtsstreit, für dessen Führung der Anwalt seine Gebühren einklagt, gemäß § 505 verwiesen worden, so ist für die Klage des Anwalts das erste Gericht insoweit zuständig, als die Kosten vor der Überweisung entstanden sind.

§ 36 Nr. 3. Literatur: Eger, Zur Auslegung des § 36 Nr. 3 ZPO., BayRpflZ. **11** 398—399. — Langenbach, Eine Lücke in der Zivilprozeßordnung, JW. **11** 615—616.

1. JW. **11** 615 (KG.). § 36 Nr. 3 ist im Beweissicherungsverfahren nicht anwendbar.

2. Eger, BayRpflZ. **11** 398—399. Werden zwei Personen gemeinschaftlich verklagt in einem Gerichtsstande, der nur für den einen Beklagten besteht, so darf die Klage auch gegen diesen nicht gemäß § 36 Nr. 3 abgewiesen werden. Der Kläger braucht von der Rechtswohltat dieser Bestimmung keinen Gebrauch zu machen.

Dritter Titel. Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte.

§ 38. 1. **RG.** JW. **11** 49, WarnE. **11** 56, LeipzZ. **11** 144. Bei der Prüfung der Frage, ob ausschließliche Zuständigkeit vereinbart ist, hat der Richter nicht nur den Inhalt der Vertragsurkunde selbst, sondern auch nicht aus der Urkunde ersichtliche Umstände, insbesondere den Zweck der Abrede, zu berücksichtigen. Anders für Wechselklagen, JW. **08** 488 Nr. 22.

2. SächsOLG **32** 37 (Dresden). Durch die Vereinbarung des Erfüllungsorts als Gerichtsstand wird nur ausnahmsweise ein ausschließlicher Gerichtsstand bestimmt (vorliegend verneint).

Vierter Titel. Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen.

§ 42. R. **11** Nr. 3500 (Naumburg). Grund zur Ablehnung gibt der Richter, der das Gebaren des Beklagten als eine offensichtlich betrügerische Schiebung bezeichnet.

§ 45. Ablehnung nach Verkündung des Urteils. a) DJZ. **11** 94, R. **11** Nr. 2594 (KG.). Nach Verkündung des Urteils kann eine Entscheidung über die Berechtigung eines Ablehnungsgesuchs nur noch durch Einlegung des ordentlichen Rechtsmittels gegen das Urteil herbeigeführt werden. b) Nach Erlaß des 2. Versäumnisurteils. OLG. **23** 89, SeuffBl. **11** 215, R. **11** Nr. 2175, 2176 (München). Da das zweite Versäumnisurteil zur Zeit der Anbringung des Gesuchs bereits erlassen, für eine weitere Tätigkeit des Gerichts somit kein Raum mehr war und die in die Zeit vor Anbringung des Gesuchs fallenden Handlungen des Gerichts durch die Ablehnung nicht berührt werden, so war die Ablehnung gegenstandslos, mithin unbegründet. Auch ist weder Berufung (§ 513 Abs. 2) noch Nichtigkeitsklage (§ 579 Nr. 3) begründet.

§ 49. Mitwirkung eines ausgeschlossenen Gerichtsschreibers (Generalsubstituten). OLG. Dresden JDR. **9** Nr. 1 u. 2 jetzt auch OLG. **23** 159.

Zweiter Abschnitt. Parteien.

Erster Titel. Parteifähigkeit. Prozeßfähigkeit.

Vor § 50. Literatur: Hellwig (Hans), Ermächtigung zur Prozeßführung über fremde Rechte im eigenen Namen, GruchotsBeitr. 55 607—625.

Zulässigkeit einer Ermächtigung zur prozessualen Geltendmachung eines Rechtes des Ermächtigenden durch den Ermächtigten im eigenen Namen und auf eigene Gefahr und Kosten. a) **RG.** V. 27. 4. 10, **73** 306, JW. **10** 657, SeuffA. **66** 41, R. **10** Nr. 2220. Die Zulässigkeit einer solchen Ermächtigung ist vom RG. sowohl nach früherem wie nach jetzigem Rechte wiederholt anerkannt worden (GruchotsBeitr.

35 1014, **RG. 10** 48, **53** 275, 411), sie ergibt sich aus dem Grundsatze der Vertragsfreiheit und wird durch Gesetzesbestimmungen wie §§ 1282 BGB., 835, 836, ZPO., 185 BGB. bestätigt. (Demgemäß bejahte RG. die Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage des hierzu Ermächtigten, vgl. JDR. **9** § 256 Nr. IV 3). **b)** Hierzu *Hellwig (Hans), GruchotsBeitr. **55** 607—625. Die Entsch. **RG. 73** 306 (oben a) erklärt ganz allgemein eine Ermächtigung zur Geltendmachung fremder Rechte durch den Ermächtigten im Prozeßweg (im konkreten Falle durch negative Feststellungsklage) im eigenen Namen und auf eigene Gefahr und Kosten für zulässig. Die Begründung dieses Satzes aus der Vertragsfreiheit (im Prozesse?), aus § 185 BGB. und aus § 1282 BGB., §§ 835, 836 ZPO. erscheint unzulässig. Wenn das RG. auch von den praktischen Bedenken, die dem Grundsatze seiner Entscheidung entgegenstehen, das aus der Begrenzung der Rechtskraft Herzuleitende beseitigt, indem es den (für das geltende Recht bestrittenen) Grundsatz, daß sententia consentienti obest, schlechthin anerkannte und damit die Wirkungen der Rechtskraft auch auf den Ermächtigenden (den Rechtsinhaber) erstreckt, so bleiben doch andere Bedenken, insbesondere hinsichtlich der Parteieide und der Prozeßkostenpflicht, bestehen. Sie führen zu der Einschränkung, daß dem Ermächtigten die Prozeßführung (zur Sache selbst) nur dann gestattet werden darf, wenn derjenige, gegen den sich das geltend gemachte Recht und der Prozeß richten, keinen Widerspruch erhebt.

§ 50. I. Reedereien. OLG. **23** 90 β, HansGZ. **11** Hptbl. 169 (Hamburg). Eine Reederei kann verklagt werden. Durch die Reederei entsteht ein Vermögen. Wem die Vermögensrechte zustehen, ist streitig. In jedem Falle genügt die Bezeichnung „Reederei" in der Klage dem § 253 (vgl. § 253 Nr. I 2 und § 171 Nr. 2).

II. Kreissparkassen. OLG. **23** 90 (Königsberg). Eine Kreissparkasse besitzt — mangels besonderer Verleihung — keine selbständige Rechtspersönlichkeit. Doch ist eine unter dem Namen der Kasse erhobene Klage als von der betreffenden Kommune erhoben anzusehen. Die Klage ist demgemäß zu berichtigen.

III. Abs. 2. Parteifähigkeit ohne Rechtsfähigkeit. 1. Der Begriff des nicht rechtsfähigen Vereins. **RG.** VII. 25. 10. 10, **74** 371. Er ist eine dauernde Verbindung einer größeren Anzahl von Personen zur Erreichung eines ihnen gemeinsamen Zweckes, die sich eine die wesentlichen Merkmale korporativer Organisation enthaltende Gestaltung gegeben hat, einen Gesamtnamen führt und bei der ein Wechsel im Mitgliederbestande stattfindet, nnd zwar nicht vermöge besonderen Ausnahmerechts, sondern naturgemäß infolge des Wesens der Vereinigung (**RG.** VI. **60** 94, 99, **RG.** I SeuffA. **62** 129, HoldhMSchr. **07** 45). Kein Merkmal des nicht rechtsfähigen Vereins ist die ausdrückliche statutarische Beschränkung der persönlichen Haftbarkeit der Vereinsmitglieder auf das Vereinsvermögen.

2. Freie evangelische Gemeinden in Preußen. **RG.** IV. WarnE. **11** 96. Die freien evangelischen Gemeinden sind in Preußen mangels eines besonderen Gesetzes, das ihnen die Korporationsrechte verleiht, nicht rechtsfähig, aber parteifähig. Sie sind erlaubte Privatgesellschaften im Sinne der §§ 1, 11 ff. II. 6 ALR. und „geduldete Kirchengesellschaften" im Sinne der §§ 20 ff. II. 11 ALR. (vgl. Art. 12 PrVerfU.).

3. Die Buchdruckertarifgemeinschaft. **RG.** I. 22. 3. 11, **76** 25, JW. **11** 546 Nr. 27, GewuKfmG. **16** 371, DJZ. **11** 985. Die Tarifgemeinschaft der deutschen Buchdrucker ist ein nicht rechtsfähiger Verein und daher passiv parteifähig (vgl. § 51 Nr. 1).

4. Freie Studentenschaften. OLG. **23** 161 (Breslau). Die Vertretung der freien Studentenschaft ist kein „nicht rechtsfähiger Verein".

§ 51. 1. Buchdruckertarifgemeinschaft. **RG.** I. 22. 3. 11, **76** 25, JW. **11** 546 Nr. 27, GewuKfmG. **16** 371, DJZ. **11** 985. Die gesetzliche Vertretung

der Tarifgemeinschaft der deutschen Buchdrucker (vgl. § 50 III 3) ist das Tarifamt (§ 86 des Tarifs).

2. Vertretung des Reichspostfiskus s. § 18 Nr. 1.

§ 56. 1. Nachweis der Legitimation des Testamentsvollstreckers. **RG.** VI. JDR. **9** Nr. 1 jetzt auch SeuffBl. **11** 356.

2. OLG. **23** 100 (KG.). Zwei Anwälte, welche zu Testamentsvollstreckern mit der Maßgabe ernannt sind, daß sie nur gemeinschaftlich handeln dürfen, sind als Bevollmächtigte des Erblassers (§ 557 I. 12 ALR.) und, wenn sie gemeinschaftlich auf Grund übereinstimmenden Willensentschlusses einen zum Nachlasse gehörigen Anspruch klagend verfolgen, als eine einheitliche Partei, nicht als Streitgenossen anzusehen. Wenn beide auftreten, braucht die unterliegende Partei daher die Kosten nur insoweit zu erstatten, als sie die Kosten eines Anwalts nicht übersteigen.

3. Abwesenheitspflegschaft. a) **RG.** IV. WarnE. **11** 94 Nr. 88. Ohne Einfluß auf die Wirksamkeit der von dem Abwesenheitspfleger vorgenommenen Prozeßhandlungen (Klage usw.) ist der Umstand, daß sich herausstellt, daß der Abwesende schon beim Beginne des Rechtsstreits tot war. b) Vgl. ebenso **RG.** IV. R. **11** Nr. 529.

4. **RG.** I. R. **11** Nr. 168. Für die Zulässigkeit der Prozeßhandlungen für einen verklagten nicht rechtsfähigen Verein genügt es, wenn bis zur gerichtlichen Nachprüfung die Genehmigung der Generalversammlung oder der bestellten gesetzlichen Vertreter beigebracht wird.

5. Vertretung des Reichspostfiskus s. § 18 Nr. 1.

6. *Schultz, Das Verhältnis der Vollstreckungsbeschwerde des § 766 ZPO. zu der sofortigen Beschwerde des § 793 ZPO. (Berlin 1911, Vahlen). Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit muß sowohl auf seiten des Gläubigers als auch des Schuldners vorhanden sein. Ihr Mangel ist nach § 56 von Amts wegen zu beachten, d. h. jede trotzdem vorgenommene Vollstreckungshandlung ist nichtig. Dieser Mangel kann vom Schuldner und jedem ein „rechtliches Interesse" nachweisenden Dritten mit der Vollstreckungsbeschwerde geltend gemacht werden (265/269).

Zweiter Titel. Streitgenossenschaft.

§ 59. 1. Der Streitgenosse als Zeuge? Vgl. § 373 Nr. III 2.

2. Mehrere Anwälte als Testamentsvollstrecker. OLG. **23** 100 (KG.). Zwei Anwälte, die als testamentarisch bestellte Testamentsvollstrecker nur gemeinschaftlich handeln dürfen, sind nach § 557 I. 12 ALR. als Bevollmächtigte des Erblassers und, wenn sie gemeinschaftlich auf Grund übereinstimmenden Willensentschlusses einen zum Nachlasse gehörigen Anspruch klagend verfolgen, als eine einheitliche Partei, nicht als Streitgenossen anzusehen. Die unterliegende Partei braucht daher die Kosten nur insoweit zu erstatten, als sie die Kosten eines Anwalts nicht übersteigen.

3. ElsLothJZ. **11** 127 (Colmar). Die Rechtskraft eines Urteils, das zwischen zwei Parteien ergangen ist, von denen die eine aus mehreren — selbst notwendigen — Streitgenossen besteht, berührt nicht die Rechtsbeziehungen unter den Streitgenossen selbst.

§ 61. **RG.** VII. R. **11** Nr. 1771. Die Abweisung der Klage gegen den Beamten wegen primärer Haftung der von ihm vertretenen Stadtgemeinde (§ 839 Abs. 3 BGB.) setzt die Haftungsfeststellung der Gemeinde voraus; sind beide in einer Klage in Anspruch genommen, so muß die Feststellung gegen beide erfolgen.

§ 62. 1. Zum Begriffe der notwendigen Streitgenossenschaft. **RG.** VI. 75 26, JW. **11** 101, R. **11** Nr. 356. Nach § 62 sind zwar notwendige Streitgenossen unter anderen solche, denen gegenüber das streitige Rechtsverhältnis nur einheitlich festgestellt werden kann; nicht aber steht

im § 62, daß allen Arten von notwendigen Streitgenossen gegenüber nur eine solche einheitliche Feststellung möglich sei.

2. Miterben. a) Aktiv. **RG.** VI. **75** 26, JW. **11** 101. Keine notwendige Streitgenossenschaft zwischen Erben, von denen einige bereits eine Feststellungsklage gegen den Erbschaftsschuldner mit Erfolg durchgeführt haben und jetzt aus diesem Urteile klagen, während die anderen gleichzeitig auf Grund der ursprünglichen causa (Darlehen) klagen. Da die ersteren vor allem aus ihrem rechtskräftigen Feststellungsurteile klagen, bedürfen sie des gemeinschaftlichen Klagegrundes (des Darlehns) gar nicht. Es ist eine seltsame Idee des Beklagten, daß sie den so begründeten Anspruch, den sie zweifellos geltend machen könnten, wenn sie allein klagten, dadurch eingebüßt haben sollten, daß mit ihnen zusammen noch andere Kläger, auf einen anderen Klagegrund gestützt, den gleichen Klaganspruch erhoben haben. b) Passiv. Klage des Vermächtnisnehmers. RheinA. **108** I 214 (Cöln). Die Klage auf Erfüllung des Vermächtnisses kann gegen jeden der Miterben mit der sich aus § 2059 BGB. ergebenden Beschränkung erhoben werden. Eine notwendige Streitgenossenschaft in dem Sinne, daß die Klage gegen alle Erben oder alle Miterben erhoben werden müsse, liegt nicht vor. Das Gegenteil kann auch nicht aus §§ 2033 ff. BGB. gefolgert werden. Denn das gegen den einzelnen Miterben ergehende Urteil stellt lediglich dessen obligatorische Verpflichtung zur Erfüllung des Vermächtnisses fest; die Rechte der gesamten Erben „an den einzelnen Nachlaßgegenständen" werden dagegen durch ein solches Urteil, auch wenn das Vermächtnis wie hier einen bestimmten Nachlaßgegenstand betrifft, an sich noch nicht berührt. Erst die Vollstreckung eines derartigen Urteils wirkt wie eine rechtsgeschäftliche Verfügung im Sinne des § 2033 Abs. 2 BGB. Deshalb besteht für die Zwangsvollstreckung allerdings gemäß § 747 ZPO. eine notwendige Streitgenossenschaft.

3. Einseitige Feststellung. **RG.** VII. JW. **11** 813, R. **11** Nr. 3501. Die Frage, ob die Holzberechtigungen auch nach dem Vergleich und nach dem Rezesse noch Bürgervermögen geblieben oder ob sie dadurch in Rechte privater Natur umgewandelt worden sind, kann allen Beteiligten gegenüber nur einheitlich entschieden werden. Denn derselbe Vertrag kann in demselben Ablösungsverfahren unter sonst gleichen Verhältnissen nicht dem einen Streitgenossen gegenüber als ein öffentlich-rechtlicher und dem anderen gegenüber als ein privatrechtlicher angesehen werden.

4. **RG.** VI. R. **11** Nr. 1772. Gläubiger und Schuldner sind auch dann nicht notwendige Streitgenossen, wenn sie gemeinsam mittels Hauptintervention vom Bürgen (im Verlauf eines Verteilungsstreits) belangt werden.

5. Vergleichsabschluß. *Simon, Die Lehre vom Prozeßvergleiche nach geltendem Rechte. (52 ff.): Die Befugnis zur Herbeiführung eines Prozeßvergleichs muß jeden notwendigen Streitgenossen, allerdings mit Beschränkung der prozessualen Wirkungen auf ihn, zugesprochen werden. (55 f.): Die Vertretungsbefugnis der erschienenen Streitgenossen bezieht sich nicht auch auf die Legitimation zur Herbeiführung eines Prozeßvergleichs. Ein von den erschienenen Streitgenossen herbeigeführter Prozeßvergleich bleibt den säumigen gegenüber prozessual wirkungslos und hat für sie nicht Prozeßbeendigung zur Folge.

6. OLG. **23** 94 (KG.). In Ansehung der Urteilszustellung gilt § 62 nicht. Die Zulässigkeit des Rechtsmittels ist jedem Streitgenossen gegenüber selbständig zu prüfen.

Dritter Titel. Beteiligung Dritter am Rechtsstreite.

Vorbemerkung: Hingewiesen sei auf die praktisch wichtige und beifallswerte Entscheidung des RG. über die Verbindung der Nebenintervention mit der Berufung (§ 66 Nr. III 1a). Im Anschluß an v. Seuffert wird die Verbindung nach wie vor für

zulässig erklärt. Es ist dies einer der Fälle, wo nur freieste Auslegung über den durch die Novellenflickarbeit geschaffenen Zwiespalt hinweghelfen kann.

Literatur: Johannssen, Eine Lücke in der Zivilprozeßnovelle, R. **11** 68. — Meyer, Zu §§ 66, 70 R. **11** 191. — v. Seuffert, Zulässigkeit der Nebenintervention in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels, DJZ. **11** 463—464.

§ 66. I. Der Nebenintervenient muß ein „Dritter" sein. 1. Der Gemeinschuldner in Anfechtungsprozessen. SeuffA. **66** 36, R. **11** Nr. 530, DJZ. **11** 544 (Braunschweig). Der Gemeinschuldner kann in Anfechtungsprozessen auch dem Konkursverwalter als Nebenintervenient beitreten, aber nicht als Zeuge vernommen werden. Die Nebenintervention ist eine streitgenössische im Sinne von § 69.

2. Nebenintervention im Falle einer Sonderrechtsnachfolge. OLG. **23** 95 (KG.). Durch die Übertragung der Aktiven und Passiven der Klägerin, einer Aktiengesellschaft in Liquidation, auf die offene Handelsgesellschaft X. ist nur eine Sonderrechtsnachfolge eingetreten, ohne daß die Klägerin ihre Partei- oder Prozeßfähigkeit verloren hat. Da sich der Beklagte mit dem Eintritte von X. an Stelle der Klägerin in den Prozeß als Hauptpartei nicht einverstanden erklärt hat (§ 265), war X. berechtigt, als Nebenintervenientin beizutreten. Die Eintragung der Beendigung der Liquidation und der Löschung der Firma der Klägerin im Handelsregister ist bedeutungslos und nicht geeignet, die wirkliche Sachlage zu ändern.

II. Rechtliches oder nur tatsächliches Interesse? 1. Allgemein. SächsOLG. **32** 40, OLG. **23** 162 (Dresden). Rechtliches Interesse liegt vor, sofern die Entscheidung, wenn sie in einem gewissen Sinne ausfällt, für das Verhältnis des Nebenintervenienten zur Hauptpartei von rechtlicher Bedeutung ist, z. B. wenn eine der Hauptpartei günstige Entscheidung den Nebenintervenient gegen deren Ansprüche sicherstellt.

2. In Schadensersatzprozessen. **RG.** VI. 28. 10. 11, **77** 360, JW. **12** 41, R. **11** Nr. 3921. Ein rechtliches Interesse ist auch dann begründet, wenn der Beitretende als selbständiger Verursacher desselben Schadens in Betracht kommt, auf dessen Ersatz zunächst ein anderer verklagt ist. Ebenso der neueren Rechtsprechung des RG. in diesem Sinne folgend, jetzt auch Gaupp-Stein (10) § 66 Note III. Vgl. ebenso unten § 72 Nr. 1.

3. R. **11** Nr. 2177 (KG.). Erhebt nach Einleitung der Zwangsverwaltung ein Dritter gegen den Zwangsverwalter Klage auf Herauszahlung eingezogener Mieten, weil er sie vor Einleitung der Zwangsverwaltung durch Abtretungserklärung des Grundstückseigentümers erworben habe, so ist in dem Rechtsstreit ein Hypothekengläubiger, welcher dem Zwangsverwalter als Nebenintervenient beigetreten ist, als solcher zuzulassen. Wenn auch das zwischen den Parteien ergehende Urteil keine Rechtskraft zwischen dem Kläger und dem Hypothekare schafft, so hat er doch insofern ein rechtliches Interesse, als das Urteil die Mieten möglicherweise seiner Vollstreckung entzieht.

4. Nur tatsächliches Interesse. OLG. **23** 96, HansGZ. **11** Beibl. 147, R. **11** Nr. 1773 (Hamburg). Der Tierhalter, dessen Pferd im Stalle des Beklagten das Pferd des Klägers gebissen hat, hat kein rechtliches Interesse, dem Beklagten, der wegen mangelhaft erfüllten Mietvertrags haftet, beizutreten. Denn die Tierhalterhaftung ist von der Vertragshaftung des Beklagten völlig unabhängig. Beide Haftungsverhältnisse stehen in keiner Wechselwirkung zueinander.

III. Abs. 2. Form des Beitritts. 1. Kann die Nebenintervention mit der Einlegung der Berufung usw. verbunden werden? a) Bejaht von **RG.** VI. 12. 4. 11, **76** 166, JW. **11** 590 Nr. 38, PosMSchr. **11** 80, R. **11** Nr. 2178. Die Verbindung der Nebenintervention mit

der Einlegung eines Rechtsmittels und des Einspruchs ist auch seit den durch die Novellen von 1905 und 1909 eingetretenen Änderungen der ZPO. zulässig. Die Worte „in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels" sind nicht zu eng auszulegen. Der einheitliche Akt der Erhebung der Nebenintervention durch Einlegung eines Rechtsmittels (Mot. 86) ist in der Einreichung und der demnächstigen Zustellung des betreffenden Schriftsatzes zu finden. Die Notfrist wird durch rechtzeitige Einreichung des Schriftsatzes gewahrt. Für die Zurückbeziehung findet sich eine Analogie im § 496 Abs. 3 und im § 207. **b)** Ebenso **RG.** VI. 18. 9. 11, WarnE. **11** 494, R. **11** Nr. 3502. **c)** Ebenso OLG. **23** 161, 162 (Posen). Die Beitrittserklärung des Nebenintervenienten kann auch nach den veränderten Vorschriften mit der Berufungseinlegung verbunden werden. **d)** Ebenso v. Seuffert, DJZ. **11** 463—464. Gegen Stein (10) § 66 Note II 1, § 70 Note 1 ist Verbindung der Nebenintervention mit der Einlegung des Rechtsmittels aus praktischen Gründen für zulässig zu erachten. **e)** Ebenso Meyer, R. **11** 191. Beitritt und Berufung können trotz der Novelle verbunden werden. **f)** Dagegen Johannsen, R. **11** 68. Das Bestehenbleiben der Bestimmung des § 66 Abs. 2 ist widersinnig. Der Beitritt des Nebenintervenienten muß nach wie vor durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgen und kann nicht mehr mit der Berufungseinlegung verbunden werden.

2. OLG. **23** 97 γ (KG.). Erfolgt der Beitritt des Nebenintervenienten in der Zeit zwischen der Zustellung des erstinstanzlichen Urteils und der Einlegung der Berufung, so braucht der Beitritt nicht durch einen beim OLG. zugelassenen Anwalt zu erfolgen.

IV. Streitwert für die Nebenintervention s. § 3 Nr. II 2.

§ 67. 1. Begründung der Revision durch den Nebenintervenienten. **RG.** V. 11. 1. 11, JW. **11** 223, WarnE. **11** 144, LeipzZ. **11** 298 Nr. 23, R. **11** Nr. 3527. Der Nebenintervenient kann mit Wirkung für die Hauptpartei sowohl die von dieser als auch die für diese von ihm eingelegte Revision begründen. Eine Handlung oder Erklärung des Beklagten (der Hauptpartei), mit der die Revisionsbegründung in Widerspruch stände, ist nicht ersichtlich. Ein solcher Widerspruch ergibt sich namentlich nicht daraus, daß der Beklagte die Revisionsbegründungsfrist nicht durch eine eigene Revisionsbegründung gewahrt hat.

2. Stellung des Aussetzungsantrags durch den Nebenintervenienten? **RG.** IV. JW. **11** 99 Nr. 26, WarnE. **11** 94 Nr. 88. Der Nebenintervenient ist nicht befugt, im Falle des § 246 den Aussetzungsantrag zu stellen; denn dieses Antragsrecht steht nur dem Prozeßbevollmächtigten der Hauptpartei, nicht ihr selber zu; die Befugnis des Nebenintervenienten reicht aber nicht weiter als die eigene Befugnis der Hauptpartei.

3. OLG **23** 98 (Hamburg). Die Hauptpartei hat erklärt, sie wolle nichts sagen, was dem Briefwechsel zwischen ihr und dem Kläger widerspreche. Da sich die in ihren Briefen abgegebenen Erklärungen nicht anders verstehen lassen, als daß sie sich einer Klage gegenüber überhaupt nicht auf Verjährung berufen wolle, so setzt sich der Nebenintervenient durch die Erhebung der Verjährungseinrede mit ihr in Widerspruch.

§ 68. 1. Nur die wesentlichen Urteilsgrundlagen des Vorprozesses binden den Nebenintervenienten. **RG.** V. JW. **11** 767, R. **11** Nr. 3503. Dem Nebenintervenienten können im späteren Prozesse niemals solche Feststellungen des Vorprozeßurteils als bindend entgegengehalten werden, die nicht zu den wesentlichen Grundlagen der Vorprozeßentscheidung gehören und auf denen sonach die getroffene Entscheidung überhaupt nicht beruht. Die Probe darauf, ob eine gewisse Feststellung im späteren Prozesse noch als maßgebend zu erachten ist oder nicht, liegt daher auch in der Frage, ob die Feststellung

zur Begründung der Entscheidung notwendig war oder ob das Gegenteil der Fall. Da vorliegend die außerordentliche Kündigung nach § 542 BGB. im Vorprozesse deshalb als gerechtfertigt erachtet worden war, weil der Mieter nach dem Vertrage ein „absolut ruhiges Schlafzimmer“ zu verlangen hatte, so gehört die fernere Feststellung, daß die Geräuschimmissionen das Maß des Erträglichen überschritten hätten, nicht zu den notwendigen Voraussetzungen der Vorentscheidung. Diese Frage, ob die Immissionen auch im nachbarrechtlichen Sinne widerrechtlich waren, ist jetzt neu zu prüfen.

2. OLG. **23** 99, PosMSchr. **11** 8, R. **11** Nr. 1590 (Königsberg). Die Rechtskraft wirkt nur gegen den Streitverkündeten und zu dessen Ungunsten, nicht aber gegen den Streitverkünder und zu dessen Ungunsten.

§ 69. Der Gemeinschuldner als streitgenössischer Nebenintervenient des Konkursverwalters in Anfechtungsprozessen vgl. § 66 Nr. I 1.

§ 71. Kosten der Nebenintervention s. § 101 Nr. I.

§ 72. 1. Streitverkündung in Schadensersatzprozessen. **RG.** VI. 28. 10. 11, **77** 360, JW. **12** 41, R. **11** Nr. 3921. § 72 trifft auch dann zu, wenn der Streitverkündungsgegner als selbständiger Verursacher desselben Schadens in Betracht kommt, auf dessen Ersatz zunächst ein anderer verklagt ist. Ebenso, der neueren Rechtsprechung des RG. in diesem Sinne folgend, jetzt auch Gaupp-Stein (10) § 72 Note III 2 a. Vgl. ebenso oben § 66 Nr. II 2.

2. HansGZ. **11** Hptbl. 273 (LG. und OLG. Hamburg). Das OLG. Hamburg gibt die JDR. **8** Nr. 2 mitgeteilte Auffassung wieder auf und kehrt zu der früheren Anschauung (HansGZ. **06** Hptbl. 301) zurück. Dementsprechend wurde die Streitverkündung als Verjährungsunterbrechung in folgendem Falle anerkannt: Der bei einem Schiffszusammenstoße Beschädigte hatte zunächst den entgegenkommenden Schlepper in Anspruch genommen und, da die Schuldfrage ungemein unklar war und diese erst durch den Prozeß geklärt werden konnte, seinem eigenen Schlepper den Streit verkündet.

§ 75. Literatur: Mendelssohn Bartholdy, Über einige zivilrechtliche termini in der Zivilprozeßordnung, RheinZ. **4** 1—55.

1. Mendelssohn Bartholdy. Die Hinterlegung des § 75 ZPO. ist keine Hinterlegung des Schuldners zur Befreiung von seiner Verbindlichkeit, sondern eine Hinterlegung des Beklagten zur Befreiung von der Prozeßführungspflicht und Last. Sie ist nicht nach den §§ 372 ff. BGB. zu beurteilen und vollends nicht nach irgendeinem anderen bürgerlichen Rechte, das vermöge der intertemporalen oder internationalen Rechtsgrundsätze über sie herrschen würde, wenn sie eine zivilistische Hinterlegung an Erfüllungsstatt wäre. Sie ist eine cautio judicatum solvi, steht also nach Voraussetzungen, Form der Vornahme und Wirkungen ausschließlich unter deutschem Prozeßrechte (6—35 Nr. 4—15) [vgl. Allg. Vorbem. A I 1, 710].

2. SchlHolstAnz. **11** 143 (Kiel). Unzulässiges Verfahren nach § 75, da nur die Hauptforderung ohne die Zinsen hinterlegt ist, der Dritte als Nebenintervenient beigetreten ist und das Entlassungsurteil ohne vorherige mündliche Verhandlung der drei Beteiligten ergangen ist.

Vierter Titel. Prozeßbevollmächtigte und Beistände.

§ 78. Literatur: Ermel, Eine Antinomie in der ZPO., DJZ. **11** 924—926. — Hampe, Eine Antinomie in der ZPO.? DJZ. **11** 1380. — Hanau, Eine Antinomie in der ZPO.? DJZ. **11** 1212—1213.

Vollmachtszwang im Anwaltsprozesse? 1. Ermel, DJZ. **11** 924—926. Zwischen § 78 Abs. 1 im Zusammenhalte mit § 88 Abs. 2 einerseits

und § 78 Abs. 2 andererseits besteht eine nicht aufzulösende Antinomie: Anwaltsprozeß ohne Vollmachtszwang — Anwaltsprozeß in der übergroßen Mehrzahl der Fälle mit Vollmachtszwang. Beide Stellen heben sich auf, so daß bei den in Frage kommenden Prozessen weder vollkommene Befreiung vom Vollmachtszwang eintritt — die Freiheit ist ja jetzt schon durch § 88 Abs. 1 eingeengt —, noch eine Verpflichtung des Landgerichts, die Vollmacht einzufordern. Es bleibt daher dem Ermessen des Gerichts überlassen, ob es das Vorhandensein der Vollmacht nachprüfen will oder nicht.

2. Hanau, DJZ. **11** 1212—1213. Eine Antinomie liegt nicht vor, denn § 78 bestimmt den Umfang des Anwaltszwanges, während § 88 Abs. 2 entscheidet, inwieweit der Mangel der Vollmacht von Amts wegen zu berücksichtigen ist. Fraglich ist nur, ob die letztere Bestimmung wörtlich oder einschränkend auszulegen ist. Die Praxis richtet sich regelmäßig nach **RG.** JW. 84 296 Nr. 2, wonach der Anwalt im Anwaltsprozesse so lange als legitimiert angesehen wird, bis der Gegenanwalt den Mangel der Vollmacht rügt.

3. Hampe, DJZ. **11** 1380. Die behauptete Antinomie liegt nicht vor. Aber auch die von Hanau vorgeschlagene einschränkende Auslegung ist nicht erforderlich. Das Gericht ist weder nach § 80 noch nach § 88 Abs. 2 in allen Fällen genötigt, schriftliche Vollmacht zu verlangen. Diese Notwendigkeit liegt nach § 89 nur vor, wenn in einem Nichtanwaltsprozeß ein Endurteil ergehen soll.

§ 80. 1. NaumburgAK. **11** 84 (Naumburg). Die Zustellung des Urteils muß durch den Prozeßbevollmächtigten oder durch einen von diesem oder von der Partei schriftlich Bevollmächtigten erfolgen. Vgl. § 176 Nr. 2.

2. Fortdauer der vom Konkursverwalter erteilten Prozeßvollmacht nach Konkursbeendigung. **RG.** VI. JDR. **9** Nr. 1 b jetzt auch LeipzZ. **11** 153 Nr. 4, SeuffA. **66** 159, BayRpflZ. **11** 85.

§ 81. Literatur: Thon, Prozeßvollmacht und Aufrechnung, DJZ. **11** 1461 bis 1466.

1. Befugnis zur Aufrechnung. *Thon, DJZ. **11** 1461—1466. Die Prozeßvollmacht enthält ihrem gesetzlichen Umfange nach die Ermächtigung zur Abgabe einer Aufrechnungserklärung nicht.

2. Entbindung eines Zeugen von der Schweigepflicht. SeuffA. **66** 332, OLG. **23** 182, SeuffBl. **11** 601, R. **11** Nr. 3216 (München). Die Prozeßvollmacht des Anwalts ermächtigt nicht zur Entbindung eines Zeugen von der Schweigepflicht.

3. Klagerücknahme in der Rechtsmittelinstanz. **RG.** IV. JW. **11** 51. Der erstinstanzliche Anwalt ist zur Klagerücknahme nicht mehr befugt, wenn der Rechtsstreit in der Rechtsmittelinstanz schwebt.

4. Wahrnehmung von Beweisterminen in zweiter Instanz. SeuffA. **66** 39, ThürBl. **57** 145, R. **11** Nr. 532 (Jena). Die Prozeßvollmacht ermächtigt den Anwalt erster Instanz nicht zur Wahrnehmung von Beweisterminen in zweiter Instanz. Erforderlich ist Substitution des zweitinstanzlichen Anwalts oder ein besonderer Parteiauftrag.

5. Kein Substitutionsrecht bei bloßer Terminsvollmacht. **RG.** VII. R. **11** Nr. 2357. Dem Inhaber einer bloßen Terminsvollmacht steht das Substitutionsrecht nicht zu. § 81 setzt voraus, daß eine allgemeine Prozeßvollmacht erteilt ist.

§ 83. OLG. **23** 101 (KG.). Die Beweislast für die Einschränkung der Vollmacht hat der Vertretene.

§ 86. **RG.** JDR. **9** Nr. 1 jetzt auch LeipzZ. **11** 153 Nr. 4, SeuffA. **66** 159, BayRpflZ. **11** 85. Vgl. oben § 80 Nr. 2.

Fünfter Titel. Prozeßkosten.

Vorbemerkung: Aus dem wiederum zahlreichen Materiale zum fünften Titel sei auf § 93 Nr. II 4 a hingewiesen: Nach **RG.** VI läßt sich kein allgemeiner Grundsatz darüber aufstellen, in welcher Weise der Interventionskläger dem Gläubiger die Überzeugung von der Richtigkeit seiner Ansprüche zu verschaffen hat. — Mit dem sofortigen Anerkenntnisse bei Interventionsklagen beschäftigen sich in bemerkenswerter Weise Levin und Krüger (§ 93 Nr. III 2).

§ 91. Literatur: Berolzheimer, Erstattungsfähigkeit der Anwaltskosten bei Wechsel der Anwälte im Mahnverfahren, SeuffBl. **11** 794—795.

I. Erstreckt sich die Beschränkung der Erbenhaftung auch auf Prozeßkosten? a) **RG.** II. JW. **12** 46 Nr. 47, R. **11** Nr. 3923. Auf die Prozeßkosten bezieht sich der Vorbehalt der Haftungsbeschränkung nach § 780 nur insoweit, als sie bereits in der Person des Erblassers entstanden waren. Die Haftung für die Prozeßkosten, und zwar nicht nur dem Gegner, sondern auch dem Fiskus gegenüber, entsteht durch die Prozeßführung als solche und ruht deshalb auf dem ganzen Vermögen der Partei, sollte diese auch in der Hauptsache nur beschränkt haften, z. B. als Erbe nur mit dem Nachlasse. b) Ebenso SeuffA. **66** 280, ThürBl. **58** 36 (Jena). Der Vorbehalt der Beschränkung der Haftung im Urteil erstreckt sich auf die Prozeßkosten nur insoweit, als sie in der Person des Erblassers entstanden waren. Wenn die Erben in Prozessen, die sie selbst geführt haben, zur Tragung der Kosten verurteilt werden, so handelt es sich um Verbindlichkeiten, die sie ohne Einschränkung zu vertreten haben.

II. Kostenpflicht und Kostenurteil (vgl. auch unten § 271 Nr. V). a) NaumburgAK. **11** 55 (Naumburg VI.). Wenn die unterliegende Partei der obsiegenden bereits alle zu erstattenden Kosten — mit Ausnahme der Korrespondenzgebühr — ersetzt hat, ist das Kostenurteil nicht zu erlassen. Es wäre eine unbillige Beschwerung der Partei, wenn sie zunächst verurteilt würde, die Kosten zu tragen und nachher im Kostenfestsetzungsverfahren festgestellt würde, daß der Gegner die Korrespondenzgebühr nicht erstattet verlangen kann. b) Hiergegen NaumburgAK. **11** 55 (Naumburg V.). Das Prozeßgericht hat nur über die Kostenpflicht im allgemeinen zu entscheiden, während die Frage nach den Beträgen der von der einen Partei der anderen zu erstattenden Kosten stets einem nachträglichen Verfahren — dem in §§ 103 ff. geregelten, einfacheren und billigeren Kostenfestsetzungsverfahren — überlassen bleiben muß. Die obsiegende Partei braucht den Titel, um nachträglich entstandene oder vom Gericht eingeforderte oder anfänglich übersehene Kosten festsetzen zu lassen.

III. Erledigung der Hauptsache. 1. Erledigung durch Zufall. Kostenpflichtig derjenige, der das Verfahren nicht mehr durchführen kann. OLG. **23** 101 (Breslau). Bei Erledigung der Hauptsache durch einen von keiner Partei zu vertretenden Umstand hat die Folgen dieses Zufalls derjenige zu tragen, auf dessen Antrag das Verfahren eingeleitet ist; er ist auch als unterliegende Partei anzusehen, da eben infolge Wegfalls des Klaganspruchs zur Zeit der Urteilsfällung eine Verurteilung des Beklagten nicht erfolgen kann. Eine entsprechende Anwendung des § 93 ist unstatthaft.

2. Erledigung der Hauptsache zwischen Einreichung und Zustellung der Klage. OLG. Stuttgart JDR. **9** Nr. II 3 b jetzt auch WürttJ. **23** 153, R. **11** Nr. 2595.

3. Erledigung der Hauptsache oder Klagerücknahme? OLG. Hamburg JDR. **9** Nr. II 6 s. jetzt auch OLG. **23** 153 und unten § 271 Nr. I 4.

4. Versäumnisurteil über die Kosten bei erledigter Hauptsache. Hierüber s. § 330 f. Nr. 4.

IV. Kostenentscheidung bei mehreren teils unterliegenden, teils obsiegenden Streitgenossen s. § 100 Nr. 2 u. 3.

V. Kosten des erfolgreichen Rechtsmittels s. § 97 Nr. 2.

VI. Erstattung von Zinsen für Hinterlegungsgelder und Vorschüsse an Gericht und Anwälte. OLG. **23** 163 Anm. 1, Sächs. OLG **3** 207 (Dresden). Mittels besonderer Klage kann der Kläger Zinsen von der zur Vollziehung einer einstweiligen Verfügung hinterlegten Sicherheit und von den an den Anwalt geleisteten Vorschüssen als Prozeßschaden dann verlangen, wenn sie durch die unerlaubte Handlung des Beklagten verursacht worden sind.

VII. Umfang des Anspruchs. 1. Mehrere Anwälte als Testamentsvollstrecker. OLG. **23** 100 (KG.). Zwei Anwälte, die als testamentarisch bestellte Testamentsvollstrecker nur gemeinschaftlich handeln dürfen, sind nach § 557 I. 12 ALR. als Bevollmächtigte des Erblassers und, wenn sie gemeinschaftlich auf Grund übereinstimmenden Willensentschlusses einen zum Nachlasse gehörigen Anspruch klagend verfolgen, als eine einheitliche Partei, nicht als Streitgenossen anzusehen. Die unterliegende Partei braucht daher die Kosten nur insoweit zu erstatten, als sie die Kosten eines Anwalts nicht übersteigen.

2. Kosten eines ausländischen Korrespondenzanwalts. SeuffA. **66** 334, SeuffBl. **11** 674 (München). Erstattungsfähigkeit der Kosten eines ausländischen Korrespondenzanwalts, den der holländische, der deutschen Sprache leidlich mächtige Kläger zuziehen mußte, um durch ihn die erforderliche Information erteilen zu können. Berechnung nach der ausländischen Gebührenordnung.

3. Wahrnehmung des Sühnetermins in Ehesachen. ElsLothJZ. **11** 356 (Colmar). Reisekosten eines zum Sühnetermin in einer Ehescheidungssache zugezogenen prozeßbevollmächtigten Rechtsanwalts sind von der unterliegenden Partei nicht zu erstatten.

4. Auswärtige Beweistermine. a) Beweisaufnahme im Auslande. OLG. **23** 105 (Hamburg). Da es sich um eine Beweisaufnahme im Auslande handelte, durfte die Partei einen ausländischen Anwalt annehmen, zumal die Kosten des deutschen Prozeßbevollmächtigten, wenn dieser nach Amerika gereist wäre, den Betrag sicherlich überstiegen hätte. Daß die Partei verpflichtet war, den streitigen Betrag ihrem Anwalte zu bezahlen, ist dadurch nachgewiesen, daß der amerikanische Anwalt der Partei seine Rechnung in Höhe des streitigen Betrags übersandt hat und daß nach dem vorgelegten Gutachten des in Berlin ansässigen Counsellor at law die Rechnung dem amerikanischen Rechte entspricht. b) Information und Beeidigung des Sachverständigen. OLG. **23** 106 (Naumburg). Nicht erstattungsfähig sind die Kosten für Termine, welche nicht zur Vernehmung, sondern lediglich zur Vereidigung eines Sachverständigen auf ein erst demnächst von ihm schriftlich zu erstattendes Gutachten bestimmt sind.

5. Inkassogebühr des Anwalts. SeuffA. **66** 114, R. **11** Nr. 2180 (Dresden). In der Regel ist die Inkassogebühr des Anwalts (RAGebO. § 87) für Empfangnahme und Ablieferung der Streitsumme nicht erstattungsfähig.

6. Gebühr für das Armenrechtsgesuch. OLG. **23** 103 (Celle). Die Erstattungsfähigkeit der Gebühr für das Armenrechtsgesuch hängt davon ab, ob die Tätigkeit des Anwalts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war. Dies ist zu verneinen, wenn in erster Instanz das Armenrecht bewilligt und die Berufung vom Gegner eingelegt war.

7. Wechsel der Anwälte im Mahnverfahren. a) Für die Erstattungsfähigkeit der Mehrkosten. α. R. **11** Nr. 1774 (Naumburg). Die doppelte Prozeß- und Pauschgebühr für zwei verschiedene im Mahnverfahren und im nachfolgenden Rechtsstreite beauftragte Rechtsanwälte braucht

der Gegner nicht zu erstatten. β. NaumburgAK. 11 76 (Naumburg). Die Kosten des Amtsgerichtsanwalts für das Mahnverfahren neben den beim Landgericht erwachsenen Kosten sind zu erstatten. Aus § 696 ergibt sich, daß der Gesetzgeber es im Interesse des von ihm begünstigten Mahnverfahrens als die Regel angesehen hat, daß bei Widerspruch des Schuldners der nachfolgende Rechtsstreit ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitobjekts und die sonstigen Zuständigkeitsregeln bei dem Amtsgerichte fortgesetzt wird. Die Kläger konnten und durften daher auch hier mit dem Regelfalle rechnen. Von vornherein einen Landgerichtsanwalt mit der Angelegenheit zu betrauen und schon im Mahngesuche für den Fall des Widerspruchs die Verweisung an das Landgericht zu beantragen, war den Klägern nicht zuzumuten. Zu einem solchen Antrage waren sie wohl befugt aber nicht verpflichtet. Machte der Schuldner von seinem Verweisungsantragsrechte Gebrauch, so tat er es auf seine Gefahr, er mußte sich sagen, daß er die Gläubiger zwang, einen neuen bei dem LG. M. zugelassenen Anwalt als Prozeßbevollmächtigten anzunehmen. γ. JW. 11 1018 (LG. München). Die Mehrkosten, die durch den infolge des Widerspruchs des Beklagten gegen den Zahlungsbefehl erforderlichen Wechsel der Anwälte entstanden sind, sind erstattungsfähig. Der Gläubiger hatte nach Lage der Sache keine Veranlassung, mit der Möglichkeit eines unbegründeten Widerspruchs zu rechnen. δ. Berolzheimer, SeuffBl. 11 794—795. Vgl. unten b γ. b) Gegen die Erstattungsfähigkeit. α. PosMSchr. 11 81 (Posen). Die Mehrkosten, die dadurch entstehen, daß der Kläger wegen eines vor das Landgericht gehörigen Anspruchs zunächst einen Zahlungsbefehl durch einen beim Landgerichte nicht zugelassenen Anwalt erwirkt hat, sind nicht erstattungsfähig. β. OLG. 23 105 (KG.). Nachdem der Schuldner Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl erhoben hat, hat der nur beim AG. zugelassene Prozeßbevollmächtigte des Klägers die Verweisung der Sache an das zuständige LG. beantragt. Dort hat ein bei diesem zugelassener Prozeßbevollmächtigter Versäumnisurteil gegen den Beklagten beantragt und erreicht. Die Mehrkosten, die durch den Wechsel der Anwälte entstanden sind, sind nicht erstattungsfähig. Der Amtsgerichtsanwalt hätte den Schuldner zur Verhandlung vor das AG. laden lassen und hier Versäumnisurteil erwirken müssen. γ. Hiergegen wendet sich Berolzheimer, SeuffBl. 11 794—795. Der Anwalt hätte bei dem AG. gar kein Versäumnisurteil erhalten, denn die Zuständigkeit ist von Amts wegen zu prüfen. Erscheint aber der Beklagte, so würde er Verweisung an das LG. beantragen können. Im übrigen werden dem Beklagten bei sofortiger Verweisung an das LG. $^{8}/_{10}$ der Gebühr erspart.

8. Wechsel der Anwälte im einstweiligen Verfügungsverfahren. SeuffBl. 11 551, R. 11 Nr. 2932 (Dresden). Bei dem Antrag auf einstweilige Verfügung an ein auswärtiges Gericht braucht sich die Partei nicht schon deshalb durch einen dortigen Anwalt vertreten zu lassen, weil im Falle eines Widerspruchs diese Notwendigkeit eintritt.

9. Erstattung der Portokosten für Mahnschreiben. Vgl. hierüber BGB. § 286 Nr. I 2.

10. Gebühren des Laienvertreters in eigenen Prozessen. OLG. 23 103 c (Celle). Der Rechtsagent (Winkelkonsulent, Laienvertreter) hat keinen Anspruch darauf, in eigenen Angelegenheiten Gebühren in einer den Anwaltsgebühren folgenden Form und Höhe zu berechnen. In eigener Sache hat eine solche Partei wie jede andere lediglich Anspruch auf Ersatz der ihr tatsächlich erwachsenen notwendigen Kosten und auf Entschädigung für Zeitversäumnis nur in dem im § 91 vorgesehenen Umfang.

11. Zeitverlust durch Informationserteilung. OLG. 23 102 (Hamburg). Nicht erstattungsfähig sind die Kosten für Zeitverlust der Partei durch mündliche und schriftliche Instruierung des Anwalts.

12. Erstattung von Zinsen für Hinterlegungsgelder und Vorschüsse an Gericht und Anwalt? OLG. **23** 163 Anm. 1, Sächs. OLG. **31** 209 (Dresden). Nicht erstattungsfähig sind die Zinsen derjenigen Kostenbeträge, die der Kläger im Laufe des Rechtsstreits an Anwälte und an das Gericht gezahlt hat. Dagegen als Prozeßschaden mittels besonderer Klage vgl. oben Nr. VI.

13. Notarielle Feststellung der Zahlungsweigerung. OLG. **23** 163 (Hamburg). Nachdem der Beklagte erklärt hatte, daß er auf die Rechnung in der ihm übersandten Form nicht zahlen werde, sondern Streichung eines darauf enthaltenen Vorbehalts fordere, hatte der Kläger keine Veranlassung, die Zahlungsweigerung nochmals durch einen notariellen Protest besonders feststellen zu lassen. Die Kosten hierfür sind nicht erstattungsfähig.

14. Kosten für die Bekanntmachung der Verurteilung wegen unlauteren Wettbewerbes (§ 23 UnlWG.). OLG. **23** 102, LeipzZ. **11** 317 Nr. 7, SeuffA. **66** 199, R. **11** Nr. 2596 (München). Die Bekanntmachung braucht nicht in der Form amtlicher Bekanntmachungen gehalten zu sein. Vielmehr ist der Kläger nach Lage der Sache berechtigt, das Urteil so bekannt zu machen, daß die Aufmerksamkeit der Zeitungsleser mehr erregt wird, als dies gemeinhin bei amtlichen Bekanntmachungen der Fall ist. Hierfür ist ein Betrag von 150 M. notwendig, aber auch genügend.

15. Erstattungsfähige Kosten der Übertragung aus der stenographischen Schrift. OLG. **23** 103, R. **11** Nr. 2179 (Colmar). Wenn auch nicht alle Schriftstücke zur Aufklärung des Sachverhalts oder zum Nachweise des rechtlichen Interesses an der beabsichtigten Feststellung notwendig waren, so ist dies doch bei einem Teile der Schriftstücke der Fall gewesen.

16. Kosten für Abschriften von Aktenstücken. SeuffBl. **11** 677 (Bamberg). Erstattungsfähigkeit der Kosten für Abschriften von Aktenstücken für die den Prozeßbetrieb statt der Partei besorgende Versicherungsgesellschaft mindestens insoweit, als die notwendigen Kosten des ohne das Dazwischentreten der Versicherungsgesellschaft erforderlichen Verkehrs der Prozeßbevollmächtigten mit der Partei selbst nicht überschritten werden.

§ 93. Literatur: Krüger, Die Freigabeerklärung — ein Anerkenntnis? JW. **11** 843—844. — Levin, Zum Begriffe des sofortigen Anerkenntnisses bei Interventionsklagen, JW. **11** 22—26.

I. Allgemeines. Bedeutung und Anwendbarkeit des § 93. 1. Anerkennung einer unbegründeten Klage (s. JDR. **9** Nr. I). OLG. **23** 113 (KG.). Der Beklagte, der den Klaganspruch anerkannt hat, ist nicht gehindert, sich wegen der Kosten auf § 93 zu berufen, da der Klaganspruch nicht schlüssig sei. Das Anerkenntnis bedeutet nur einen Verzicht auf die Verteidigung gegen den Hauptanspruch und beschränkt die Verteidigung hinsichtlich der Kostenlast nicht. — AM. SchlHolstAnz. **10** 57 (Kiel) JDR. **9** § 308.

2. Anerkenntnis auf den abgeänderten Klagantrag. — Wegen der Zulässigkeit der Berufung vgl. § 99 Nr. II 1. — **RG.** V. JW. **11** 987 Nr. 24, WarnE. **11** 495 Nr. 447 in Bestätigung von OLG. **23** 122 (KG.). Wenn der Beklagte den abgeänderten Klagantrag anerkennt, so kommt es darauf an, ob der zweite Antrag ein Verlassen des von vornherein eingeklagten Anspruchs bedeutet oder nur eine den Umständen des Falles angepaßte Umleitung des ursprünglichen Antrags. Letzteres wurde angenommen in einem Falle, wo der Kläger gegen den Nießbraucher ursprünglich Duldung der Zwangsvollstreckung wegen der klägerischen Hypothek beantragt, auf die Entgegnung des Beklagten aber, er habe sich der Aufsicht des Zwangsverwalters freiwillig unterworfen und übe den Nießbrauch nach dessen Anweisung aus, den Antrag gestellt hatte, den Beklagten zu verurteilen, die sich

aus der Verwaltung ergebenden Überschüsse an den Zwangsverwalter abzuführen. Die Kosten wurden daher dem Beklagten auferlegt.

3. Zession. BreslauAK. **11** 81 (Breslau). Der klagende Zessionar kann sich darauf berufen, daß der Beklagte durch sein Verhalten dem Zedenten gegenüber Anlaß zur Klage gegeben habe.

II. Klageveranlassung im einzelnen. 1. Anerkenntnis des vor der Nachlaßtilgung auf Bezahlung einer Nachlaßschuld verklagten Miterben. OLG. **23** 107 (Marienwerder). Der auf Zahlung eines fälligen Darlehens vor der Nachlaßtilgung verklagte beschränkbar haftende Miterbe hat zur Klage Anlaß gegeben. Er war zwar nicht in der Lage, den Kläger mit den Mitteln des Nachlasses zu befriedigen. Das entband ihn jedoch nicht von der Pflicht für die Befriedigung des Klägers zu sorgen, sofern im Nachlasse Mittel dazu vorhanden waren. Er konnte demnach dem Kläger seinen Anteil am Nachlasse zur Befriedigung anbieten und mußte die anderen Miterben zur Mitwirkung an der Befriedigung des Klägers zu veranlassen suchen (§ 2038 BGB.), er hatte äußerstenfalls die Auseinandersetzung zu betreiben, um die Berichtigung der Nachlaßschuld zu erreichen.

2. Geltendmachung der aufschiebenden Einreden des Erben aus §§ 2014, 2015 BGB. RheinA. **108** I 182 (Düsseldorf). Der Erbe, dem die aufschiebenden Einreden aus §§ 2014, 2015 BGB. zustehen, gibt durch deren Gebrauch noch keinen Anlaß zur Klage. Auch der Mangel des Angebots einer vollstreckbaren Urkunde seitens der Erben gibt dem Kläger dann keinen Anlaß zur Klage, wenn er eine solche Urkunde vom Erben nicht verlangt hat.

3. Hypothekenklage. **a**) OLG. Dresden JDR. **8** Nr. I 2 a α, **9** Nr. II 5a jetzt auch SächsOLG. **32** 244. **b**) OLG. **23** 108 γ (KG.). Eine ausreichende Mahnung enthält das Verlangen des Hypothekars, das durch unpünktliche Zinszahlung fällig gewordene Hypothekengrundstück bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu zahlen. Dieses dem Gesetz allerdings nicht genau entsprechende, aber für die dingliche Hypothekenklage übliche Verlangen hat unverkennbar die Bedeutung, daß der Gläubiger die Geltendmachung seines Hypothekenanspruchs mitteilt und Klage androht. Der Eigentümer, der solche Nachricht erhält, weiß ganz genau, worum es sich handelt, und wenn er sich im Hinblick auf die ungenaue Fassung der an sich nicht mißverständlichen Nachricht schweigend verhält, so gibt er dadurch dem Gläubiger berechtigten Anlaß zur Klagerhebung.

4. Interventionsklage. **a**) Kein allgemeiner Grundsatz. **RG.** VI. JW. **11** 978 Nr. 10, LeipzZ. **11** 930 Nr. 29. Es läßt sich keine allgemeine Regel darüber aufstellen, in welcher Weise der intervenierende Dritte dem Gläubiger die Überzeugung von der Richtigkeit seiner Ansprüche zu verschaffen hat. Wegen Verschuldens und Schadensersatzes des Gläubigers s. BGB. § 276 Nr. VI 14. **b**) OLG. **23** 106 (Hamburg). Läßt sich jemand das gesamte Geschäftsinventar oder den vollständigen Haushalt eines anderen verschreiben, so wird die Vorzeigung des Kaufvertrags genügen. Der pfändende Gläubiger kann in solchem Falle nicht verlangen, daß ihm die Identität der einzelnen Gegenstände nachgewiesen werde, anders aber, wenn eine oder mehrere der gepfändeten Sachen auf Grund eines besonderen nur diese Sache oder Sachen betreffenden Vertrags beansprucht werden. Hier muß der Vertrag die Identität der Gegenstände durch nähere Bezeichnung wahrscheinlich machen. **c**) Vgl. auch unten III Nr. 2.

III. Sofortiges Anerkenntnis. 1. Im Laufe des Prozesses. **a**) Nur das Anerkenntnis in der ersten mündlichen Verhandlung, unbedingt und vorbehaltlos, schützt vor Kostenlast. HessRspr. **12** 162 (Darmstadt). Das Anerkenntnis ist nur dann ein sofortiges, wenn es bei der ersten mündlichen Erklärung auf die Klage und jeden-

falls bei der ersten mündlichen Verhandlung in demjenigen Termin unbedingt und vorbehaltlos erfolgt, in welchem der Kläger den Klagantrag gestellt hat. Das sofort nach der Einrede der Klagänderung erklärte Anerkenntnis ist jedenfalls dann kein sofortiges mehr, wenn es nur für den Fall erklärt wird, daß eine Änderung nicht vorliege. Selbst die Geltendmachung einer prozeßhindernden Einrede gewährt nur dann noch Raum für ein sofortiges Anerkenntnis, wenn die Einrede begründet ist. b) Ebenso HessRspr. **11** 162 (LG. Darmstadt). Kein „sofortiges" Anerkenntnis liegt vor, wenn der Beklagte, nachdem der Kläger in der ersten mündlichen Verhandlung den Klagantrag gestellt hat, Vertagung beantragt und in der zweiten mündlichen Verhandlung anerkennt. c) Dagegen: Noch das Anerkenntnis nach erfolgter Beweisaufnahme läßt genügen: OLG. **23** 106/7 (Hamburg). Das Wort „sofort" kann nur bedeuten, daß Beklagter den Widerspruch alsbald aufzuheben hat, wenn die Veranlassung dazu weggefallen ist. Es genügt daher das Anerkenntnis nach erfolgter Beweisaufnahme. d) Ebenso bei Nachholung der Substanziierung. OLG. **23** 107 (München). Kein sofortiges Anerkenntnis liegt vor, wenn der Beklagte es lediglich auf den prozessualen Beweis der von Anfang an genügend substantiierten Klage hätte ankommen lassen: anders aber, wenn der Kläger erst im Prozeßlaufe die Sachdarstellung so gegeben hat, daß sie den Erfordernissen der §§ 253, 771 ZPO. genügte. In solchem Falle muß der Beklagte ebenso kostenlos bleiben, wenn er den Kläger binnen genügender Zwischenzeit nach der Substanziierung klaglos stellt, wie bei vorzeitiger Einklagung einer nichtfälligen Forderung oder bei Klagänderung.

2. Insbesondere bei Interventionsklagen. a) Levin, JW. **11** 22—26. Unrichtig ist die mehrfach vertretene Auffassung, daß dem Pfändungsgläubiger die Berufung auf § 93 auch dann zu gestatten wäre, wenn er es mangels vorheriger Glaubhaftmachung zum Prozesse hat kommen lassen, das Recht des Dritten zunächst bestritten, ihn zum Beweise genötigt und erst nach erfolgter Beweisaufnahme die Freigabe erklärt hat. Zu Unrecht beruft sich diese Meinung auf § 94, dessen Ausnahmevorschrift nicht analog ausgedehnt werden darf. Irrig wird ferner geltend gemacht, daß dem Pfändungsgläubiger ein Anspruch auf Glaubhaftmachung des Widerspruchsrechts zustehe, daß der Intervenient sich der anerkannten Pflicht zur Glaubhaftmachung nicht durch sofortige Klagerhebung entziehen könne, daß der auf gesetzlichem Wege durch Pfändung vorgenommene Eingriff in das Recht des Dritten erst rechtswidrig werde, wenn der pfändende Gläubiger trotz Glaubhaftmachung nicht freigebe. Alle diese Sätze sind — welchen Standpunkt man auch hinsichtlich der rechtlichen Natur der Widerspruchsklage einnimmt — falsch. b) Krüger, JW. **11** 843—844. Die Freigabeerklärung enthält kein Anerkenntnis im prozessualen Sinne. In ihr liegt nur — wie bei der Bezahlung einer Geldschuld im Termin — implicite eine Anerkennung des Klaganspruchs, in der Tat enthält sie weit mehr — die volle Klaglosstellung des Interventionsklägers. Sie enthält die rechtsgeschäftliche Erklärung des Beklagten, daß er sein Vollstreckungspfandrecht aufgebe. Wegen der Kosten ist daher, wie sonst bei Erledigung der Hauptsache, zu entscheiden, ob die Klage bis zu dem sie erledigenden Ereignisse begründet oder rechtsschutzfähig war. Rechtsschutzfähig ist sie aber ohne Glaubhaftmachung nicht.

§ 97. 1. Zurückweisung der Berufung gegen ein Zwischenurteil. HessRspr. **12** 268 (Darmstadt). Wird die Berufung gegen ein gemäß § 304 erlassenes Zwischenurteil zurückgewiesen, so ist zugleich nach § 97 über die Kosten der Berufungsinstanz zu entscheiden.

2. Kosten des erfolgreichen Rechtsmittels. **RG.** II. JW. **11** 155, R. **11** Nr. 534. Hat das Gericht erster Instanz bei erhobener Widerklage durch Teilurteil die Klage abgewiesen und die Entscheidung über die Kosten vorbehalten, so kann das auf die Berufung des Klägers der Klage stattgebende Berufungsgericht

gleichwohl trotz des Vorbehalts die Kosten der Berufungsinstanz dem Beklagten auferlegen. Da der Beklagte gegenüber dem allein in die Berufungsinstanz gelangten Anspruche des Klägers in der Sache selbst unterlegen ist, war insoweit § 91 anwendbar, wenn auch der Anwendung auf die Kosten der ersten Instanz entgegenstand, daß der Rechtsstreit dieser Instanz durch das Berufungsurteil nicht erledigt und eine Trennung der Kosten in solche, die durch die Klage und in solche, die durch die Widerklage verursacht worden, nicht ausführbar war. Unter diesen Umständen konnten die Kosten der Berufungsinstanz dem Beklagten auferlegt werden.

§ 98. I. Die Kosten des Vergleichs. Umfaßt die Vereinbarung über die Gerichtskosten auch die Vergleichskosten? **a)** R. **11** Nr. 1591 (Colmar). Die vergleichsweise Übernahme der Prozeßkosten umfaßt in der Regel die Kosten des Vergleichsabschlusses selbst. Denn der Vergleich ist eine Prozeßhandlung. Eine Vereinbarung über die Kosten des Rechtsstreits begreift hiernach die Kosten des Vergleichs in sich. Der Ansicht des **RG.** JW. **93** 196, daß in Ermangelung ausdrücklicher Vereinbarung über die Kosten des Vergleichs die Rechtsvermutung des § 98 Platz greife, wird nicht beigetreten. **b)** Dagegen OLG. **23** 116, ElsLothJZ. **11** 242 (Colmar). Die Vereinbarung in dem Vergleiche: „Die Entscheidung über die Kostenfrage bleibt vorbehalten" bezieht sich unbestritten auf die Kosten des durch Vergleich erledigten Rechtsstreits. Da es zweifelhaft ist, ob er sich auch auf die Kosten des Vergleichs bezieht, bleibt es insoweit bei der Regel des § 98.

II. Die Kosten des Rechtsstreits. 1. Auslegung des Wortes Gerichtskosten. OLG. Hamburg JDR. **9** Nr. 4a und 6 jetzt auch OLG. **23** 114 y α und β.

2. Die Kosten der Berufungsinstanz. HansGZ. **11** Beibl. 167, R. **11** Nr. 1599 (Hamburg). § 98 Satz 2 gilt auch für außergerichtliche Vergleiche. Vergleichen sich die Parteien dahin, daß die Berufung zurückgenommen und die Kosten des Prozesses geteilt werden sollen, so sind auch die Berufungskosten gegeneinander aufzuheben. § 515 Abs. 3 steht der Parteivereinbarung nicht entgegen.

III. ElsLothJZ. **11** 296 (Colmar). Wird der Vorbehalt besonderer Vereinbarung über den Kostenpunkt nachträglich von den Vertragschließenden fallengelassen (gestrichen), so bleibt es bei der gesetzlichen Regelung des § 98. Ein Irrtum hierüber ist unerheblich. Anders nur bezüglich der nach dem Vergleich entstandenen Kosten. Diese fallen derjenigen Partei zur Last, welche im fortgeführten Rechtsstreit über die Kosten mit ihren Anträgen unterliegt (§ 91).

IV. Gesamtschuldnerische Haftung der Streitgenossen bei vergleichsweiser Übernahme der Kosten vgl. § 100 Nr. 1.

§ 99. I. Abs. 1. 1. Ausnahmsweise Zulässigkeit einer gegen die Entscheidung in der Hauptsache eingelegten, später auf die Entscheidung im Kostenpunkte beschränkten Revision. **RG.** I. **77** 14, JW. **11** 814 Nr. 24, R. **11** Nr. 2943. Trotzdem die Anfechtung der Entscheidung in der Hauptsache nicht aufrechterhalten, sondern nachträglich lediglich der Kostenpunkt angegriffen wurde, war die Revision nicht unzulässig, weil nach Lage der Sache kein Verzicht auf die weitergehende Anfechtung vorlag (**RG. 18** 423, **20** 431), sich vielmehr die Antragsbeschränkung als die unvermeidliche Folge aus dem Verlaufe des Prozesses darstellte.

2. Zulässige Berufung, da die Hauptsache in Wahrheit nicht erledigt war. BuschsZ. **42** 191 I (LG. Leipzig). Ist die Zahlung zwar nach Erlaß des ersten Urteils und vor Einlegung der Berufung, aber infolge der nach Ansicht des Beklagten nach dem ersten Urteil eingetretenen Fälligkeit der Klageforderung erfolgt, so ist die Berufung zulässig. Denn hier bleibt neben dem Kostenpunkt auch jetzt noch weiter im Streite, ob die erhobene Klage berechtigt gewesen und das erste Urteil zu Recht ergangen ist.

3. Unzulässige Berufung, da die Hauptsache erledigt war. a) BuschsZ. **42** 191 II (LG. Leipzig). Hatte der Kläger schon in erster Instanz den Streit zur Hauptsache aufgegeben, indem er Anträge nur wegen der Kosten stellte, so ist die Berufung unzulässig, wenn auch der Beklagte den Klagabweisungsantrag aufrechterhielt und das erste Gericht so erkannte. Dies der Sache nicht entsprechende Verhalten des Beklagten konnte ein streitiges Rechtsverhältnis zur Hauptsache unter den Parteien nicht wieder herstellen. b) BuschsZ. **42** 193 III (LG. Leipzig). Die Berufung ist unzulässig, da beide Parteien in erster Instanz den Klaganspruch für erledigt erklärt haben; gleichgültig ist, daß trotzdem sowohl der Kläger seinen Klagantrag, als auch der Beklagte seinen Abweisungsantrag aufrechterhielten. Der scheinbar zur Hauptsache ergangene Ausspruch des ersten Urteils (Verurteilung) ist in Wahrheit nur die auf den übereinstimmenden Parteierklärungen beruhende Feststellung der Erledigung der Hauptsache. Entschieden ist in dem Urteile nur über die Kosten.

4. Umgehung des § 99 Abs. 1. BreslauAK. **11** 82 (Breslau). Die Berufung ist unzulässig, wenn die wirkliche Erledigung der Hauptsache, wenn schon nicht formell, so doch sachlich bereits aus der Berufungsschrift selbst hervorgeht. Der Beklagte konnte, abgesehen vom Kostenpunkte, kein Interesse daran haben, daß seine Verurteilung für einen anderen als in der Vorinstanz angenommenen, zur Zeit der Berufungseinlegung aber bereits vergangenen Zeitpunkt ausgesprochen würde. Die Abänderung im Kostenpunkte war danach sein einziges Interesse.

5. HansGZ. **11** Beibl. 304 (Hamburg). Der Antrag, eine Sache als erledigt zu erklären, enthält keine Anfechtung des Urteils erster Instanz. Die Berufung richtet sich also lediglich gegen die Kostenentscheidung und ist unzulässig.

6. Beschwerdeverfahren. SeuffA. **66** 157 (Dresden). Nach § 99 Abs. 1, der auch im Beschwerdeverfahren gilt, mußte der Beschwerdeführer sein Rechtsmittel aufrechterhalten, da die Hauptsache durch das zweite ihm günstige Urteil noch nicht erledigt war.

II. Abs. 2. 1. Anerkenntnis aus dem abgeänderten Klagantrage. **RG.** V. JW. **11** 987 Nr. 24, WarnE. **11** 495 in Bestätigung von OLG. **23** 122 (KG.). Betrifft das Anerkenntnis, auf Grund dessen der Beklagte verurteilt worden ist, einen abgeänderten Klagantrag, so kommt es darauf an, ob der zweite Antrag ein Verlassen des ursprünglich eingeklagten Anspruchs bedeutet oder nur eine den Umständen des Falles angepaßte Umleitung des ursprünglichen Antrags. Hätte der zweite Antrag einen anderen Anspruch enthalten als der demnächst gestellte und wäre in dem Schlußurteile nicht nur über die Kosten des durch das Anerkenntnisurteil erledigten Anspruchs, sondern auch über die Kosten des anderen nicht aufrechterhaltenen Anspruchs entschieden worden, so wäre die vom Kläger mit dem Antrage, die Kosten des Rechtsstreits dem Beklagten aufzuerlegen, gegen diese Kostenentscheidung eingelegte Berufung unzulässig; denn die im § 99 Abs. 2 zugelassene Anfechtung darf unter keinen Umständen über den Rahmen der durch das Anerkenntnisurteil bedingten Kostenentscheidung hinausgehen. Vorliegend ist aber die Berufung zulässig, da es sich nur um eine Umleitung des ersten Antrags handelt. (Die beiden Anträge sind im § 93 Nr. I 2 mitgeteilt.)

2. Setzt die Anwendung von Abs. 2 voraus, daß das Anerkenntnisurteil und das Kostenurteil gleichzeitig ergehen? a) ElsLothJZ. **11** 566 (Colmar). Der Fall des Abs. 2 ist gegeben, auch wenn das Anerkenntnisurteil und die Kostenentscheidung nicht in demselben Urteil ergangen sind. b) OLG. **23** 110 (München). Daß die Verurteilung in der Hauptsache auf Grund des Anerkenntnisses und die Kostenentscheidung gleichzeitig durch das gleiche Urteil erfolgen, ist für die Anwendbarkeit des Abs. 2 nicht notwendig. Es genügt, daß die Hauptsache durch das Anerkenntnisurteil erledigt ist und daß

die Kostenentscheidung hiermit in sachlicher Verbindung steht. **c)** KGBl. **11** 131 (LG. I Berlin). Ob die Entscheidung in der Hauptsache in demselben Urteil oder in einem voraufgegangenen Anerkenntnisurteil ergangen ist, ist nicht von Bedeutung. Sobald eine Entscheidung zur Hauptsache ergangen ist, ist die Kostenbeschwerde nach Abs. 3 unzulässig. **d)** Anders LG. III KGBl. **11** 61.

III. Abs. 3. 1. Sofortige Beschwerde gegen ein lediglich über die Kosten entscheidendes Urteil, obwohl ein Urteil auch in der Hauptsache hätte ergehen müssen. **a)** OLG. Cassel JDR. **9** Nr. II 1 e jetzt auch BuschsZ. **41** 199. **b)** DJZ. **11** 1156 (KG.). Die Berufung ist unzulässig, da das LG. eine Entscheidung in der Hauptsache nicht erlassen hat und auch nicht hat erlassen wollen und es demgegenüber unerheblich ist, ob eine solche Entscheidung eigentlich hätte erlassen werden müssen.

2. OLG **23** 117 (KG.). Wenn sich die Hauptsache vor der Konkurseröffnung über das Vermögen des Beklagten erledigt und die bisherigen Kosten als Konkursforderung festgestellt werden, ist der Fall des Abs. 3 gegeben und die Berufung mit dem Antrage auf Klagabweisung unzulässig. Da über den Hauptanspruch keine Entscheidung gefällt ist, konnte der Rechtsstreit nur noch die Kostenlast betreffen, und diese wird nicht zur Hauptsache, auch wenn die Entscheidung über sie nur auf dem Wege der Anmeldung im Konkursverfahren und der Aufnahme nach § 146 Nr. 3 KO. herbeigeführt werden kann.

3. Keine Entscheidung zur Hauptsache im Falle von § 628. **RG.** IV. JDR. **9** Nr. II 2 jetzt auch GruchotsBeitr. **55** 117.

4. Unzulässige Beschwerde gegen die Kostenentscheidung in einem Versäumnisurteile. HessRspr. **11** 161 (LG. Gießen 17. 3. 09). Die Anwendung der Bestimmung setzt voraus, daß gegen die Entscheidung, wenn zur Hauptsache entschieden wäre, ein Rechtsmittel zulässig wäre. Für den Einspruch gegen ein Versäumnisurteil gilt die Bestimmung nicht, denn der Einspruch ist kein Rechtsmittel.

5. DJZ. **11** 656 (LG. III Berlin). Unzulässigkeit der Beschwerde gegen ein reines Kostenurteil, wenn die Kosten nicht als solche gemäß § 91, sondern — nachdem die Freigabe der Pfandstücke vor Zustellung der Interventionsklage erfolgt war — selbständig als Schadensersatz wegen Eigentumsverletzung verlangt werden.

IV. Kombinationsfälle, insbesondere Zusammentreffen von Anerkenntnisteilurteil und Erledigung des anderen Teiles auf andere Weise. 1. **RG.** I. LeipzZ **11** 383 Nr. 27. Ist neben teilweiser Erledigung der Hauptsache durch ein Anerkenntnisurteil wegen des übrigen Teiles kontradiktorisch erkannt oder kein Urteil ergangen, so ist bei einheitlicher Kostenentscheidung § 99 Abs. 2 nicht anwendbar. Die im Abs. 2 vorgesehene Anfechtung der Kostenentscheidung darf nicht über den Rahmen der durch das Anerkenntnisurteil bedingten Kostenentscheidung hinausgehen. Jene einheitliche Kostenentscheidung geht aber über diesen Rahmen hinaus und ihre Anfechtung ist in dem vom Gesetze zugelassenen Umfang unmöglich.

2. OLG. **23** 121 (Celle). Ist die Hauptsache zum Teil durch Anerkenntnisurteil, zum Teil auf andere Weise erledigt und regelt die Kostenentscheidung die Prozeßkosten einheitlich und im ganzen, so ist die Berufung unzulässig.

3. OLG. **23** 120 (Celle). § 99 Abs. 2 ist an sich nicht bloß bei gänzlicher Erledigung der Hauptsache durch Anerkenntnisurteil anwendbar, vielmehr auch bei teilweiser kontradiktorischer und teilweiser Erledigung durch Anerkenntnisurteil anwendbar. Dies gilt aber dann nicht, wenn über die gesamten Kosten einheitlich entschieden und nicht zu erkennen ist, welche der Kosten durch das Anerkenntnisurteil veranlaßt sind und welche sich auf den Rest des Prozesses beziehen.

4. R. **11** Nr. 535 (Jena). Ist der Prozeßstoff zum Teil durch Urteil, zum Teil ohne solches erledigt, so setzt die sofortige Beschwerde, selbst wenn man sie an sich zuläßt, voraus, daß die getroffene Entscheidung über die Kosten eine scharfe Trennung der die einzelnen Teile betreffenden Kosten erkennen läßt.

5. OLG. **23** 120 (KG.). Ist nach Erlaß eines Anerkenntnisteilurteils ein Schlußurteil über die gesamten Kosten ergangen, so ist die Beschwerde unzulässig. Denn die vom Beschwerdeführer gewünschte Nachprüfung der Kostenentscheidung müßte sich auch auf den durch das Anerkenntnisurteil betroffenen Teil des Rechtsstreits erstrecken und dies wäre mit § 99 Abs. 3 unvereinbar. Anwendung findet nur § 99 Abs. 1.

6. OLG. Hamburg JDR. **8** Nr. III 3 b jetzt auch OLG. **23** 121.

7. OLG. **23** 164, NaumburgAK. **11** 68 (Naumburg). Beim Zusammentreffen von § 99 Abs. 2 und Abs. 3 sind weder beide Rechtsmittel zuzulassen, noch beide auszuschließen. Da die Berufung das gründlichere Verfahren herbeiführt, ist mit Gaupp-Stein die einheitliche Anfechtung des Urteils hinsichtlich aller Kosten durch die Berufung zu gewähren.

V. Ergreift die Revision gegen das Teilurteil auch das Schlußurteil über die Kosten? **RG.** V. JW. **11** 54 Nr. 53, Gruchots Beitr. **55** 654 (662), WarnE. **11** 43 (46). Die Revision gegen ein nicht über die Kosten entscheidendes Teilurteil ergreift nicht zugleich die Kostenentscheidung im Schlußurteile. Jedoch hinsichtlich der Revisionssumme gelten beide als einheitliches Ganzes. Vgl. § 301 Nr. IV.

§ 100. Literatur: Pinzger, R. **11** 194 f.

1. Abs. 1. Vergleich über die Kosten. BuschsZ. **41** 404 (Dresden). Bei vergleichsweiser Übernahme der Kosten durch mehrere Streitgenossen ist nicht § 100 Abs. 1, sondern gemäß § 98 die von den Parteien getroffene Vereinbarung und die Auslegungsregel des § 427 BGB. maßgebend.

2. Klagabweisung gegen den einen Streitgenossen und teilweise Klagabweisung gegen den anderen. SeuffBl. **11** 179 (München). Im Falle der Klagabweisung gegen den einen Beklagten (H.) und der teilweisen Klagabweisung gegen den anderen (Th.) sind die Prozeßkosten in folgender Weise zu verteilen: Der Kläger hat die dem H. entstandenen außergerichtlichen Kosten und einen Teil der übrigen Kosten I. Instanz zu tragen, und zwar erscheint es vorliegend entsprechend, dem Kläger $^1/_4$ der Gerichtskosten I. Instanz, dem Beklagten Th. $^3/_4$ der Gerichtskosten, sowie die sämtlichen übrigen erstinstanzlichen Kosten aufzulegen.

3. Beschwerde des Klägers über die Kostenentscheidung bei mehreren teils obsiegenden, teils unterliegenden Streitgenossen. OLG. **23** 127 (Colmar). Der Kläger ist durch die Annahme des Festsetzungsbeschlusses, daß er dem obsiegenden Beklagten $^2/_5$ der diesem entstandenen Kosten zu erstatten habe, während letzterer wegen der übrigen $^3/_5$ an seinen Streitgenossen A. verwiesen wird, nicht beschwert. Letzteres ist zwar unrichtig, aber deswegen könnte nur A. Beschwerde erheben.

4. Abs. 4. Gesamthaftung bei mehreren nacheinander ergehenden Urteilen. OLG. **23** 164, SächsOLG. **32** 45 (Dresden). Die Gesamthaftung gilt auch, wenn mehrere Urteile gegen die Beklagten ergehen, doch beschränkt sich die Gesamthaft desjenigen Beklagten, gegen den sich das Teilurteil richtet, auf die Kosten, die innerhalb des durch jene Entscheidung begrenzten Verfahrensabschnitts erwachsen sind, und kann nicht auf die Kosten erstreckt werden, die durch das weitere Verfahren gegen den anderen Beklagten verursacht werden.

5. Gesamthaftung, wenn die Ehefrau zur Leistung und der Mann zur Duldung verurteilt wird. a) OLG. **22** 13/14,

R. **11** Nr. 536 (Rostock). Gesamtschuldnerische Haftung der Ehefrau und des auf Duldung der Vollstreckung verklagten Ehemanns für die Kosten, da die Verpflichtung auch vom Manne bestritten worden ist. **b)** Pinzger, R. **11** 194 f. Wird die Ehefrau auf Leistung und der Mann auf Duldung der Zwangsvollstreckung verklagt, so ist auch im Versäumnisverfahren dem Ehemanne die Hälfte der einheitlichen Kosten aufzuerlegen, während für die zweite Hälfte Mann und Frau als Gesamtschuldner haften.

§ 101. I. Kosten der Nebenintervention. 1. Kosten des Zwischenstreits über die Zulassung. OLG. **23** 124, HansGZ. **11** Beibl. 179 (Hamburg). Zu den durch die Nebenintervention verursachten Kosten gehören die Kosten eines Zwischenstreits über ihre Zulassung nicht (ebenso Petersen und Seuffert zu § 71, aM. Gaupp-Stein zu § 101). Bei der Zulassung einer Nebenintervention handelt es sich um einen Streit der einen oder beider Hauptparteien mit einem Dritten, bei welchem Siegen und Unterliegen mit dem Ausgange des Hauptstreits nichts zu tun haben. Die gegenteilige Ansicht würde zu der Folge führen, daß, wenn nur die Partei, zu deren Gunsten der Beitritt erfolgt, widerspricht, mit ihrem Widerspruch aber abgewiesen wird, die im Hauptstreit unterliegende Gegenpartei auch die Kosten jenes ihr fremden Nebenstreits tragen müßte. Unter den Kosten des § 101 sind daher nur die durch eine zugelassene Nebenintervention in bezug auf den Hauptstreit entstandenen Kosten zu verstehen.

2. Kosten der Nebenintervention, wenn die Hauptparteien sich verglichen haben, ohne diese Kosten zu berücksichtigen. SächsRpflA. **11** 543 (Dresden). Da sich die Hauptparteien dahin verglichen haben, daß der Beklagte die Gerichtskosten übernimmt, außergerichtliche aber nicht erstattet werden sollen, so hat der Beklagte auch die gerichtlichen Kosten der zugunsten des Klägers erfolgten Nebenintervention zu tragen, dagegen nicht ihre außergerichtlichen.

3. Streitwert. OLG. **23** 125 β (Hamburg). Da die Nebenintervenienten sich dem Klagabweisungsantrag angeschlossen haben, richtet sich der Streitwert für die Kosten der Nebenintervention auch nach dem Werte des Hauptstreitgegenstandes, mag auch das Interesse, dem Prozeß als Nebenintervenient beizutreten, geringer sein.

II. Kosten der vom Nebenintervenienten eingelegten Rechtsmittel. a) **RG.** IV. WarnE. **11** 94 Nr. 88. Wenn nur der Nebenintervenient Revision eingelegt hat und die Hauptpartei völlig untätig geblieben ist, so fallen alle Kosten dem Nebenintervenienten zur Last; wenn aber auch die Hauptpartei tätig geworden ist, wie z. B. durch selbständige Einlegung der Revision, so treffen die Kosten der Revisionsinstanz im allgemeinen die Hauptpartei und der Nebenintervenient hat nur die durch die Nebenintervention verursachten Kosten zu tragen. **b)** HansGZ. **11** Beibl. 16 (Hamburg). Die Kosten des vom Nebenintervenienten selbst vergeblich eingelegten Rechtsmittels hat er selber zu tragen (aM. Hamburg I). **c)** HansGZ. **11** Beibl. 167 (Hamburg V.) Die Kosten der allein vom Nebenintervenienten eingelegten Berufung hat die Hauptpartei, welche sich an dem Berufungsverfahren beteiligt, zu tragen. **d)** HansGZ. **11** Beibl. 135 (Hamburg V). Die Kosten der vom Nebenintervenienten erfolglos eingelegten Anschlußberufung sind ihm selbst aufzuerlegen. e) HansGZ. **11** Beibl. 197 (Hamburg III). Da die Hauptpartei im Berufungsverfahren keinen Antrag gestellt, sich also dem vom Nebenintervenienten für sie eingelegten Rechtsmittel nicht angeschlossen hat, sind die Kosten der Berufung dem Nebenintervenienten aufzuerlegen. **f)** SeuffA. **66** 116 (Rostock). Wenn die Hauptpartei untätig bleibt, hat der Nebenintervenient die Kosten seines erfolglosen Rechtsmittels zu tragen.

§ 102. OLG. **23** 126 h (Hamburg). Grobes Verschulden des Anwalts, der gegen den Ehemann eine einstweilige Verfügung auf Zahlung von Unterhaltsgeldern beantragt, wenn er den im Unterhaltsprozesse geschlossenen Vergleich übersieht und selbständig handelt, ohne seine Mandantin zu fragen. — Ebenso fahrlässig handelt der gegnerische Anwalt, der, ohne seinen Mandanten zu befragen und zu benachrichtigen, Versäumnisurteil gegen sich ergehen läßt.

§ 103. OLG. **23** 128 = JDR. **9** Nr. 1 (München). Es genügt das Vorhandensein eines zur Vollstreckung geeigneten Titels, das Vorliegen dieses Titels in vollstreckbarer Ausfertigung ist nicht erforderlich.

§ 104. 1. SächsRpflA. **11** 414 (Dresden). Der Gerichtsschreiber ist befugt, seinen Kostenfestsetzungsbeschluß auf erhobene Erinnerung hin selbst abzuändern.

2. SchlHolstAnz. **11** 316 (Kiel). Im Falle der Abänderung eines Kostenfestsetzungsbeschlusses durch den Gerichtsschreiber auf erhobene Erinnerung kann dieser Abänderungsbeschluß wiederum nur mit der befristeten Erinnerung angefochten werden.

3. OLG. **23** 165 (Colmar). Hält das Gericht die Erinnerung des Schuldners wegen der Streitwertfestsetzung für begründet, so darf es nicht den Festsetzungsbeschluß vollständig aufheben und den Gerichtsschreiber anweisen, die Kosten anderweit erneut festzusetzen. Denn hierdurch wird den vom Gläubiger auf Grund des Vollstreckungstitels erwirkten Vollstreckungshandlungen die Grundlage entzogen und er mit ihren Kosten belastet. Vielmehr hat das Gericht die Kosten selbst festzusetzen.

Sechster Titel. Sicherheitsleistung.

§ 109. 1. Wie ist zu verfahren, wenn der Gegner mit der Rückgabe einverstanden ist? a) OLG. **23** 131 (München). Im Falle des Einverständnisses beider Parteien ist § 109 nicht anwendbar. b) OLG. **23** 130 (Braunschweig). Wenn der Gegner die Rückgabe der Sicherheit bewilligt, ist die Rückgabe ohne weiteres zu verfügen. Einer Fristbestimmung bedarf es nicht, da die Einwilligung des Gegners einen Verzicht auf die Frist bedeutet. Abzulehnen ist die Ansicht, daß in solchem Falle für § 109 überhaupt kein Raum sei.

2. R. **11** Nr. 1954 (Cöln). Hat der Beklagte zur Abwendung der Zwangsvollstreckung eine Sicherheit hinterlegt, so ist nach rechtskräftiger Zurückweisung seiner Berufung für eine Anwendung des § 109 — jedenfalls regelmäßig — kein Raum.

3. RheinA. **108** I 162 (Cöln) hält die Anordnung der Herausgabe fälliger Zinsscheine für unzulässig. Überholt von **RG.** JDR. **9** Nr. 1 b.

§ 110. Abs. 2 Nr. 1. 1. OLG. **22** 278 (KG.). Vorschußfreiheit der Serben in Deutschland gemäß dem deutsch-serbischen Handels- und Zollvertrag vom 21. August 1892 Art. II 3.

2. OLG. **22** 279 β (Hamburg). Vorschußfreiheit der Griechen in Deutschland gemäß dem deutsch-griechischen Handels- und Schiffahrtsvertrag vom 9. Juli 1884 Art. 3.

3. OLG. **22** 279 γ (Hamburg). Vorschußfreiheit der Japaner in Deutschland gemäß dem deutsch-japanischen Handels- und Schiffahrtsvertrag Art. 1.

§ 112. OLG. **23** 132 m (München). Der Streit der Parteien über die Höhe der Sicherheit ist durch Zwischenurteil zu entscheiden, nicht durch Beschluß. Gegen einen hiernach unzulässigen Beschluß ist jedoch keine Beschwerde gegeben, da auch das Zwischenurteil nicht sofort und nicht mit Beschwerde, sondern erst mit dem Endurteil und dem dagegen zulässigen Rechtsmittel anfechtbar gewesen wäre.

Siebenter Titel. Armenrecht.

§ 114. Abs. 2. SächsOLG. **32** 506 (Dresden). Keine Verbürgung der Gegenseitigkeit hinsichtlich des Armenrechts im Staate Maryland in den Vereinigten Staaten von Amerika.

§ 115. 1. Nachträgliche Bewilligung des Armenrechts. SeuffBl. **11** 773, R. **11** Nr. 3924 (München). Ein bereits einbezahlter Auslagenvorschuß wird nach Bewilligung des Armenrechts nicht mehr zurückvergütet.

2. Stellung des Pflichtanwalts. Vertragsschluß. a) Friedlaender, Zur Lehre von der Pflichtanwaltschaft, JW. **11** 15. Für den Pflichtanwalt wird eine zivilrechtliche obligatio ex lege begründet, mit der Partei, der er beigeordnet ist, einen Anwaltsvertrag zu schließen (aM. bisher Friedlaenders Kommentar Exkurs zu § 39 Anm. 9). Diese obligatio ex lege hat ein Analogon in der zweifellos auch als solche zu qualifizierenden Verpflichtung aus § 30 RAO. Der Vertrag kommt jedoch nicht schon durch einseitige Erklärung der Partei zustande. Vielmehr kann der Anwalt auf Abschluß des Vertrags, bei Verzug auch auf Schadensersatz belangt werden. Konsequenzen: Solange der Vertrag noch nicht geschlossen ist, Verjährung nach § 195, Haftung nur gemäß § 831 BGB. b) BreslauAK. **11** 25 (LG. Schweidnitz). Der Vertrag zwischen dem Armenanwalt und der Partei kommt dadurch zustande, daß das Armenrechtsgesuch, welches die Offerte enthält, dem Anwalt übermittelt wird und dieser dann widerspruchslos für die Partei tätig wird. Dies entspricht der allgemeinen Verkehrsauffassung und einem praktischen Bedürfnisse. Es muß der Partei überlassen bleiben, im einzelnen Falle sich die Auftragserteilung ausdrücklich vorzubehalten oder dem Anwalte zu kündigen.

3. Pflicht des Anwalts zur Übernahme einer Armensache. OLG. **23** 133 (KG.). Der zum Armenanwalte Bestellte kann nicht die Beiordnung eines anderen Anwalts verlangen, weil er im Hauptberufe Verkehrsdirektor einer Gesellschaft sei und die Anwaltschaft nur im Nebenberuf ausübe, um die Möglichkeit zu haben, seine Firma zu vertreten. Das Gesetz legt die Pflicht, Armensachen zu führen, jedem Anwalte schlechthin auf. Sache des Anwalts ist es, sich so einzurichten, daß er der Pflicht genügen kann, indem er z. B. einen anderen Anwalt zeitweise oder ständig mit seiner Vertretung betraut.

§ 116. Literatur: Leyendecker, Zum Vollzuge des § 116 der ZPO., BayRpflZ. **11** 305—306. — Stenger, Kann ein Rechtsanwalt nach § 116 ZPO. einer armen Partei beigeordnet werden? BayRpflZ. **11** 304—305.

Die Zulässigkeit der Beiordnung eines Anwalts gemäß § 116. a) Stenger verneint die Zulässigkeit und wendet sich gegen die in München übliche Praxis, welche besonders in Unterhaltssachen einen Anwalt gemäß § 116 ernennt und ihm infolgedessen beim Obsiegen der armen Partei nur die Prozeßgebühr zubilligt, wenn er eine Prozeßvollmacht beigebracht hat. b) Leyendecker verteidigt die Münchener Praxis.

§ 119. Armenrechtsbewilligung nach Verkündigung des Urteils? a) OLG. **23** 133 Anm. 1 (Celle). Nach Verkündung des Berufungsurteils kann das Armenrecht nicht mehr für die Berufungsinstanz bewilligt werden, sollte auch bei Einreichung des Gesuchs vor Erlaß des Urteils die Rechtsverfolgung nicht aussichtslos gewesen sein. b) HessRspr. **12** 115 (Darmstadt). Das Armenrecht kann nach der Verkündung eines Urteils für die Instanz, in der das Urteil erging, nicht mehr bewilligt werden.

§ 120. Einfluß des Armenrechts auf die Kostenpflicht des Gegners. DJZ. **11** 287, R. **11** Nr. 2599 (BayObLG.). Haben beide Parteien selbständig oder durch Anschließung das Rechtsmittel eingelegt, so ist der Gegner der Armenpartei von der Berichtigung der durch seine Rechtsmitteleinlegung entstehenden Kosten nicht befreit.

§ 123. SächsOLG. **32** 521 (Dresden). Zu den Gerichtskosten gehört auch der Vollmachtstempel.

§ 124. 1. Umschreibung des Titels. a) Zulässigkeit. OLG. **23** 134 (Braunschweig). Wiederholt wird ausführlich dargelegt, daß die der armen

Partei erteilte vollstreckbare Ausfertigung des Festsetzungsbeschlusses auf den Namen des Anwalts umgeschrieben werden kann. Der Armenanwalt steht infolge der ihm durch § 124 Abs. 1 gewährten Ermächtigung dem Pfändungsgläubiger gleich, dem der Richter eine Forderung zur Einziehung überwiesen hat. Ebenso wie dieser Gläubiger, ist auch der Armenanwalt hinsichtlich der Klausel als Rechtsnachfolger der armen Partei zu behandeln. b) Zeitpunkt. OLG. **23** 134 (Braunschweig). Die Umschreibung der Klausel ist zeitlich nicht beschränkt und auch nach Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses zulässig.

2. Verzicht des Anwalts? OLG. **23** 134 (Braunschweig). In dem Antrage des Armenanwalts, die Kosten für die Partei festzusetzen, liegt nur die Erklärung, daß er vorläufig sein Recht aus § 124 Abs. 1 nicht gebrauchen wolle. Ein Verzicht auf dieses Recht liegt dagegen nicht darin.

§ 125. SächsOLG. **32** 340 (Dresden). Gegen die Ablehnung des Antrags, die zum Armenrechte zugelassene Partei zur Nachzahlung von Kosten für verpflichtet zu erklären, findet Beschwerde nicht statt.

§ 127. 1. **RG.** V. JW. **11** 49 Nr. 42, WarnE. **11** 58. Gegen die Weigerung des Vorsitzenden, einen Armenanwalt beizuordnen (obwohl der Armenrechtsbeschluß selbst noch besteht), ist Beschwerde zulässig.

2. **RG.** V. JW. **11** 49 Nr. 42, WarnE. **11** 58. Gegen die Enthebung eines Armenanwalts von seiner Tätigkeit ist keine Beschwerde gegeben.

Dritter Abschnitt. Verfahren.

Erster Titel. Mündliche Verhandlung.

§ 128. Verhandlungsmaxime. **RG.** V. WarnE. **11** 327, R. **11** Nr. 1775. Es ist Sache der Parteien, in der Verhandlung vor Gericht den nach ihrem Ermessen ausgewählten Stoff vorzulegen; die Parteien verhandeln unter Bewachung des Gerichts, das nur im Wege der Prozeßleitung und nur dann eingreift, wenn es erforderlich erscheint zwecks ordnungsmäßiger Betätigung der Parteien. Demgemäß kommt es auch nicht darauf an, ob dem von dem bisherigen Vertrag abweichenden Vorbringen der Parteien in der Berufungsinstanz Glauben zu schenken sei. Das Berufungsgericht hatte unbekümmert hierum aus diesem Vorbringen seine Entscheidung zu gewinnen.

§ 130. Literatur: Strucksberg, Die Verpflichtung zur Bezeichnung der gesetzlichen Vertreter bei offenen Handelsgesellschaften im Prozesse. LeipzZ. **11** 130—132.

Ziff. 1. Strucksberg. Die klagende offene Handelsgesellschaft ist zur Benennung ihrer Inhaber verpflichtet. § 130 Ziff. 1 ist zwar nur eine Sollvorschrift, § 313 aber eine Mußvorschrift. Kommt die Klägerin der Auflage nicht nach, so ist der Erlaß eines Urteils in der Sache abzulehnen.

§ 132. OLG. **23** 136 (KG.). Die verspätete Zustellung eines Schriftsatzes gibt dem Gegner kein unbedingtes Recht auf Vertagung, sondern nur dann, wenn sich die Vertagung behufs Erklärung auf neue und erhebliche Tatsachen als notwendig erweist. Zur Feststellung, ob die Behauptungen neu und erheblich sind, bedarf es erst eines mündlichen Vortrags derselben.

§ 138. Umfang der Bestreitungspflicht. Wann ist substantiiertes Bestreiten erforderlich? a) **RG.** VII. JW. **11** 184, SeuffA. **66** 248, R. **11** Nr. 558. Das Bestreiten ist nicht lediglich deshalb unbeachtlich, weil der Bestreitende keine positiven Angaben gemacht hat. Es kommt auf den besonderen Fall an. Wenn die Beklagten behaupten, daß sie nach den besonderen Umständen des Falles außerstand seien, die vermißten positiven Angaben über den Umfang der vom Kläger geleisteten Arbeiten zu machen, so kann aus dem Unterlassen positiver Angaben nicht geschlossen werden, daß die Beklagten nicht ernstlich

den behaupteten Umfang der Arbeiten bestreiten wollten. Die gegenteilige Auffassung würde die Beklagten nötigen, trotz des Mangels jeglicher Grundlage ihrerseits positive Behauptungen aufzustellen, nur um ihrem zum Ausdrucke gebrachten Bestreitungswillen die gewünschte Beachtung zu verschaffen. **b**) R. **11** Nr. 1336 (Hamburg). Gegenüber einer im einzelnen genau spezifizierten Rechnung über verschiedene Posten genügt es nicht, wenn der Beklagte die Richtigkeit der Rechnung im allgemeinen bestreitet, vielmehr hat der Beklagte im einzelnen anzugeben, nach welcher Richtung er die Rechnung bemängelt. Unterläßt er das, so steht nichts im Wege, daß das Gericht zu der Überzeugung gelangt, daß die Rechnung richtig ist und die einzelnen Posten vom Beklagten geschuldet werden.

§ 139. 1. Verletzung der Fragepflicht. **RG.** VI. JW. **11** 810 Nr. 17. Verabsäumung der Ausübung des Fragerechts hinsichtlich der Schadensersatzklage einer körperlich verletzten Ehefrau wegen Wegfalls ihrer Dienste im Haushalt (Rechtslage abhängig von dem bestehenden ehelichen Güterrecht usw.).

2. Grenzen der Fragepflicht. **RG.** I. JW. **11** 945 Nr. 14. Es ist keineswegs die Aufgabe des Richters, durch Nachfrage darauf zu dringen, daß der gesamte Inhalt der Schriftsätze vorgetragen wird oder auch nur eine ausdrückliche Erklärung zu veranlassen, inwieweit er nicht vorgetragen werden soll. Das letztere kann nur unter besonderen Umständen je nach Lage des Falles in den Bereich der richterlichen Aufklärungspflicht fallen.

3. Vertagungspflicht? **RG.** II. JW. **11** 284. Keine Vertagungspflicht, wenn dem Anwalte die sofortige Beantwortung der Frage zugemutet werden darf. Dies war vorliegend anzunehmen, da der Anwalt selbst die unerlaubten Handlungen der Beklagten geltend gemacht hat, deren nähere Charakterisierung erforderlich wurde. Dies Vorbringen beruhte, wie angenommen werden muß, auf Mitteilungen der von ihm vertretenen Partei, die für die Eidesschlüssigkeit zu vervollständigen, wenn er sie in den Rechtsstreit einführen wollte, er vorher hinlänglich Zeit und Anlaß gehabt hätte, zumal er auf ihre Bedeutung für die Klage bereits durch das erste Urteil aufmerksam gemacht worden war.

§ 140. *Schultz, Das Verhältnis der Vollstreckungsbeschwerde des § 766 ZPO. zu der sofortigen Beschwerde des § 793 ZPO. (Berlin 1911, Vahlen). Für einen Begriff der Sachleitung, mag man ihn fassen, wie man will, ist im Systeme des geltenden Prozeßrechts neben den Begriffen der Prozeßleitung und des Prozeßbetriebs kein Platz. Vielmehr schließen diese beiden Begriffe, richtig verstanden, einen selbständigen Begriff der Sachleitung aus, weil dieser stets in ihnen aufgehen muß. Daher auch die herrschende Unklarheit über die Definition des Sachleitungsbegriffs bei dessen Anhängern (88, 101). Wenn trotzdem im § 140 der Ausdruck „Sachleitung" begegnet, so erklärt sich dies daher, daß dieser Paragraph als § 126 a von der Reichstagskommission in den Regierungsentwurf eingeschoben worden ist. Ein zweites Mal findet sich dieser Ausdruck denn auch nicht in der ZPO. (94).

§ 146. 1. **RG.** V. WarnE. **11** 328. Derselbe Klaganspruch kann auf verschiedene, einander widersprechende Klagegründe gestützt werden, wenn der zweite und jeder weitere nur für den Fall geltend gemacht ist, daß der erste und jeder andere vorausgehende Klagegrund sich als hinfällig erweist.

2. Im Scheidungsprozesse. *Klien, JW. **11** 522 f. (vgl. unten vor § 606 Nr. II 1). Im Scheidungsprozesse muß das Gericht zunächst prüfen, ob die vom Kläger vorgebrachten mehreren Scheidungsgründe unter sich für den Kläger gleichwertig sind.

§ 148. Literatur: Hammeley, Die bindende Kraft des Rentenfeststellungsbescheids für das ordentliche Gericht, WürttRpflZ. **11** 225—234.

I. Aussetzungsgründe. 1. Urkundenprozeß. SächsOLG. **32** 511 (Dresden). Keine Aussetzung im Urkundenprozesse.

2. Eigentumsklage. Entscheidung der Verwaltungsbehörde. SächsOLG. **32** 431 (Dresden). Der gegenüber der Eigentumsklage erhobene Einwand, daß das Grundstück, dessen Eigentum in Anspruch genommen wird, ein öffentlicher Weg sei, rechtfertigt noch nicht die Aussetzung. Die Tatsache, daß über das Grundstück ein öffentlicher Weg führt, läßt das Eigentum am Grundstück völlig unberührt. Es wird daher durch das von der Beklagten zu betreibende Verfahren der Verwaltungsbehörde der vorliegende Zivilprozeß auf Anerkennung des Eigentums nicht berührt.

3. Entscheidung des Vormundschaftsgerichts. a) SeuffBl. **11** 773 (München). Die Anwendbarkeit des § 148 in dem Falle, daß der geschiedene Ehegatte beim Prozeßgerichte gemäß § 1635 Abs. 1 Satz 1 BGB. die Feststellung seines Rechtes zur Fürsorge für die Kinder und Verurteilung zu deren Herausgabe betreibt, zu gleicher Zeit aber beim Vormundschaftsgerichte seitens der Gegenpartei Anordnung gemäß § 1635 Abs. 1 Satz 2 beantragt ist, wird verneint. b) SächsOLG. **32** 509 (Dresden). Keine Aussetzung der Klage des Vaters auf Herausgabe des Kindes (§§ 1631, 1632 BGB.), weil beim Amtsgericht ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zum Zwecke der Entscheidung darüber anhängig sei, ob es im Interesse des Kindes liege, daß die Sorge für dessen Person der Mutter verbleibe. Eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts ist noch nicht entgangen. Solange dieses aber die auf Grund des § 1635 Abs. 1 Satz 2 von der beklagten Mutter begehrte, von der gesetzlichen abweichenden Regelung nicht getroffen hat, besteht das Recht des Klägers auf Herausgabe des Kindes (§ 1635 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1, § 1632). Danach gestattet der vorliegende Fall — im Gegensatze zu OLG. **2** 298, **17** 267, **RG.** Gruchots Beitr. **50** 1002 — die Aussetzung nicht.

4. Mäklerprovisionsprozeß. SächsOLG. **32** 48 (Dresden). Begründete Aussetzung des Provisionsprozesses des Mäklers mit Rücksicht auf den zwischen den Parteien des vermittelten Vertrags schwebenden Prozeß, in welchem über das Bestehen des Vertrags gestritten und entschieden werden wird.

5. Patentprozeß. DJZ. **11** 712 (Düsseldorf). Zur Begründung des Aussetzungsantrags bedarf es nicht der Glaubhaftmachung, daß die Nichtigkeitsklage Erfolg haben werde. Es genügt, wenn sich ergibt, daß die Nichtigkeitsklage nicht von vornherein aussichtslos oder mutwillig erhoben worden ist. Sonst wird der Entscheidung vorgegriffen.

II. Bindung der Gerichte in Unfallsachen. 1. **RG.** VI. BayRpflZ. **11** 86 berührt unter Bezugnahme auf **RG. 55** 385 ohne erneute Stellungnahme die Streitfrage, ob die bindende Kraft der Entscheidungen der Versicherungsinstanzen für das ordentliche Gericht nur bei der Verfolgung von Ersatzansprüchen gegen die Betriebsunternehmer und deren Gehilfen bestehe oder ob sie unter analoger Anwendung der unmittelbar nur für diese Fälle gegebenen gesetzlichen Vorschriften auch bei Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Dritte anzunehmen sei.

2. BayObLG., JDR. **9** Nr. 4 b, jetzt auch OLG. **22** 96.

3. Hammeley, WürttRpflZ. **11** 225—234, erörtert die Zulässigkeit selbständiger Prüfung durch das Gericht, solange noch keine Entscheidung der Unfallversicherungsinstanzen ergangen ist, ferner die ebenfalls grundsätzlich zulässige Prüfung durch das Gericht im Falle des § 151 LwUVG. und die grundsätzlich vorhandene Bindung des Gerichts gemäß § 146 Abs. 4 (insbesondere die Zuweisung eines Unfalls zu einem bestimmten Betriebe). Wenn unter den Parteien Streit darüber herrscht, wer als Unternehmer und wer als Arbeiter anzusehen ist, so hat das ordentliche Gericht in dieser Beziehung ein unbeschränktes Prüfungsrecht. Erst wenn über die Unternehmerqualität des Beklagten und über die Arbeiterqualität des Klägers kein Streit

mehr besteht, tritt die Vorschrift des § 146 Abs. 4 LwUVG. in Kraft und zwar mit folgenden Wirkungen: 1. wenn der Versicherungsbescheid einen Betriebsunfall rechtskräftig festgestellt hat, kann sich der klagende Arbeiter nicht mehr darauf berufen, es sei ihm zu Unrecht von der Berufsgenossenschaft eine Rente zugesprochen worden, ein Betriebsunfall liege überhaupt nicht vor, und wenn 2. der Versicherungsbescheid festgestellt hat, ein Betriebsunfall liege nicht vor, so kann der beklagte Unternehmer nicht mehr zum Beweise des Gegenteils zu dem Zwecke, den Kläger mit seinen Ansprüchen an die Berufsgenossenschaft zu verweisen, zugelassen werden.

III. Bindung der Gerichte in Reichserbschaftssteuersachen. **RG.** VII. WarnE. **11** 388. Die auf Grund des § 12 Abs. 5 RErbStG. ergangenen Entscheidungen der Landesregierungen sind für die Gerichte bindend.

§ 157. Anwendbarkeit der Bestimmungen auf das Verfahren vor den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten. a) OLG. **23** 139, SeuffA. **66** 426 (Posen). Auch die Gewerbe- und Kaufmannsgerichte können nach § 157 den Parteien sowohl wie auch Bevollmächtigten und Beiständen, die nicht zu den im § 31 GewGG. bezeichneten Personen gehören, den weiteren Vortrag untersagen, sofern ihnen die Fähigkeit zum geeigneten Vortrage mangelt. — Auch die Bestimmung des Abs. 3 über die Unanfechtbarkeit ist entsprechend anwendbar. b) Ebenso OLG. **23** 140 β (Posen). c) Ebenso OLG. **23** 140 γ, HansGZ. **11** Beibl. 312 (Hamburg). d) Ebenso PosMSchr. **11** 105 (Posen). e) Dagegen hält GewuKfmG. **17** 40 (LG. Bremen) die Beschwerde gemäß § 567 ZPO. bzw. § 55 GewGG. für zulässig. Mit der Bestimmung des § 157 Abs. 2, welche die Zurückweisung eines Bevollmächtigten in das freie Ermessen des Gerichts stellt, ist eine Beschwerde schwer vereinbar. Dagegen macht § 31 GewGG. die Zurückweisung von einem der Nachprüfung durch ein anderes Gericht durchaus zugänglichen Umstande abhängig. Es ist anzunehmen, daß der § 157 Abs. 3 vollständig durch § 31 GewGG. ersetzt worden ist.

§ 160 Abs. 2. Nr. 1. Literatur: Kretzschmar, Kann die Auflassung in einem Prozeßvergleich erfolgen? R. **11** 695—696.

Kretzschmar. In den Bundesstaaten, welche von dem Vorbehalte des Art. 143 EGBGB. keinen Gebrauch gemacht haben, kann die Auflassung nur vor dem Grundbuchamt, also nicht im Prozeßvergleich erfolgen. Letzteres ist jedoch in den Staaten zulässig, nach deren Ausführungsgesetzen die Auflassung vor jedem deutschen Amtsgericht oder vor einem deutschen Notar erklärt werden kann.

§ 162. Literatur: Meyer, Wer ist „Beteiligter" im Sinne des § 162 ZPO. bei Zeugenaussagen? R. **11** 791—792.

Meyer. Beteiligt sind sowohl die Zeugen, wie die Parteien und ihre Anwälte.

§ 164. OLG. **23** 137 (München). Der Streit darüber, ob Anträge gestellt bzw. verlesen sind, kann nur durch die Feststellungen im Protokoll entschieden werden. Die Frage dagegen, welcher Antrag gestellt oder verlesen ist, betrifft nicht die Förmlichkeiten der Verhandlung, sondern den konkreten Inhalt der bei der Verhandlung gestellten Anträge. Hierfür greift § 164 nicht Platz, vielmehr ist Gegenbeweis zulässig, nur darf er nicht durch den abweichenden Inhalt des Urteilstatbestandes geführt werden.

Zweiter Titel. Zustellungen.

Vorbemerkung: Bemerkenswert ist die Entsch. des **RG.** II (§ 207 Nr. 1b), welche wiederholt ausspricht, daß die unkontrollierte Abgabe eines Schriftsatzes, z. B. der Berufungsschrift zur Wahrung der Notfrist nicht genügt.

I. Zustellungen auf Betreiben der Parteien.

§ 171. 1. Zustellung an nicht rechtsfähige Vereine. **RG.** I. R. **11** Nr. 171. Bei nicht rechtsfähigen Vereinen genügt die Zustellung an einen

der tatsächlich bestellten gesetzlichen Vertreter; ob dieser im Dienste der Klagepartei steht oder seine Wahl satzungswidrig war, kommt für die Stellung nach außen nicht in Betracht.

2. Zustellung an eine Reederei. OLG. **23** 90 β, HansGZ. **11** Hptbl. 169 (Hamburg). Zur Erhebung einer Klage gegen die Reederei genügt die Zustellung an den Korrespondentreeder. Vgl. § 50 Nr. I, § 253 Nr. I 2.

3. Zustellung an den Generalagenten einer Versicherungsaktiengesellschaft. R. **11** Nr. 791 (Colmar). Die an den Generalagenten anstatt an den Vorstand bewirkte Zustellung einer von einem Versicherungsnehmer gegen eine Versicherungsaktiengesellschaft erhobenen Klage ist nicht wirksam, es sei denn, daß der Generalagent deren Hauptbevollmächtigter (§ 115 Abs. 2 aE. PrivVersUntG.) oder Generalbevollmächtigter in dem in **RG. 69** 301 dargelegten Sinne oder im voraus von der Gesellschaft zu ihrer Vertretung bevollmächtigt wäre (LeipzZ. **07** 676).

4. Keine Heilung gemäß § 187. R. **11** Nr. 791 (Colmar). Dadurch, daß der Generalagent eine fälschlicherweise ihm zugestellte Klage (vgl. oben Nr. 3) an den Vorstand weitergegeben hat, wird der Verstoß gegen § 171 (sofern nicht auf dessen Rüge von der Gesellschaft verzichtet wird) nicht geheilt, denn der § 171 gehört nicht zu den Vorschriften, deren Verletzung im § 187 dann für unschädlich erklärt wird, wenn die Partei die Ladung empfangen hat.

§ 176. 1. NaumburgAK. **11** 23 (LG. Magdeburg). Ist einer der beiden Beklagten Prozeßbevollmächtigter des anderen, so genügt die Urteilszustellung an den Bevollmächtigten. Hierdurch ist beiden zugestellt.

2. Zustellung durch einen Bevollmächtigten. NaumburgAK. **11** 84 (Naumburg). Die Zustellung des Urteils muß durch den Prozeßbevollmächtigten, oder durch einen von diesem oder von der Partei schriftlich Bevollmächtigten erfolgen (§ 80). Ob § 174 BGB. Anwendung findet, so daß die Gültigkeit einer im mündlichen Parteiauftrage vorgenommenen Zustellung nach geschehener Zurückweisung nicht nachträglich durch Vorlegung einer schriftlichen Vollmacht nachgewiesen werden kann, wird dahingestellt gelassen, von Hirsch ebenda bejaht.

§ 189. Vgl. o. Ziff. 1 zu § 176.

§ 191. Nr. 2. Bezeichnung der Person, für welche zugestellt werden soll. **RG.** VII. 27. 9. 10, GruchotsBeitr. **55** 118, LeipzZ. **10** 930 Nr. 26, WarnE. **3** 413 — vgl. bereits den kurzen Bericht in JDR. **9** —. Die Person, „für welche zugestellt werden soll", ist nicht diejenige, von der der Gerichtsvollzieher den Zustellungsauftrag erhalten hat, sondern die die Zustellung betreibende Partei, gleichviel ob sie selbst oder für sie ihr Prozeßbevollmächtigter oder ein sonstiger Vertreter den Gerichtsvollzieher beauftragt hat (**RG. 17** 400). Dem Zustellungsempfänger muß lediglich irgendwie ersichtlich sein, daß die (nach altem Rechte erfolgte) Zustellung der Berufungsschrift für die unterlegene Partei oder für eine andere zur Einlegung des Rechtsmittels gesetzlich berechtigte Person erfolgt. Die Angabe des Auftraggebers in der Zustellungsurkunde ist nicht nötig. Daher ist die Zustellung der Berufungsschrift nicht deshalb unwirksam, weil in der Zustellungsurkunde als Auftraggeber der Anwalt erster, statt des Anwalts zweiter Instanz angegeben ist.

§ 203. KGBl. **11** 78 (LG. Berlin I). Die Bewilligung der öffentlichen Zustellung kann nicht aus dem Grunde versagt werden, weil der Schuldner einen Generalbevollmächtigten mit bekanntem Aufenthalte bestellt hat.

§ 204. OLG. **23** 141 (München). Das gemäß § 204 angegangene Gericht ist weder berufen noch in der Lage, die Gültigkeit des früheren Zustellungsakts mit

Wirksamkeit gegen den Beklagten festzustellen. Es hat auch nicht die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der nochmaligen Zustellung des Versäumnisurteils zu untersuchen.

§ 206. OLG. **23** 141 γ, HansGZ. **11** Beibl. 76 (Hamburg). An den Zustellungsempfänger darf das zur Zustellung angeheftete Schriftstück keinesfalls ausgehändigt werden. Ob es der die Zustellung betreibenden Partei ausgehändigt werden kann, ist streitig.

§ 207. 1. Zur Wahrung der Notfrist genügt die unkontrollierte Abgabe der Berufungsschrift, z. B. ihr Einwerfen in den Briefkasten des Berufungsgerichts nicht. a) **RG.** IV. 10. 3. 10, JDR. **9** Nr. 1 jetzt auch SeuffA. **66** 120. **b)** Ebenso **RG.** II. 7. 4. 11, **76** 127, JW. **11** 547 Nr. 28, R. **11** Nr. 2184. Die Einlegung eines Schriftstücks in einen für amtliche Briefschaften usw. eines Gerichts bestimmten am oder im Gerichtsgebäude oder in der Nähe befindlichen Briefkasten bildet nicht den Rechtsakt der Einreichung beim Gerichtsschreiber nach § 207 Abs. 2. Zu der letzteren gehört, daß das einzureichende Schriftstück in den Besitz des betreffenden zuständigen Gerichtsschreibereibeamten gelangt und die Zeit, wo dies geschieht, ist maßgebend für die Frage der Wahrung der Notfrist, die durch die Einreichung bedingt ist.

2. HansGZ. **11** Beibl. 51, R. **11** Nr. 358 (Hamburg). Die Notfrist der nach altem Rechte (vor 1. Juni 1909) eingelegten Berufung wird gewahrt durch Übergabe der Berufungsschrift an den zu deren Empfangnahme bereiten Gerichtsschreiber auch in dessen Wohnung am letzten Tage der Frist nach Schluß der Geschäftsräume des Gerichts. Hiermit soll aber nicht gesagt sein, daß nach heutigem Rechte ebenso zu entscheiden wäre. Die auf die Wortfassung des § 207 Abs. 2 „Einreichung bei dem Gerichtsschreiber" gestützte bisherige Judikatur verträgt eine Anwendung auf das jetzige Recht, das von Einreichung der „Berufungsschrift bei dem Berufungsgericht" (§ 518 Abs. 1) spricht, ohne weiteres jedenfalls nicht.

II. Zustellungen von Amts wegen.

§ 210. Hat im Amtsgerichtsprozesse die Beglaubigung der von dem Anwalte zur Zustellung eingereichten Klagabschriften durch den Anwalt oder durch den Gerichtsvollzieher zu erfolgen? (vgl. JDR. **9** a—f). **a)** Beglaubigung durch den Anwalt genügt nicht. JW. **11** 1019 (LG. Ravensburg). Im Amtsgerichtsprozesse genügt die Beglaubigung der von Amts wegen zuzustellenden Schriftstücke (Klagabschrift usw.) durch den Anwalt nicht. Der Anwalt hat nur eine beschränkte Beglaubigungsbefugnis; er ist insbesondere, von einigen Ausnahmen abgesehen, für Zustellungen von Amts wegen nicht als Beglaubigungsorgan bestimmt, so daß auch nicht angenommen werden kann, daß seine Beglaubigung im Amtsbetrieb ein zulässiger Ersatz für die an sich vorgeschriebene Beglaubigung durch das amtliche Organ, den Gerichtsschreiber, sei. **b)** Dagegen Hirschberg, Zur Auslegung der Zivilprozeßnovelle, R. **11** 409. Die Beglaubigung darf durch den Anwalt geschehen.

Dritter Titel. Ladungen, Termine und Fristen.

§ 219. Literatur: Laubhardt, Öffentlichkeit der Verhandlung und Lokaltermin, R. 11 425—431.

Laubhardt. Wenn in einem gemäß § 219 nicht an Gerichtsstelle abgehaltenen Termine verhandelt wird, so liegt keine öffentliche mündliche Verhandlung im Sinne von § 170 GVG. vor. Es können wohl Erklärungen abgegeben werden,

aber die mündliche Verhandlung hat keine rechtliche Wirksamkeit. Es muß daher, wenn gemäß § 219 ein Termin außerhalb der Gerichtsstelle abgehalten ist, ebenso verfahren werden, wie bei Terminen vor dem beauftragten oder ersuchten Richter, d. h. es muß noch ein Verhandlungstermin vor dem Prozeßgericht an Gerichtsstelle anberaumt werden.

Vierter Titel. Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 233. I. Allgemeines zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Anwendungsgebiet. 1. Aussichtslosigkeit des Rechtsmittels ist belanglos. **RG.** IV. JDR. **9** Nr. I jetzt auch GruchotsBeitr. **55** 121.

2. **RG.** VI. JW. **11** 329 Nr. 27, WarnE. **11** 222. Daß der Wiedereinsetzungsantrag nicht ausdrücklich auf § 235 gestützt wurde, ist unerheblich. Das Gericht hatte den Antrag und die zu seiner Begründung vorgetragenen Tatsachen unter jedem rechtlichen Gesichtspunkte zu prüfen und zu würdigen, der sich aus den gesetzlichen Bestimmungen ergab. Dahin gehörte neben § 233 auch § 235.

3. **RG.** II. 77 159, JW. **12** 42, R. **11** Nr. 3935. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist auch gegen die Versäumung der Frist zum Nachweis über die Zahlung des Gebührenvorschusses in der Revisionsinstanz (§ 554 Abs. 7) zulässig.

II. Einzelfälle. Bewilligung der Wiedereinsetzung. 1. Nachträgliche Bewilligung des Armenrechts. **RG.** VI. JW. **11** 988, WarnE. **11** 498 Nr. 449, R. **11** Nr. 3675. Wird auf ein rechtzeitiges Gesuch erst nach anfänglicher Ablehnung, sei es in der Beschwerdeinstanz oder auch in derselben Instanz das Armenrecht bewilligt, so liegt in der anfänglichen Ablehnung, infolgedessen die Berufungsfrist wegen unverschuldeter Anwaltlosigkeit versäumt wurde, ein unabwendbarer Zufall. Der erstergangene abweisende Beschluß kann, auch wenn er mit Beschwerde nicht angefochten werden konnte, nicht als rechtskräftige Entscheidung angesehen werden, nachdem das Berufungsgericht ihn gesetzlich zulässig durch den späteren Beschluß selbst außer Kraft gesetzt hat.

2. Verzögerung infolge Verweisung an den zuständigen Senat. **RG.** V. JW. **11** 186 Nr. 15, WarnE. **11** 123 Nr. 115, R. **11** Nr. 792. Unabwendbarer Zufall lag vor, da das Armenrechtsgesuch eine Woche vor Ablauf der Frist eingereicht worden und der Zeitverlust lediglich dadurch entstanden ist, daß das Gesuch einem unzuständigen Senate vorgelegt wurde, welcher die Sache erst an den zuständigen Senat abgeben mußte.

3. Ausfall des ordentlichen Sitzungstags. **RG.** VI. R. **11** Nr. 3334. Da das Armenrechtsgesuch fünf Tage vor Ablauf der Frist, also zeitig genug beim Gericht eingereicht worden ist, ist der ausnahmsweise Ausfall des ordentlichen Sitzungstags als unabwendbarer Zufall zu erachten.

4. **RG.** IV. JW. **11** 155, SeuffA. **66** 291, R. **11** Nr. 545. Die Wiedereinsetzung war, obwohl das Armenrechtsgesuch erst drei Tage vor Ablauf der Revisionsfrist beim RG. eingegangen war, aus besonderen Gründen zu bewilligen: Die auf ihren Antrag vom Berufungsgerichte geschiedene Ehefrau wollte nach Erlaß des Scheidungsurteils die Scheidung wieder rückgängig machen, erhielt aber von ihrem Anwalte II. Instanz den unzutreffenden Bescheid, daß die Rücknahme der Scheidungsklage nicht möglich sei, wurde dann auch vom OLG., an das sie sich wandte, ohne Rat gelassen, bis schließlich kurz vor Ablauf der Frist der Anwalt I. Instanz für sie das Armenrecht nachsuchte. Somit hat die Klägerin nur durch eine Reihe außergewöhnlicher Umstände die Revisionsfrist versäumt.

III. Ablehnung der Wiedereinsetzung. Verspätete Einreichung des Gesuchs (2 oder 3 Tage vor Ablauf der Frist).

1. **RG.** IV. JW. **11** 186 Nr. 14, R. **11** Nr. 793. Kein Grund zur Wiedereinsetzung, da das Armenrechtsgesuch so spät abgesandt worden ist, daß es erst drei Tage vor Ablauf der Frist beim RG. einging. Unter diesen Umständen konnte der Kläger auch nicht mit einiger Sicherheit darauf rechnen, daß über seinen Antrag rechtzeitig Beschluß gefaßt würde, um so weniger, als er dem Armenrechtsgesuche nicht einmal das Berufungsurteil beigefügt hatte, also erst die Prozeßakten — welche bereits zum LG. zurückgeschickt waren — eingefordert werden mußten.

2. **RG.** IV. JW. **11** 155, R. **11** Nr. 544. Der Umstand, daß außerordentlicherweise die an jedem Donnerstag stattfindende Sitzung des zuständigen Senats wegen des Himmelfahrtstags bereits am Mittwoch abgehalten worden ist und demgemäß die Bewilligung des Armenrechts erst in der nächsten Sitzung am kommenden Montage beschlossen werden konnte, gibt der Klägerin, deren Gesuch drei Tage vor dem Ende der Frist eingereicht worden ist, kein Recht auf Wiedereinsetzung.

3. **RG.** VI. WarnE. **11** 497. Die Versäumung der Notfrist ist nicht deshalb entschuldigt, weil der Rechtsanwalt, an den der Auftrag — zwei Tage vor Ablauf der Frist — gesendet wurde, in der Anwaltsliste gelöscht war und die rechtzeitige Einlegung der Revision durch einen anderen Anwalt nun nicht mehr möglich war. Die Partei durfte die Einlegung der Revision nicht bis fast zum Ende der Notfrist aufschieben.

§ 234. Abs. 1. BadRpr. **11** 81 (AG. Lahr). Infolge der Änderung der Novelle 1909 kann der Fall eintreten, daß das Wiedereinsetzungsgesuch rechtzeitig innerhalb zwei Wochen, dagegen der damit zu verbindende Einspruch verspätet (nach der ersten Woche) eingelegt wird. Hier liegt eine Lücke im Gesetze vor.

§ 235. **RG.** VI. JW. **11** 329 Nr. 27, WarnE. **11** 222. Das Gesuch braucht nicht ausdrücklich auf § 235 gestützt zu sein. Vgl. § 233 Nr. I 2.

Fünfter Titel. Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

§§ 239 ff. OLG. **23** 142 (KG.). Buch 1 Titel 5 gilt für alle Arten des Verfahrens, auch für das Beschwerdeverfahren.

§ 239. *Reichel, Prozesse des vorläufigen Erben. Über Aufnahme von Erblasserprozessen durch den vorläufigen Erben s. S. 52 ff.

§ 240. 1. **RG.** VI. R. **11** Nr. 3505. Gibt der Konkursverwalter, der sich zunächst einer Forderung berühmt hatte, auf die negative Feststellungsklage hin das Recht aus der Konkursmasse frei, so ist damit die Feststellungsklage, soweit sie gegen den Konkursverwalter gerichtet ist, gegenstandslos geworden. Hinsichtlich des konkursfreien Vermögensobjekts ist der Konkursverwalter auch nicht mehr legitimiert, den Rechtsstreit (zur Hauptsache) fortzusetzen. Der Kläger muß den Prozeß gegen den Gemeinschuldner persönlich fortsetzen.

2. Unterbrechung durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines notwendigen Streitgenossen s. § 249 Nr. 2.

3. Aufnahme des Verfahrens durch den Konkursverwalter gemäß § 10 KO. **RG.** I. JDR. **9** Nr. 4b jetzt auch GruchotsBeitr. **55** 124.

§ 241. *Deumer, BuschsZ. **41** 59 ff. Stirbt der Zwangsverwalter vor Aufhebung der Zwangsverwaltung, so tritt eine Unterbrechung des Prozeßverfahrens nicht ein. Die §§ 241, 246 ZPO. sind unanwendbar. Denn selbst, wenn man den Verwalter als gesetzlichen Vertreter ansieht, kann § 241 ZPO. deshalb nicht Anwendung finden, weil der § 241 ZPO. sowohl eine bei Bestellung des Vertreters vorhandene als auch bei Wegfall des Vertreters noch andauernde Prozeßunfähigkeit der vertretenen Partei voraussetzt. Beide Voraussetzungen treffen aber hier nicht zu, da der Schuldner durch die Anordnung der Zwangsverwaltung überhaupt nicht prozeßunfähig ge-

worden ist. Das Prozeßverfahren nimmt vielmehr ohne Unterbrechung seinen Fortgang; an Stelle des weggefallenen Zwangsverwalters wird das Vollstreckungsgericht mit tunlichster Beschleunigung einen neuen Zwangsverwalter ernennen. In diesem Falle tritt nur ein Wechsel in der Person des Verwalters, d. h. ein Wechel des persönlichen Trägers (Funktionärs) der sich aus der Zwangsverwaltung ergebenden Rechte und Pflichten ein, der ebensowenig eine Rechtsnachfolge bedeuten kann, wie wenn ein Wechsel in der Person des Konkursverwalters stattfindet. Da keine Rechtsnachfolge vorliegt, sind daher die besonderen Vorschriften über die Vollstreckung für oder gegen einen Rechtsnachfolger (§ 727 ZPO.) unanwendbar. Der neue Zwangsverwalter kann also ohne weiteres die für den früheren Verwalter lautende Ausfertigung benutzen.

§ 242. **RG.** IV. 9. 3. 11, **75** 363, R. **11** Nr. 1776. Es ist nicht gerechtfertigt, die Anwendbarkeit des § 242 mit der herrschenden Meinung auf die Fälle der vom Vorerben über eigentliche Nachlaß*aktiven* geführten Prozesse zu beschränken. § 242 gilt vielmehr auch, wenn der Streit den Umfang des Erbteils selbst betrifft, z. B. die Frage, ob der Vorerbe seinen Miterben gegenüber verpflichtet ist, bei Ermittelung seines Erbteils gewisse Vorempfänge und einen dem Erblasser als Darlehen geschuldeten Betrag sich anrechnen zu lassen. Die Nacherben sind an der richterlichen Entscheidung hierüber, wenn nicht ausschließlich, so doch in vorderster Reihe beteiligt. Es würde zu einer zwecklosen Häufung von Prozessen führen, wenn der durch den Eintritt der Nacherbfolge unterbrochene Prozeß formell nur mit den gesetzlichen Erben des Vorerben zu Ende zu führen wäre, der eigentliche Streitgegenstand aber materiell in einem neuen Prozesse zwischen dem Testamentsvollstrecker und den Nacherben zur Erledigung gebracht werden müßte.

§ 246. 1. **RG.** VI. WarnE. **11** 431 Nr. 386. Keine Unterbrechung des Verfahrens, wenn die ursprüngliche Klägerin, eine Aktiengesellschaft, im Laufe des Prozesses ihr Vermögen an eine andere übertragen, das aber nicht angezeigt und selbst weiterverhandelt hat.

2. Aussetzungsantrag des Nebenintervenienten. **RG.** IV. JW. **11** 99 Nr. 26, WarnE. **11** 94 Nr. 88, R. **11** Nr. 546. Der Nebenintervenient kann den Aussetzungsantrag nicht stellen, da das Recht, die Aussetzung zu verlangen, nicht der durch den Wegfall des gesetzlichen Vertreters betroffenen Partei, sondern lediglich ihrem Prozeßbevollmächtigten verliehen ist und der Nebenintervenient nicht befugt ist, solche Rechte geltend zu machen, die nur dem Prozeßbevollmächtigten der Hauptpartei zustehen.

3. Aussetzung oder Vertagung? OLG. **23** 143 (Breslau). Durch eine gemäß §§ 139, 144 getroffene Anordnung (Bestimmung einer Frist von vier Monaten zur Beibringung erforderlicher Urkunden) wird nicht eine Aussetzung des Verfahrens, sondern lediglich eine Vertagung der Verhandlung von Amts wegen herbeigeführt.

§ 249. 1. Ein während der Unterbrechung oder Aussetzung erlassenes Urteil ist nicht von selbst wirkungslos. **a)** OLG. **23** 94 (KG.). Die Unzulässigkeit und Unwirksamkeit der Verhandlung ergreift auch die auf Grund dieser Verhandlung ergangene Entscheidung. Das Urteil ist aber nicht von selbst wirkungslos, sondern muß erst durch die ordnungsmäßigen Rechtsmittel beseitigt werden. **b)** OLG. **23** 143 (KG.). Ein während der Unterbrechung erlassenes Urteil ist nicht in dem Sinne wirkungslos, daß es einfach als nicht vorhanden betrachtet werden könnte, es ist so lange als wirksam zu behandeln, bis es mit den zulässigen Rechtsbehelfen beseitigt ist. Der Erlaß eines solchen Urteils ist ein wesentlicher Verfahrensmangel (§ 539).

2. Tod oder Konkurs eines notwendigen Streitgenossen. a) OLG. **23** 94 (KG.). Wenn mit Rücksicht auf den Tod eines notwendigen Streitgenossen das Verfahren ausgesetzt wird, so tritt die Wirkung des § 249 gegenüber allen Streitgenossen ein. b) ElsLothJZ. **11** 347 (Colmar). Sind zwei notwendige Streitgenossen verklagt und wird das Verfahren gegen den einen durch Konkurs unterbrochen, so äußert diese Unterbrechung notwendig auch den anderen Streitgenossen gegenüber dahin ihre Wirkung, daß der Antrag auf Erlaß eines Urteils zur Hauptsache gegen diesen Streitgenossen ohne rechtliche Wirkungen sein muß, da mit dem Erlasse des beantragten Urteils die Möglichkeit geschaffen würde, den beiden Beklagten gegenüber einander widersprechende Urteile abzugeben.

§ 250. 1. Aufnahme nach Erlaß des Berufungsurteils. **RG.** VI. WarnE. **11** 527, R. **11** Nr. 3676. Die Zustellung des Aufnahmeschriftsatzes muß, solange noch kein Prozeßbevollmächtigter für die Revisionsinstanz bestellt ist, an den für die Berufungsinstanz bestellten Vertreter erfolgen. Die Zustellung an den Anwalt erster Instanz ist wirkungslos.

2. Gleichzeitige Zustellung der Aufnahmeerklärung mit der Revisionsbegründung. Heilung des Mangels. **RG.** VI. JW. **11** 769 Nr. 32, R. **11** Nr. 3207. Da die Aufnahmeerklärung der Zustellung bedarf, während die Revisionsbegründung nach § 554 Abs. 2 durch Einreichung eines Schriftsatzes erfolgt, ist die gleichzeitige Zustellung der Aufnahmeerklärung und der Revisionsbegründung nicht möglich. Jedoch genügt es für die Wirksamkeit der in der Revisionsbegründung enthaltenen Aufnahmeerklärung, daß die Partei den Mangel in der mündlichen Verhandlung nicht gerügt hat.

Zweites Buch. Verfahren in erster Instanz.

Erster Abschnitt. Verfahren vor den Landgerichten.

Erster Titel. Verfahren bis zum Urteil.

Vorbemerkung: 1. Zu § 256. Das **RG.** hält an dem Grundsatze fest, daß zur Feststellungsklage ein in der Schwebe befindliches Rechtsverhältnis, eine „schwebende Ungewißheit" genügt (Nr. II 4).

2. Zu § 260. Ausführlich wird vom **RG.** (Nr. 1) dargelegt, daß die eventuelle Klagenhäufung zulässig ist. Wegen des Eventualantrags in der Berufungsinstanz vgl. § 537.

3. Zu § 265 ist über verschiedene wertvolle Literatur berichtet. Mit dem Übergang der Ersatzansprüche auf Armenverband und Versicherungsanstalt beschäftigt sich **RG.** VI (Nr. 4).

4. Zu § 271. Praktisch wichtige und häufige Streitfragen zur Lehre von der Klagerücknahme sind in mehreren Entscheidungen des **RG.** behandelt worden, insbesondere die Rücknahme während der Rechtsmittelinstanz (Nr. II) und die Bedeutung für die Verjährung (Nr. IV 1 und 2).

Vor **§ 253.** 1. Rechtsschutzvoraussetzungen. Hierüber s. oben Allg. Vorbem. A.

2. *Tacken, Ratschläge für das Assessorexamen (Berlin 1910, Heymann) 60 ff. I. Die Klage hat heute eine doppelte Funktion. Sie dient: a) als Mittel der Rechtsverwirklichung. Die auf diese Klagen ergehenden Urteile haben deklaratorische Wirkung. Das Ziel der Klage kann sein: 1. totale Verwirklichung des Rechtes, dann heißt sie Leistungsklage, 2. teilweise Verwirklichung, nämlich zur Klärung der Rechtslage, dann heißt sie Feststellungsklage; b) als Mittel

der Rechtsschaffung: Rechtsgestaltungsklagen. Die hier ergehenden Urteile haben konstitutive Wirkung. II. Vorstehender Aufbau des formell-rechtlichen Klagensystems wird von der Rechtslehre nicht beliebt, obwohl er der Logik entspricht. Beliebt ist vielmehr die Dreiteilung: Leistungs-, Feststellungs- und Rechtsgestaltungsklagen. Diese Einteilung ist nicht unzulässig, wenn man nur beachtet, daß die Leistungs- und Feststellungsklagen nur zwei verschiedene Formen ein- und derselben materiell-rechtlichen Klage sind (68). III. Ein Klagensystem des materiellen Rechtes läßt sich bei der mannigfaltigen Gestaltung der vom heutigen Rechte gewährten Ansprüche kaum aufstellen. Das ist auch nicht nötig. Wesentlich ist aber die Erkenntnis, daß keine Klage durchdringen kann, ohne einen materiellen Rechtssatz (fundamentum agendi), der besagt, daß unter den und jenen Voraussetzungen der erhobene Anspruch gerechtfertigt sei (67). Eine Ausnahme machen lediglich die besonderen prozeßrechtlichen Klagen, zu denen z. B. zu zählen sind die statusrechtlichen Feststellungsklagen, die Klage gemäß § 1003 BGB. auf Feststellung der Höhe der Verwendungen und die actio iudicati (98, 99), nicht aber die Vollstreckungsgegenklage, auch nicht die Interventionsklage. IV. Wenn eine Klage charakterisiert werden soll, so muß ermittelt werden: a) welche Klage des materiellen Rechtes vorliegt, d. h. welcher Rechtssatz des materiellen Rechtes das fundamentum agendi abgibt, b) zu welcher Gruppe der Klagen des formell-rechtlichen Klagensystems sie gehört, d. h. in welchem prozessualen Gewande jenes fundamentum agendi erscheint. Ein und dieselbe materiell-rechtliche Klage kann nun in folgenden prozessualen Formen vorkommen: A. als Leistungsklage. Eine solche setzt voraus 1. ein fundamentum agendi remotum, d. h. einen materiellen Rechtssatz, auf dem der Anspruch des Klägers beruht, 2. ein fundamentum agendi proximum, d. h. die Darlegung, daß alle Tatumstände erfüllt sind, an welche das Gesetz den Anspruch knüpft, 3. eine Rechtsverletzung durch den Beklagten (69); B. als Feststellungsklage, und zwar: a) als allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO. Diese kann wieder sein: α. eine positive: Diese setzt voraus: 1. ein fundamentum agendi remotum, 2. ein fundamentum agendi proximum, 3. ein Feststellungsinteresse (73); β. eine negative. Diese hat als solche nur formelle Voraussetzungen, nämlich 1. ein Feststellungsinteresse, 2. eine Rechtsanmaßung des Beklagten. Sie ist Verteidigung in Angriffsform. Materiell ist der Beklagte der Angreifer. In seinem Vorbringen sind daher das fundamentum agendi remotum, wie auch proximum zu suchen (77, 78). Das gilt für alle Klagen, die in negativer Feststellungsform erhoben werden; b) als besondere Feststellungsklage, bei der ein Feststellungsinteresse nicht erforderlich ist. Hier kann sie vorkommen: α. als konkursrechtliche Feststellungsklage nach § 146 KO., die wieder sein kann 1. eine positive, 2. eine negative (78—82); β. als Inzidentfeststellungsklage nach § 280 ZPO., die gleichfalls sein kann: 1. eine positive (Inzidentklage), 2. eine negative (Inzidentwiderklage) (82, 83); γ. als Vollstreckungsgegenklage nach § 767 oder Veränderungsklage nach § 323 ZPO., die aber beide ihrer Natur nach nur als negative Feststellungsklagen denkbar sind (84 ff.). Näheres Tacken zu § 767; δ. als Interventionsklage nach § 771 bzw. als Aussonderungsklage nach § 43 KO., die jedoch beide nur als positive Feststellungsklagen, nicht auch als negative vorkommen (86 ff., 94 f.). Näheres Tacken zu § 771 ZPO. und § 43 KO. V. Die Rechtsgestaltungsklagen entlehnen, gerade wie die Leistungs- und Feststellungsklagen, ihr fundamentum agendi, von dem man jedoch hier in etwas anderem Sinne sprechen muß, grundsätzlich dem materiellen Rechte. Wie es aber speziell prozeßrechtliche Feststellungsklagen gibt (vgl. oben III), so gibt es auch speziell prozeßrechtliche Rechtsgestaltungsklagen, z. B. Klagen auf Beseitigung einer Vollstreckungsklausel, eines Schiedsspruchs oder eines Ausschlußurteils. Auch ihre Eigenart besteht darin, daß lediglich das Prozeßrecht darüber entscheidet, ob und wann sie begründet sind (100).

§ 253. I. Die Parteibezeichnung (Abs. 2 Nr. 1). 1. Auslegung. a) BayRpflZ. **11** 139 (BayObLG.). Auslegung, ob eine Klage gegen die Ortsgemeinde oder gegen die politische Gemeinde erhoben ist, zu der die Ortsgemeinde gehört. b) Firma. SächsOLG. **32** 512 (Dresden). Die Verurteilung einer Firma richtet sich gegen denjenigen, der zur Zeit der Klagerhebung Inhaber der Firma ist, auch dann, wenn als solcher im Handelsregister noch sein Vorgänger eingetragen ist (§§ 17, 31 Abs. 1 HGB.).

2. Ergänzung. OLG. **23** 90 β, HansGZ. **11** Hptbl. 169 (Hamburg). Dem § 253 ist genügt, wenn in einer Klageschrift die Reederei eines bestimmten Dampfers als beklagte Partei bezeichnet wird. Sollte es im Laufe des Prozesses nötig werden, die einzelnen Mitreeder namhaft zu machen, so würde das immer noch nachträglich geschehen können. Vgl. § 50 Nr. I, § 171 Nr. 2.

3. Berichtigung der unrichtigen Parteibezeichnung. a) Falsa demonstratio non nocet. **RG.** I. JW. **11** 101, SeuffA. **66** 336, R. **11** Nr. 547. Fehlerhafte Bezeichnung der Partei schließt nicht ohne weiteres die Gültigkeit der Klagerhebung aus, und nachdem der Mangel durch den dem Beklagten zugestellten Schriftsatz, der die erforderliche Berichtigung in der Bezeichnung der Klägerin enthielt, beseitigt worden war, lag kein Anlaß mehr vor, die nunmehr berichtigte Klage aus diesem Grunde abzuweisen. Die Berichtigung überschreitet nicht die Grenzen des § 268 Nr. 1 und es wird auch kein berechtigtes Interesse des Gegners verletzt, wenn der Prozeß seinen Fortgang nimmt. Ob anders zu entscheiden wäre, wenn die ursprüngliche Ungewißheit über die Person des Klägers wesentliche Nachteile für den Beklagten mit sich gebracht hätte, kann dahingestellt bleiben. Für Fälle der vorliegenden Art gilt der Grundsatz: falsa demonstratio non nocet. b) Einspruch gegen Versäumnisurteil wegen unrichtiger Bezeichnung. OLG. **23** 145 (Braunschweig). Jeder, der durch eine falsche Parteibezeichnung betroffen ist, ist berechtigt, diejenigen Rechtsbehelfe geltend zu machen, die zur Beseitigung des Urteils gegeben sind. So hat, nachdem ein gegen die Firma „Heinr. H." erwirktes Versäumnisurteil unter der Adresse „Firma Heinr. H., Inhaberin Frau H. H.", der Frau Emma H. zugestellt und vollstreckt worden war, deren Ehemann mit Recht Einspruch erhoben. Denn er hatte nach Lage der Sache alle Veranlassung zu der Besorgnis, daß das Urteil auch gegen ihn würde vollstreckt werden. c) Unschädliche Verwechslung des Vornamens. OLG. **23** 145 (München). Die gegen „Johann B." gerichtete Klage konnte im Laufe des Prozesses dahin berichtigt werden, daß der Beklagte nicht Johann B., sondern Josef B. heißt. Denn da der Kläger Rechte nur gegen letzteren geltend machen wollte, lag nur eine unschädliche Verwechslung des Vornamens vor. — Johann B. hat sich daher ohne Grund in den Rechtsstreit gemischt und hat die dadurch entstandenen Kosten nach § 91 zu tragen. d) BreslauAK. **11** 22 (Breslau). Die gegen die „Verwaltung der Fideikommißherrschaft" gerichtete Klage kann zulässigerweise als Klage gegen den Fideikommißbesitzer berichtigt werden. e) Berichtigung der Parteibezeichnung s. auch unten § 319 Nr. 2.

II. Bestimmte Angabe des beanspruchten Gegenstandes, Klagegrundes und Antrags (Abs. 2 Nr. 2). 1. OLG. **23** 147 (Naumburg). Da zwischen den Parteien streitig ist, ob die Monatsraten von 500 M. im voraus oder nachträglich zu zahlen sind, genügt der Antrag, zur Zahlung von 500 M. zu verurteilen, nicht.

2. Antrag in Abzahlungsprozessen. *Hörle, Abzahlungsgeschäfte, GruchotsBeitr. **55** 214 ff., 218. In Abzahlungsprozessen fehlt dem Klagantrag auf Zahlung des Restkaufpreises und für den Fall, daß nicht bezahlt wird oder die Zwangsvollstreckung erfolglos verlaufen ist, auf Zulassung der zwangsweisen

Veräußerung der Kaufsache zwecks Befriedigung des Klägers die nach Nr. 2 erforderliche Bestimmtheit. S. auch Hörle, Abzahlungsgeschäfte, Anh. zu § 346 BGB.

3. Wesen des Klagegrundes. RG. VI. JW. **11** 457 Nr. 30, SeuffBl. **11** 595. Der Kläger braucht einen bestimmten (abstrakten) Rechtssatz, aus dem der Anspruch hergeleitet wird, nicht namhaft zu machen oder durch den geltend gemachten Rechtssatz in diesem Sinne den Klagegrund nicht zu kennzeichnen. Ob im übrigen das Wesen des Klagegrundes in der tatsächlichen Substantiierung des Klagevorbringens zu finden sei (Gaupp-Stein [9] 552 § 253 III; 614 § 268 I) oder aber in der Individualisierung der bestimmten Angabe des konkreten Rechtsverhältnisses, das der Kläger zum Gegenstande des Prozesses macht (Hellwig, Lehrbuch III 1, 15 ff. § 143; 227 ff. §§ 165 ff.; Seuffert [11] 373 § 253 Anm. 4), läßt RG. dahingestellt. — Vgl. § 268 Nr. 1.

4. WürttJ. **23** 151 (Stuttgart). Das Gericht ist nicht befugt, die Klage von einem rechtlichen Gesichtspunkt aus, den der Kläger nicht geltend gemacht hat, für begründet zu erklären, wenn zwecks Gründung der Klage auf einen anderen rechtlichen Gesichtspunkt auch eine Änderung in der tatsächlichen Begründung der Klage eintreten muß, so daß eine unzulässige Klagänderung vorliegt. Nur, wenn die zur Begründung der Klage vorgetragenen und nicht bloß gelegentlich erwähnten Tatsachen ohne weiteres die Klage als von einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt aus begründet erscheinen lassen, ist der Kläger nicht an der Geltendmachung des anderen Gesichtspunkts gehindert.

§ 254. 1. Klagenverbindung. OLG. Dresden JDR. **9** Nr. 2 jetzt auch SächsRpflA. **11** 131.

2. Unzulässigkeit eines Beweisbeschlusses. R. **11** Nr. 1165 (Braunschweig). Im Falle des § 254 kann über die Auskunft und den Offenbarungseid nicht ein Beweisbeschluß angeordnet werden, sondern es ist darüber durch Teilurteil zu entscheiden.

3. Schadensersatzanspruch in der Berufungsinstanz, nachdem Beklagter der Verurteilung zur Rechnungslegung nicht Genüge geleistet hat. RG. VI. JW. **11** 91 Nr. 10. Der Senat hält an der Entscheidung RG. **61** 405 fest und läßt die Erhebung des auf § 283 BGB. gestützten Schadensersatzanspruchs gemäß § 529 ZPO. nicht zu. Er verkennt nicht, daß dieses in seinem theoretischen Aufbaue kaum anfechtbare Urteil manches praktische Bedenken erweckt, hat jedoch, da auch gegen die Zulassung des Anspruchs in der Berufungsinstanz solche Bedenken bestehen, keinen hinreichenden Anlaß gefunden, von seiner Ansicht abzugehen.

4. Streitwert. OLG. **23** 158, SächsOLG. **32** 128 (Dresden). Beispiel einer Berechnung des Streitwerts, wenn im Falle des § 254 die Klage auf Rechnungslegung abgewiesen wird.

§ 256. Literatur: Blüher, Zur Feststellungsklage in der Verwaltungsrechtspflege, SächsOVG. **16** 1—15, 97—120.

I. Allgemeines. *Tacken, Ratschläge (vgl. vor § 253). Zulässig ist die Feststellung eines jeden bürgerlichen Rechtsverhältnisses gemäß § 256, soweit nicht entweder das 6. Buch eingreift oder besondere Gerichte berufen sind (z. B. § 155 ZustG.) oder der Streit dem freiwilligen Richter zugewiesen ist (74). — § 256 gewährt ein Recht zur Erhebung der sog. allgemeinen Feststellungsklagen. Daneben gibt es besondere, deren Eigentümlichkeit darin besteht, daß es keines Feststellungsinteresses bedarf. Dahin gehören die Fälle § 146 KO., §§ 280, 323, 767 und mit Einschränkungen auch 771 ZPO. (vgl. Tacken zu diesen Paragraphen). Verschieden davon sind die Fälle der besonderen prozeßrechtlichen Feststellungsklagen, deren Eigenart darin liegt, daß sie keines materiellen fundamentum agendi bedürfen, weil sie nur Tatsachen feststellen (67, 79, 98 ff.). — § 256 umfaßt positive und nega-

tive Feststellungsklagen. Letztere sind Verteidigungen in Angriffsform. Die Klagebegründung bei letzteren ist nur eine publizistische und erfordert nur die Behauptungen, daß der Beklagte sich ein Recht anmaßt und daß ein Feststellungsinteresse besteht (77). Das materielle fundamentum agendi ist dem Vorbringen des Beklagten zu entnehmen (78).

II. Rechtsverhältnis. 1. Die nach Verjährung des Wandelungs- und Minderungsanspruchs verbleibende Einrede des § 478 BGB. kann durch Feststellungsklage geltend gemacht werden. **RG.** V. 19. 10. 10 JDR. **9** Nr. I 2 jetzt auch JW. **11** 33, SeuffA. **66** 184.

2. Feststellungsklage nach Beendigung des Dienstvertrags? BadRpr. **11** 253 (Karlsruhe). Besteht zwischen den Parteien kein Streit mehr darüber, daß der Dienstvertrag zwischen ihnen infolge der Kündigung aufgelöst ist und begehrt der Kläger nur noch die Feststellung, daß die Kündigung ungerechtfertigt war, so fehlt es an einem festzustellenden Rechtsverhältnisse. Zur Entscheidung von Tat- und Rechtsfragen ist die Feststellungsklage nicht gegeben.

3. Inwieweit ist ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien erforderlich? (vgl. JDR. **9** Nr. I 4). Klage des zukünftigen Erben. **RG.** IV. 15. 12. 10, JW. **11** 186 Nr. 16, LeipzZ. **11** 298 Nr. 24, R. **11** Nr. 794. Soweit in der bisherigen Rechtsprechung eine Feststellungsklage zugelassen worden ist, ohne daß sich aus dem als bestehend oder nichtbestehend festzustellenden Rechtsverhältnis unmittelbare Beziehungen zwischen den Parteien ergeben, haben sich doch in jedem Falle aus dem streitigen Rechtsverhältnisse wenigstens mittelbare Wirkungen auf die rechtlichen Beziehungen der Parteien zueinander ergeben, und zwar Wirkungen, die nicht erst für die Zukunft erwartet wurden, sondern solche, die schon in der Gegenwart gegeben waren (vgl. **RG. 41** 345, GruchotsBeitr. **38** 1049). Der Umstand, daß der Kläger sich eine mehr oder minder begründete Hoffnung darauf macht, er selbst oder vielleicht sogar nur seine Kinder würden dereinst seine Schwester beerben, gibt ihm kein Recht, über deren Kopf hinweg an Stelle ihres gesetzlichen Vertreters mit ihren Vertragsgenossen über das Bestehen oder Nichtbestehen der durch den Vertrag hergestellten Vertragsbeziehungen zu streiten.

4. Es genügt ein in der Schwebe befindliches Rechtsverhältnis. **RG.** IV. 2. 3. 11, **75** 406, JW. **11** 406 Nr. 23, R. **11** Nr. 1593 hält an der Entscheidung JDR. **9** Nr. I 5 fest. Wenn in einem Testament einer juristischen Person ein gemäß Art. 6 § 1 PrAGBGB. der Königlichen Genehmigung bedürftiges Vermächtnis ausgesetzt ist, so bestehen schon vor Erteilung dieser Genehmigung zwischen dem Erben und der Vermächtnisnehmerin rechtliche Beziehungen (vgl. **RG.** JW. **98** 639 Nr. 4). Die Zuwendung ist bis zur Erteilung der Genehmigung nicht schlechthin nichtig, die Genehmigung hat rückwirkende Kraft (Art. 86 EGBGB.). Es handelt sich um ein in der Schwebe befindliches Rechtsverhältnis, um die sog. „schwebende Ungewißheit". (Daher ist eine Feststellungsklage dahin zulässig, daß der Erbe verpflichtet sei, ein einer juristischen Person ausgesetztes Vermächtnis im Werte von mehr als 5000 M. zu zahlen, sobald die Genehmigung des Landesherrn zum Erwerb erteilt sein werde.)

III. Rechtliches Interesse. 1. Feststellung von Schadensersatzansprüchen. **RG.** VI. WarnE. **11** 191. Für Schadensersatzansprüche aus dem HaftpflG. und aus unerlaubter Handlung bietet die kurze Verjährung nach § 8 HaftpflG. und nach § 852 BGB., für Schadensersatzansprüche aus Unfällen überhaupt aber die Schwierigkeit der Feststellung des Vorganges nach Ablauf einer längeren Zeit eine genügende rechtliche Grundlage für die Erhebung der Feststellungsklage.

2. Feststellungsinteresse trotz Anerkennung der Verpflichtung. a) RG. III. R. 11 Nr. 554. Es genügt, wenn das Feststellungsinteresse bis zum Zeitpunkte der Urteilsfällung entstanden ist. Hat der Beklagte in erster Instanz den vom Kläger behaupteten Anspruch bestritten, so genügt die bloße Erklärung des Beklagten in zweiter Instanz, daß er den in der ersten eingenommenen Standpunkt aufgebe und seine vom Kläger behaupteten Verpflichtungen anerkenne, nicht, um das Feststellungsinteresse des Klägers zu vernichten. Durch diese Erklärung wird keineswegs dieselbe Wirkung erzielt, wie durch ein rechtskräftiges Urteil; dem Zwecke des Prozesses und dem Rechtsschutzbedürfnisse des Klägers entspricht es, trotz der Anerkennung der einmal begründeten Feststellungsklage weiteren Lauf zu lassen. b) SeuffBl. 11 741 (München). Dem Feststellungsanspruche kann sich der Beklagte nicht durch Anerkennung seiner Haftung hinsichtlich des künftigen Schadens entziehen. Allerdings bewirkt die Anerkennung des Beklagten eine Unterbrechung der Verjährung (RG. 63 388), aber gemäß §§ 852, 217 nur auf drei Jahre, während der Eintritt der weiter zu befürchtenden Schadensfolgen erst mit der vollständigen Reife der Klägerin zu erwarten ist. Dadurch würde Klägerin zu neuerlicher Feststellungsklage vor Ablauf von drei Jahren, mindestens aber dazu genötigt, den Beklagten jeweils vor Ablauf von drei Jahren immer wieder von neuem zur Erklärung über Anerkennung seiner Haftung zu provozieren. Dies ist der Klägerin nicht zuzumuten.

3. Klage auf Feststellung einer Grunddienstbarkeit. a) RG. V. R. 11 Nr. 1167. Klage auf Feststellung einer Grunddienstbarkeit ist an Stelle der Duldungsklage dann zulässig, wenn es sich um ein nicht eingetragenes, auf Ersitzung gestütztes Recht handelt und Unterwerfung unter das Feststellungsurteil vorauszusehen ist. b) R. 11 Nr. 3208 (BayObLG.). Die Klage auf Feststellung des Bestehens einer Grunddienstbarkeit ist mangels rechtlichen Interesses unzulässig, wenn der Kläger mittels Grundbuchberichtigungsklage die Eintragung im Grundbuch erlangen kann.

4. Feststellungsklage des Gläubigers trotz Klage des Schuldners auf Löschung des eingetragenen Rechtes. RG. V. R. 11 Nr. 3677. Durch die Klage des Schuldners auf Löschung des angeblich nicht mehr bestehenden, aber noch eingetragenen Rechtes wird das Interesse des Gläubigers an der Feststellung des Rechtes nicht beseitigt. Denn durch die Abweisung der Löschungsklage würde der streitige Inhalt und Umfang des Rechtes in einer der Rechtskraft fähigen Weise nicht festgestellt.

5. Feststellungsklage auf Grund des Vollstreckungsbefehls. OLG. 23 150 (KG.). Da die Möglichkeit einer zweiten Ausfertigung des Zahlungs- und Vollstreckungsbefehls ausgeschlossen ist, hat der Gläubiger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung, daß der Beklagte noch aus dem Vollstreckungsbefehle schuldet.

6. Keine Klage auf Feststellung der Ungültigkeit des Prozeßvergleichs. OLG. 23 151 (Dresden). Die Frage der Gültigkeit des Prozeßvergleichs ist durch Fortsetzung des Vorprozesses auszutragen. Für eine Klage auf Feststellung der Ungültigkeit des Vergleichs fehlt es daher an rechtlichem Interesse.

7. Keine Klage auf Feststellung der Legitimation durch nachfolgende Ehe, wenn der Vater verstorben ist. SeuffA. 66 251 Nr. 126, MecklZ. 29 302 (Rostock). Das durch nachfolgende Ehe legitimierte Kind kann nicht gegen die Mutter und die in der Ehe geborenen Geschwister auf Feststellung der Legitimation klagen. Da die Klage nicht auch gegen den — verstorbenen — Vater gerichtet ist, hat das Urteil die Wirkung aus § 643 ZPO. nicht. Die Eintragung im Standesregister kann das Kind demnach nicht erreichen. Es

fehlt also am rechtlichen Interesse. Ob ein etwaiges Bestreiten der Legitimation durch die Parteien zur Begründung des Interesses ausreichen würde, kann unerörtert bleiben, da ein Bestreiten nicht erfolgt ist.

8. ElsLothJZ. **11** 536 (Colmar). Am Feststellungsinteresse fehlt es dem Kläger dann, wenn er in einem Streite darüber, ob aus einer ihm zur Einziehung überwiesenen Forderung er oder ein anderer Forderungsprätendent befriedigt werden soll, die Klage auf Feststellung der Unrechtmäßigkeit des Widerspruchs gegen seine Befriedigung nicht gegen seinen Prätendenten oder gegen ihn und den Drittschuldner, sondern gegen den letzteren allein richtet.

9. Feststellungsklage des Testamentsvollstreckers, ob jemand Miterbe sei. HansGZ. **11** Beibl. 212 (Hamburg). Wenn auch an sich der Testamentsvollstrecker keine Befugnis hat, in dem Streite, wer Erbe sei, eine der Parteien zu vertreten, so kann es doch Verhältnisse geben, in denen der Vollstrecker Interesse an alsbaldiger Feststellung hat, ob jemand Miterbe sei. Die Entscheidung wirkt dann aber nur für und gegen die Parteien in diesem Prozesse, nicht gegenüber den anderen Miterben.

IV. Insbesondere Interesse an alsbaldiger Feststellung. 1. Zweideutiges Verhalten des Gegners berechtigt zur Feststellungsklage. **RG.** VII. R. **11** Nr. 550. Stellt sich die Behauptung des Klägers als richtig heraus, so erscheint das Verhalten des Beklagten zum mindesten als ein so zweideutiges, daß dem Kläger, welcher als Konkursverwalter auf eine schleunige und zuverlässige Aufklärung der die Aktivmasse betreffenden Rechtsverhältnisse bedacht sein mußte, ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung der Gläubigerschaft im Sinne des § 256 nicht abgesprochen werden kann.

2. OLG. **23** 148 (KG.). Durch eine bloße Regreßmöglichkeit wird das Interesse an alsbaldiger Feststellung des Nichtbestehens des Miteigentums des Beklagten nicht dargetan.

3. Zulässigkeit der Feststellungsklage trotz möglicher Leistungsklage. a) Da Kläger noch nicht in der Lage ist, schon jetzt alle Einzelleistungen einzuklagen. **RG.** III. JDR. **9** Nr. III 2 a jetzt auch GruchotsBeitr. **55** 1055, SeuffA. **66** 250 Nr. 125. b) Ebenso **RG.** VI. WarnE. **11** 191. Daß ein Teil des Schadens jetzt bereits mit der Leistungsklage hätte geltend gemacht werden können, hindert die Anbringung der Feststellungsklage für den ganzen Anspruch nicht und zwingt den Verletzten nicht, seinen Antrag in einen Leistungs- und einen Feststellungsantrag zu spalten. c) **RG.** III. JW. **11** 815 Nr. 26. Trotz möglicher Leistungsklage ist die Feststellungsklage zulässig, wenn ein Anspruch, dessen genauer Inhalt erst durch Darlegung und Nachweisung einer Menge von Tatumständen ermittelt werden könnte, von dem Beklagten überhaupt bestritten wird, sowie wenn die Feststellungsklage voraussichtlich annähernd das gleiche Ergebnis wie die Leistungsklage haben wird (baldige Erledigung des Streites ohne weitere Schwierigkeiten nach Entscheidung über die Frage der Gültigkeit des Vertrags). d) Feststellung des Bestehens einer Gesellschaft. **RG.** V. LeipzZ. **11** 846 Nr. 32, R. **11** Nr. 3210. Wenn eine Leistungsklage das gesamte durch die Gesellschaft begründete Rechtsverhältnis der Parteien umfassen und somit ihrerseits das Interesse des Klägers erschöpfend wahren und zu dem gleichen Ziele führen kann wie die Feststellungsklage, so ist nicht einzusehen, inwiefern der Kläger noch ein rechtliches Interesse an einer besonderen Feststellung des Bestehens des Gesellschaftsverhältnisses soll haben können. Durch die bloße Möglichkeit einer Klage auf Auskunfterteilung oder Rechnungslegung für bestimmte Zeit wird jedoch die Feststellungsklage nicht ausgeschlossen.

4. Unzulässigkeit wegen möglicher Leistungsklage. **RG.** II. LeipzZ. **11** 218 Nr. 25, R. **11** Nr. 551. Im Falle der Anfechtung eines

Vertrags ist in erster Reihe die aus der Nichtigkeit folgende Leistungsklage zu erheben. Die bloße Feststellungsklage ist nur bei besonderen Umständen zulässig.

5. Feststellungsklage bei Erbteilungen. a) **RG.** IV. JW. **11** 804 Nr. 5. Zulässigkeit der Feststellungsklage hinsichtlich eines einzelnen das Erbteilungsverfahren beeinflussenden Streitpunkts (Nichtigkeit des Testaments). Die Gläubiger können nicht darauf verwiesen werden, die Erbansprüche ihres Schuldners, wie sie bei Nichtigkeit des Testaments sich gestalten (vgl. unten V 4), im Wege der Erbteilungsklage zur Durchführung zu bringen und damit einen weit umfangreicheren, auf die gesamte Erbteilung sich erstreckenden Prozeß zu führen. b) Feststellungsklage des Testamentsvollstreckers, ob jemand Miterbe sei. Hierüber s. oben Nr. III 9.

V. Insbesondere die negative Feststellungsklage. 1. Klage auf Feststellung der Nichtanfechtbarkeit nach dem AnfG. **RG.** VII. 22. 9. 11, **77** 65, JW. **11** 945. Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage desjenigen, demgegenüber ein Gläubiger gemäß § 4 AnfG. die Absicht angekündigt hat, eine seiner Rechtshandlungen nach dem AnfG. anzufechten. § 4 AnfG. und andere Bedenken stehen der rechtsgrundsätzlichen Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage nicht entgegen. Ein Rechtsverhältnis entsteht schon durch die Ankündigung.

2. Gegen den Stempelfiskus. **RG.** VII. R. **11** Nr. 3107. Eine Klage auf Feststellung, daß zu einer Urkunde ein höherer als der verwendete Stempel nicht zu entrichten sei, ist zulässig.

3. Verjährte Forderung. R. **11** Nr. 1338 (Hamburg). Auf Feststellung des Nichtbestehens einer Forderung kann auch dann geklagt werden, wenn zwar die Forderung zur Entstehung gelangt ist, ihr aber die Einrede der Verjährung entgegensteht; nur ist dann in der Urteilsformel zum Ausdrucke zu bringen, daß die Forderung zwar besteht, aber Schuldner zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist.

4. Feststellungsinteresse. **RG.** IV. JW. **11** 804 Nr. 5. Die Gläubiger haben ein eigenes Interesse, die Unrichtigkeit eines zugunsten ihres Schuldners errichteten Testaments, welches der Durchführung ihrer Ansprüche entgegensteht, feststellen zu lassen, sicher dann, wenn sie durch Pfändung (auch Arrestpfändung) ein dingliches Pfandrecht an dem Erbteil ihres Schuldners am Nachlaß erlangt haben. Vgl. auch oben IV 5 a.

5. Ermächtigung zur Prozeßführung. Vgl. allgemein hierzu oben vor § 50.

6. SeuffBl. **11** 287 (Dresden). Die Vorschrift, daß die Abtretung einer rechtshängigen Forderung auf den Prozeß keinen Einfluß ausübt, gilt auch gegenüber der negativen Feststellungsklage.

7. Bestimmter Antrag. **RG.** II. JW. **11** 815 Nr. 25, LeipzZ. **11** 930 Nr. 30, R. **11** Nr. 3507. Unzulässig ist die negative Feststellungsklage dahin, daß dem Gegner keine weiteren Ansprüche auf Vertragsstrafe zuständen. Ein so allgemein gehaltener Anspruch ist unzulässig, da er nur auf eine ganz allgemein gehaltene Berühmung gestützt und nicht um deswillen begehrt wird, weil etwa das ganze solche Ansprüche voraussetzende Vertragsverhältnis nicht bestünde oder schlechthin aus sonstigen Gründen keine Strafansprüche entstanden sein könnten oder sämtlich wieder untergegangen wären (**RG. 12** 388).

8. Rechtskraft der Abweisung der negativen Feststellungsklage, s. hierüber unten § 322 Nr. II 7.

VI. Insbesondere Prozessuales. 1. Entscheidung über die Zulässigkeit der Feststellungsklage. **RG.** I. JW. **11** 371 Nr. 32, LeipzZ. **11** 299 Nr. 26. Nicht unentschieden darf die Frage gelassen werden,

ob die Feststellungsklage zulässig ist und ob in dem Übergange zur Leistungsklage eine unzulässige Klagänderung zu finden ist. Denn es fehlt sonst an jeder Möglichkeit, die Tragweite der getroffenen Entscheidung zu bestimmen, ob der Anspruch endgültig abgewiesen ist oder nur in der angebrachten Art.

2. Selbständige oder unselbständige Bedeutung des Feststellungsantrags? **RG.** VII. JW. **11** 457. Der Klagantrag, daß dem Beklagten aus dem Vergleiche eine Forderung gegen die Klägerin nicht zustehe und daß deshalb die Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich unzulässig sei, enthält keine Feststellungsklage nach § 256, sondern nur die Einwendungsklage nach §§ 767, 794 Nr. 1, 795, 797. Der erste Teil des Klagantrags hat nur unselbständige, vorbereitende Bedeutung.

§ 259. 1. R. **11** Nr. 2444 (Colmar). Die Zulässigkeit der Klage auf künftige Leistung wird nicht schon durch die Besorgnis des Leistungsunvermögens des Schuldners, sondern erst dann gerechtfertigt, wenn er erweislich Schritte unternimmt, um sich zur rechtzeitigen Leistung außerstand zu setzen.

2. *Hörle, Abzahlungsgeschäfte, GruchotsBeitr. **55** 214, 215. In Abzahlungsprozessen läßt sich der Klagantrag, den Restkaufpreis zu zahlen und für den Fall, daß nicht bezahlt wird oder die Zwangsvollstreckung erfolglos verlaufen ist, zuzulassen, daß die verkaufte Sache zur Befriedigung des Klägers im Wege der Zwangsvollstreckung veräußert wird, nach § 259 nicht aufrecht erhalten (vgl. auch Hörle, Abzahlungsgeschäfte oben 139, Anhang zum fünften Titel des II. Buches BGB.).

§ 260. 1. Zulässigkeit der eventuellen Klagenhäufung. **RG.** II. 13. 10. 11, **77** 120, JW. **12** 43. Die eventuelle Klagenhäufung ist auch in der Weise zulässig, daß in einer Klage auf Grund zwei verschiedener Tatbestände und wirtschaftlicher Vorgänge zwei verschiedene Ansprüche (Anträge) erhoben werden. Über die Bedenken, die gegen die Zulässigkeit solcher Klagen gelegentlich von der Theorie erhoben worden sind, ist die Praxis in ständiger Rechtsprechung hinweggegangen. Wird das Vorliegen entweder des einen oder des anderen Geschehnisses für denselben Zeitraum, nicht die zeitliche Nacheinanderfolge beider behauptet, so ist das Nichtbestehen des einen wirtschaftlichen Vorganges begrifflich als Bedingung für den Bestand des anderen aufzufassen. Die infolgedessen bestehende naturnotwendige und logische Abhängigkeit des Eventualanspruchs vom Hauptanspruche schafft eine solche enge Zusammenangehörigkeit, daß schon dadurch die gleichzeitige Geltendmachung beider in einer Klage gerechtfertigt wird. Vgl. hierzu wegen der Berufungsinstanz § 537.

2. **RG.** VII. R. **11** Nr. 3335. Wird derselbe Betrag sowohl als Vertragsstrafe, wie als Schadensersatz beansprucht, so liegt eine nach § 260 zulässige Verbindung mehrerer Klagansprüche vor. Es ist auch statthaft, daß über die beiden Ansprüche verschieden erkannt, auch daß der eine abgewiesen, der andere dem Grunde nach (§ 304) zuerkannt wird.

3. OLG. Colmar JDR. **9** Nr. 2 jetzt auch ElsLothJZ. **11** 477. Vgl. § 301 Nr. II 2.

§ 263. 1. Klagezustellung nach dem Tode der Partei. *Reichel, Prozesse des vorläufigen Erben (1911) 55 ff. Klagezustellung nach dem Tode der Partei kann das Prozeßverhältnis in der Person des Toten nicht anknüpfen. War die Partei unvertreten, so liegt eine ungültige Klagerhebung vor; daher Klagabweisung a limine (56); war jedoch die Klage vom Prozeßbevollmächtigten oder gegen den Prozeßbevollmächtigten des Toten erhoben, so gilt sie wegen § 86 als von oder gegen dessen Erben erhoben (56). Im letzteren Falle ist bis zur Erbannahme § 246 ZPO. analog anzuwenden (56).

2. Leistungs- und negative Feststellungsklage. **RG.** III. LeipzZ. **11** 218 Nr. 26. Nach ständiger Rechtsprechung des RG. kann der erhobenen

Leistungsklage die Einrede der Rechtshängigkeit wegen einer vorher in bezug auf dieselbe Forderung erhobenen negativen Feststellungsklage nicht entgegengestellt werden, weil in solchem Falle eine Gleichheit der Streitsachen im Sinne des § 263 nicht vorliegt.

3. Vollstreckungsgegenklage und negative Feststellungsklage. OLG. **23** 150 (Posen). In beiden Prozessen ist zwar der materielle Tatbestand, der Klagegrund, derselbe. Die Einrede der Rechtshängigkeit erfordert aber weiter, daß auch die konkrete Rechtsfolge, der Anspruch derselbe ist. Dies ist nicht der Fall, da in dem einen Prozesse gemäß § 767 ZPO. die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung verlangt, in dem anderen Prozesse die Feststellung begehrt wird, daß dieselbe Forderung nicht besteht.

4. Fortsetzung des durch Prozeßvergleich beendigten Rechtsstreits. a) **RG.** VII. WarnE. **11** 330, R. **11** Nr. 1957. Ficht der Beklagte einen Prozeßvergleich wegen arglistiger Täuschung an, so steht der infolgedessen von ihm erhobenen Vollstreckungsgegenklage die Einrede der Rechtshängigkeit nicht entgegen. Der neue Rechtsstreit ist mit dem durch den Vergleich beendeten Vorprozesse nicht identisch. b) OLG. **23** 151 (Dresden). Keine Rechtshängigkeit liegt vor, wenn in dem durch (anfechtbaren) Vergleich erledigten Prozeß auf Zahlung von Kaufpreis geklagt ist, während jetzt der damalige Beklagte die Feststellung der Ungültigkeit des abgeschlossenen Vergleichs begehrt. Für die letztere Klage fehlt es aber am rechtlichen Interesse.

5. OLG. **23** 150 w² (Marienwerder). Rechtshängigkeit liegt nicht vor, wenn eine aus mehreren Posten sich ergebende Forderung in zwei Teilen eingeklagt wird, ohne daß einzelne Posten zur Begründung des einen oder des anderen Anspruchs besonders herausgegriffen werden. Eventuell ist Aussetzung des einen Prozesses nach § 148 geboten.

6. Beseitigung der Rechtshängigkeit? **RG.** JW. **11** 50, SächsRpflA. **11** 10, R. **11** Nr. 172. Die Rechtshängigkeit eines Klagegrundes wird nicht dadurch beseitigt, daß er in der mündlichen Verhandlung erster Instanz nicht vorgetragen wird (vgl. § 271 Nr. I 3). Wegen Klagänderung vgl. § 268 Nr. III 1.

§ 264. 1. Im Abschluß eines außergerichtlichen Vergleichs während des Rechtsstreits liegt stillschweigende Einwilligung in die Klagänderung. OLG. **23** 152 (Kiel). In der Einführung des im Laufe des Prozesses außergerichtlich geschlossenen Vergleichs, dessen Erfüllung der Kläger jetzt verlangt, liegt eine Klagänderung. Aber die Beklagte hat durch stillschweigende Einwilligung ihr Rügerecht verloren. Denn dadurch, daß sie im Rechtsstreit einen außergerichtlichen Vergleich abgeschlossen hat, hat sie sich der Geltendmachung der Rechte aus diesem Vergleiche, der nach dem Willen beider Parteien nunmehr an die Stelle des ursprünglichen Rechtsverhältnisses treten sollte, unterworfen. Sie hat dem Kläger somit für den Fall, daß sie den Vergleich nicht erfüllen sollte, das Recht eingeräumt, nunmehr auf der Grundlage des Vergleichs das Verfahren fortzusetzen, um ein dem Vergleich entsprechendes Urteil zu erwirken. Jede andere Auslegung ihrer Willenserklärung bei dem Vergleichschlusse würde Treu und Glauben widersprechen, da sie zu dem praktisch unhaltbaren Ergebnisse führen würde, daß dem Kläger mit Rücksicht auf den Vergleichsabschluß gemäß § 779 BGB. bei Nichterfüllung des Vergleichs ein Zurückgreifen auf den ursprünglichen Klagegrund (Kauf), um zu seinem Rechte zu gelangen, unmöglich gemacht wäre, sein Versuch aber, seine Rechte aus dem Vergleiche geltend zu machen, ohne weiteres an dem Einwande der Klagänderung scheitern müßte.

2. Wesentliche Erschwerung. a) OLG. **23** 152 (Braunschweig). Für die Frage, ob wesentliche Erschwerung vorliegt, kommt es nicht darauf an, ob für den Beklagten die Gefahr einer Verurteilung erhöht wird, sondern darauf, ob er

erheblich mehr Zeit und Mühe auf seine Verteidigung verwenden muß. Das ist nicht der Fall, wenn es sich um dieselben rechtlichen und technischen Fragen handelt (Patentverletzungen). b) Ermessen des Gerichts. *Laun, BuschsZ. **42** 10. Das „Ermessen" des Richters nach § 264 ZPO. ist kein „freies", sondern ein „gebundenes" (Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen oben BGB. §§ 241 ff. Nr. I 2 f). Vgl. auch bei HGB. §§ 45, 47.

§ 265. Literatur: Bürgner, Die Rechtskraftwirkung der Klagabweisung mangels Antragsänderung im Falle der Zession eines rechtshängigen Anspruchs. — Meister, Veräußerung in Streit befangener Sachen und Abtretung rechtshängiger Ansprüche (Heft 5 der Würzburger Abhandlungen zum deutschen und ausländischen Prozeßrechte, herausgegeben von Mendelssohn Bartholdy und Oetker) Leipzig 1911. — Mendelssohn Bartholdy, Über einige zivilrechtliche termini in der Zivilprozeßordnung, RheinZ. 4 1 ff. (50—55).

1. Mendelssohn Bartholdy, Über einige zivilrechtliche termini in der Zivilprozeßordnung, RheinZ. **4** 1—55. Die im § 265 erwähnten Begriffe: Die im Streite befangene Sache, der geltend gemachte Anspruch, das Veräußern und Abtreten, der Rechtsnachfolger, sind lediglich aus dem prozessualen Zusammenhange heraus auszulegen und nicht so zu nehmen, wie die gleichlautenden Ausdrücke im BGB. verwendet sind (36—50, Nr. 16—26). — Der Begriff der Rechtsnachfolge ist im § 265 und im § 325 nicht derselbe. Jeder feste zivilistische oder prozessuale Rechtsnachfolgebegriff ist für den Fall des § 265 unbrauchbar. Die Bestimmung des § 265 ist lediglich nach ihrem prozessualen Zwecke auszulegen. § 265 rückt damit in eine Reihe mit den §§ 239, 240, 242, die ihm als speziellere Vorschriften vorgehen; er stimmt mit diesen Vorschriften darin zusammen, daß der überall zugrunde liegende materiell-rechtliche Vorgang nach dem international und intertemporal für ihn maßgebenden materiellen Recht (und nicht schlechthin nach deutschem bürgerlichen Rechte) zu beurteilen ist. Im übrigen ist die prozessuale Folge, die § 265 an diesen Vorgang knüpft, der der §§ 239 ff. gerade entgegengesetzt (50—55, Nr. 27—30).

2. *Meister, Veräußerung in Streit befangener Sachen und Abtretung rechtshängiger Ansprüche. Das Anwendungsgebiet, die Bestimmung der Verfügungsobjekte und Verfügungshandlungen, ergibt sich aus dem Zwecke des Gesetzes. Die streitbefangene Sache ist das dingliche Recht, der Besitz eingeschlossen, das die Aktiv- oder Passivlegitimation begründet, der streitbefangene Anspruch das obligatorische Recht, das zur Sache legitimiert. Streitbefangenheit der Sache bewirken alle Klagen um dingliches Recht oder ein solches obligatorisches, das sich gegen jeden richtet, der ein Recht an der Sache erwirbt, also nicht die rein possessorischen Ansprüche (§§ 861, 862, 869, 1029, 1093 BGB.), der Anspruch aus eingetragener Vormerkung (§ 883 BGB.), der Anfechtungsanspruch (§§ 29 f. KO.), der Erbschaftsanspruch (§§ 2018 ff. BGB.). Die Verfügungshandlungen sind alle rechtsgeschäftlichen Übertragungsakte des dinglichen oder obligatorischen sachlegitimierenden Rechtes, sowie kraft notwendigen Analogieschlusses Fälle der Belastung und durch Gesetz oder Staatsakt bewirkte Rechtsänderungen. Der Prozeßfigur wird weder die Irrelevanztheorie gerecht, noch die Ecciussche Theorie. Die von dieser geforderte Umstellung des Klagantrags ist juristisch unmöglich: Das Recht auf Leistung an den Dritten muß vom Gesetze verliehen sein, es ist durchaus verschieden von dem Rechte auf Leistung an sich selbst, eine Rechtskraft- und Vollstreckbarkeitswirkung für und gegen den Dritten bei ihm ausgeschlossen. Dagegen ist in allen Fällen der Prozeßführung um fremdes Recht im eigenen Namen Antrag und Urteil zu stellen auf den Namen des Prozeßführenden. Die Prozeßfigur gibt richtig wieder die dritte der drei allein möglichen Theorien, die von Wach begründete.

3. SeuffBl. **11** 287, SächsOLG. **32** 342, R. **11** Nr. 2603 (Dresden). Die Vorschrift, daß die Abtretung einer rechtshängigen Forderung auf den Prozeß keinen

Einfluß ausübt, gilt auch gegenüber der negativen Feststellungsklage.

4. Übergang der Ersatzansprüche auf Armenverband und Versicherungsanstalt. **RG.** VI. 22. 4. 11, **76** 215. Soweit der verletzte Kläger vor der Klagerhebung Unterstützungen vom Ortsarmenverband erhalten hat, ist die Klage abzuweisen (§ 62 UWG.), soweit ihm die Unterstützungen nach der Klagerhebung gewährt wurden, bleibt er gemäß § 265 Abs. 2 Prozeßpartei und muß nur den Antrag auf Zahlung an den Verband ändern. Hinsichtlich der Invalidenrente (§ 54 InvVG.) bleibt — anders als nach § 140 GewUVG. — der Zeitpunkt des Rechtsüberganges bis zum Feststellungsbescheid in Schwebe. Zeitpunkt des Rechtsüberganges ist nicht erst der Tag der Feststellung der Rentenbewilligung durch die Versicherungsanstalt, sondern der Tag, an dem zufolge des Bescheids die Invalidenrente beginnt. Während des bis zu dem Erlasse des Bescheids dauernden Schwebezustandes ist der Verletzte zur Schadensersatzklage berechtigt. Er ist jedoch, sobald jener Zeitpunkt feststeht, wiederum zur Antragsänderung verpflichtet.

5. **RG.** II. R. **11** Nr. 2185. Die Zustimmungserklärung des Gegners ist unwiderruflich.

6. Abtretung der Rechte aus dem Schiedsspruche. Wirkung auf den Prozeß? Vgl. BGB. § 398 Nr. V 3.

7. Die Rechtskraft bei Klagabweisung mangels Antragsänderung. *Bürgner, BuschsZ. **42** 95—103. Die Klagabweisung des Zedenten, der seinen Antrag nicht auf Leistung an den Zessionar ändert, trifft den Anspruch des Zessionars. Denn mit Eintritt der Zession in den Prozeßstoff wird der Anspruch des Zessionars rechtshängig, der Zedent behält nur das Prozeßführungsrecht über diesen Anspruch, und er bringt durch unsachgemäße Prozeßführung daher den nunmehr allein rechtshängigen Anspruch des Zessionars zur Abweisung. Einer erneuten Klage des Zessionars steht die Einrede der Rechtskraft entgegen.

8. Bedeutung des Abs. 3. **RG.** V. JW. **11** 327, BayRpflZ. **11** 201, WarnE. **11** 220 Nr. 203, R. **11** Nr. 1341. Ob der Dritte nach den tatsächlichen Verhältnissen, unter denen die Abtretung der Grundschuld erfolgt ist, sich mit Erfolg auf seinen guten Glauben berufen könnte, darauf kommt es für die Anwendung des § 265 Abs. 3 nicht an. Nach dem Sinne dieser Bestimmung genügt es zur Begründung des Einwandes der nunmehr mangelnden Aktivlegitimation des Klägers, daß nach der Art der veräußerten in Streit befangenen Sache oder des abgetretenen Klaganspruchs die Möglichkeit gegeben ist, daß der Erwerber zufolge Gutgläubigkeit selbständige, von einem etwaigen Mangel im Rechte des Rechtsvorgängers unabhängige Rechte an dem Streitgegenstand erlangt hat (vgl. **RG. 49** 366).

§ 266. OLG. **23** 143, 144 (KG.). § 266 ist auch anwendbar, wenn über die Rechtmäßigkeit einer einstweiligen Verfügung gestritten wird, auf Grund deren eine Vormerkung zur Erhaltung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek eingetragen ist. Auch die Vormerkung besitzt den Charakter einer auf dem Grundstück als solchem ruhenden Verpflichtung, die auf den jeweiligen Eigentümer übergeht.

§ 268. I. Entscheidung der Frage, ob die Klagänderung zulässig ist oder nicht. **RG.** I. JW. **11** 371 Nr. 32, WarnE. **11** 330. Nicht unentschieden darf die Frage gelassen werden, ob die Feststellungsklage zulässig ist und ob in dem Übergange zur Leistungsklage eine unzulässige Klagänderung zu finden ist. Denn es fehlt sonst an jeder Möglichkeit, die Tragweite der getroffenen Entscheidung zu bestimmen, ob der Anspruch endgültig abgewiesen ist oder nur in der angebrachten Art.

II. Klagänderung. Neuer Klagegrund. 1. Rückzession während des Rechtsstreits. **RG.** III. 18. 10. 11, **77** 141, R. **11** Nr. 3841. Unzulässige Klagänderung liegt vor, wenn der Kläger eine Forderung geltend macht, die zur Zeit der Klagerhebung zediert war und erst während des ersten Rechtszugs auf ihn zurückübertragen worden ist. Zur Zeit der Klagerhebung war die Anspruchsberechtigung des Klägers nicht vorhanden, sie entstand erst durch die Rückübertragung der Forderung. Durch das Nachbringen der entsprechenden tatsächlichen Behauptungen wurde die Klage auf einen neuen Klagegrund gestützt.

2. Vergleich während des Rechtsstreits. OLG. **23** 152 (Kiel). In der Einführung des im Laufe des Prozesses außergerichtlich geschlossenen Vergleichs, dessen Erfüllung der Kläger jetzt verlangt, liegt eine Klagänderung. Aber die Beklagte hat durch stillschweigende Einwilligung ihr Rügerecht verloren (vgl. § 264 Nr. 1).

3. Klagänderung in Patent- und Musterschutzsachen. a) OLG. **23** 152 (Braunschweig). Jede Patentverletzung bildet einen selbständigen Verpflichtungsgrund, so daß durch die Ausdehnung der Klage auf spätere Patentverletzungen der Klagegrund geändert worden ist. Jedoch keine wesentliche Erschwerung der Verteidigung s. § 264 Nr. 2 a. b) SächsOLG. **32** 248 (Dresden). Klagänderung liegt vor, wenn die Klage nachträglich auf ein anderes Geschmacksmuster gestützt wird. Hierin liegt in der Regel die Inanspruchnahme eines anderen Schutzrechts, aber auch bei Identität des Schutzgegenstandes mindestens die Einführung eines neuen Entstehungsgrundes für dasselbe (materielle) Schutzrecht.

4. R. **11** Nr. 3212 (BayObLG.). Wird die Klage gegen eine Gemeinde wegen Verletzung der Straßenstreupflicht nachträglich auf § 839 BGB., Art. 60 BayAG. BGB. (öffentliche Gewalt) statt §§ 31, 89 BGB. gestützt, so liegt darin eine unzulässige Klagänderung.

5. OLG. **23** 153 (Breslau). Unzulässige Klagänderung liegt vor, wenn die Klage auf Feststellung, daß der Kläger freiwilliges Mitglied der Ortskrankenkasse sei, in die Klage auf Feststellung geändert wird, daß er nicht aufgehört habe, Zwangsmitglied zu sein.

III. Keine Klagänderung. Derselbe Klagegrund. 1. Zurückgreifen auf einen mündlich nicht vorgetragenen Klagegrund. **RG.** III. JW. **11** 50, SächsRpflA. **11** 10, R. **11** Nr. 172. Im Zurückgreifen auf einen in erster Instanz rechtshängig gewordenen, aber mündlich nicht vorgetragenen Klagegrund liegt keine Klagänderung. § 128 steht nicht entgegen. Vgl. § 263 Nr. 6 und § 271 Nr. I 3.

2. **RG.** II. 13. 12. 10, JW. **11** 187, WarnE. **11** 145, R. **11** Nr. 806 a. Keine Änderung des Klagegrundes, wenn der Schadensersatzanspruch, der wegen des bei dem Kaufvertragsabschlusse verübten Betrugs als das Vertragserfüllungsinteresse geltend gemacht wird, anstatt auf den ursprünglichen Vertrag nachträglich auf die Bestätigung des angefochtenen Vertrags (durch Auflassung gemäß § 141 Abs. 2 BGB.) gestützt wird. Der Schadensersatzanspruch beruht trotz der Bestätigung im letzten Ende immer auf dem früher zwischen den Parteien Verhandelten.

3. **RG.** VI. WarnE. **11** 331. Keine Änderung des Klagegrundes, wenn der zunächst auf § 845 BGB. gestützte Anspruch auf Grund derselben Tatsachen aus § 844 begründet wird.

4. HansGZ. **11** Beibl. 4 (Hamburg). Der Übergang vom Minderungsanspruche wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften zum Schadensersatze wegen Arglist ist keine Klagänderung, sondern nur eine zulässige Ergänzung der tatsächlichen und rechtlichen Anführungen.

5. Anfechtungsgesetz. R. **11** Nr. 2362 (Braunschweig). Der Übergang von dem Anfechtungsgrund aus § 3 Ziff. 1 AnfG. zu § 3 Ziff. 2 bedeutet keine Klagänderung. Klagegrund ist in beiden Fällen die Benachteiligungsabsicht des Schuldners und die Kenntnis des anderen Teiles. Der Unterschied besteht nur in der Beweislast.

IV. Insbesondere Ziff. 1. 1. Ergänzung der auf ungerechtfertigte Bereicherung und unerlaubte Handlung gestützten Klage. **RG.** IV. JW. **11** 941 Nr. 7. Die in I. Instanz nur auf ungerechtfertigte Bereicherung gestützte, auf Herausgabe des Versteigerungserlöses gerichtete Klage des Eigentümers, dessen Eigentum vom beklagten Gläubiger bei einem Dritten, gepfändet war, wurde in II. Instanz auch auf unerlaubte Handlung gestützt. RG. verneint im Anschluß an die neueren Entscheidungen im Gegensatze zum KG. die Klagänderung. Eigentum an den Gegenständen und Verletzung dieses Eigentums durch den Beklagten hatte die Klägerin in tatsächlich näher begründeter Weise schon in der Klageschrift geltend gemacht. Neu hinzugefügt hat sie im zweiten Rechtszuge nur, daß der Beklagte daher unter Vorlegung der Verträge zur Freigabe aufgefordert gewesen sei, auch schuldhaft ihr Eigentum verletzt und ihr dadurch Schaden zugefügt habe. Darin liegt, wenn man auf das Wesen sieht, nichts als eine Ergänzung des früheren tatsächlichen Vorbringens unter Hervorkehrung eines anderen rechtlichen Gesichtspunkts. Dabei ist zu beachten, daß sich die Klägerin selbst im ersten Rechtszug auf die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung gar nicht berufen, in der Klage vielmehr nur bemerkt hatte, sie habe das Recht, den Versteigerungserlös zu verlangen, der an Stelle ihres Eigentums getreten sei. Auch kommt hinzu, daß im BGB. die Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange der Besitzer dem Eigentümer gegenüber wie zur Herausgabe von Satzungen so zum Schadensersatze verpflichtet ist, und daß bei dieser Regelung bald auf die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, bald auf die über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen verwiesen wird.

2. Erklärung des Klägers, er könne den Darlehnsanspruch nicht geltend machen. **RG.** VI. JW. **11** 457. SeuffBl. **11** 595. Obwohl die Klägerin mit ihrer Erklärung in I. Instanz, sie könne den Darlehnsanspruch nicht mehr geltend machen, zunächst das Rechtsverhältnis des Darlehens nicht, sondern nur die Wechselbereicherung, den Anspruch aus Art. 83 WO. der richterlichen Kognition unterstellt hat, kann sie nachträglich unter Berufung auf das tatsächliche Vorbringen in der Klage, das ja unverändert dasselbe geblieben ist, den Klagegrund des Darlehens heranholen und an erster Stelle geltend machen. Jene Erklärung ist so auszulegen, daß die Klägerin alle ihr auf Grund des vorgetragenen Tatbestandes zustehenden Rechtsbehelfe, soweit es rechtlich möglich sein würde, geltend zu machen gedachte, daß sie mit der Bemerkung, sie sei nicht in der Lage, den Beklagten aus dem Darlehen in Anspruch zu nehmen, nicht auf die Geltendmachung des Darlehnsanspruchs im gegenwärtigen Prozesse, auch für den Fall, daß sich ihre Rechtsauffassung als irrig erweisen würde, hat verzichten wollen. — Über das Wesen des Klagegrundes vgl. § 253 Nr. II 3.

3. Wechsel der Parteibezeichnung. a) **RG.** I. R. **11** Nr. 1778. Bestand von vornherein die Absicht, im Namen einer bestimmten Firma die Klage zu erheben und sind nur versehentlich die unter dieser Firma auftretenden Persönlichkeiten mit einer alten, nicht mehr bestehenden Firma bezeichnet worden, so ist die jetzt auftretende Firma trotz Widerspruchs des Beklagten als Klägerin zuzulassen. b) **RG.** I. SeuffA. **66** 336, R. **11** Nr. 547. Fehlerhafte Bezeichnung der Partei schließt nicht ohne weiteres die Gültigkeit der Klagerhebung aus, und nachdem der Mangel durch den dem Beklagten zugestellten Schriftsatz, der die erforderliche Berechtigung in der Bezeichnung der Klägerin enthält, beseitigt worden war, lag kein

Anlaß mehr vor, die nunmehr berichtigte Klage aus diesem Grunde abzuweisen. Die Berichtigung überschreitet nicht die Grenzen des § 268 Nr. 1 und es wird auch kein berechtigtes Interesse des Gegners verletzt, wenn der Prozeß seinen Fortgang nimmt. Ob anders zu entscheiden wäre, wenn die ursprüngliche Ungewißheit über die Person des Klägers wesentliche Nachteile für den Beklagten mit sich gebracht hätte, kann dahingestellt bleiben. Für Fälle der vorliegenden Art gilt der Grundsatz: falsa demonstratio non nocet. c) Zulässige Berichtigung der Parteibezeichnung s. § 253 Nr. I 3.

V. Insbesondere Ziff. 2. 1. **RG.** II. JW. **11** 221 Nr. 28, MSchutzu. Wettbew. **10** 249. Zulässige Klagänderung liegt vor, wenn die Klägerin ihren ursprünglichen Antrag, die Beklagte solle unterlassen, Kognakflaschen mit einem Etikette zu versehen, auf welchem sich die Worte „Vieux Cognac aus der Kognak-Destillerie von Jos. Hennessy u. Co., fertiggestellt und auf Flaschen gefüllt von der Zentrale für Weinvertrieb mbH." befinden oder Flaschen mit derartigen Etiketten in den Handel zu bringen, dahin erweitert, Beklagte solle ferner unterlassen, Kognakflaschen, die nicht von der Klägerin oder mit deren Bewilligung mit einem die Firma der Klägerin tragenden Etikette versehen sind, unter der Bezeichnung „Hennessy-Kognak" in Verkehr zu setzen und für solche Flaschen diese Bezeichnung im Geschäftsverkehr anzuwenden. Das entscheidende Gewicht ist hier nicht darauf zu legen, daß der ursprüngliche Antrag seinem Wortlaute nach darauf gerichtet ist, der Beklagten den Gebrauch des die Worte Jos. Hennessy u. Co. enthaltenden Etiketts zu untersagen, und daß er auf die Behauptung des Gebrauchs dieses Etiketts seitens der Beklagten gestützt ist; denn die Klägerin hat offenbar auch mit diesem Antrage hauptsächlich die Untersagung des Gebrauchs der Bezeichnung „Hennessy-Kognak", wenn auch nur bezüglich des fraglichen Etiketts bezweckt und diesen Anspruch im wesentlichen darauf gestützt, daß der Gebrauch dieser Bezeichnung ein unbefugter sei. Nach der Begründung der beiden Ansprüche kommt es auch weniger auf die ihnen zugrunde liegenden Einzelhandlungen der Beklagten als solche — die Anbringung der fraglichen Bezeichnung auf dem Etikett und Verwendung des letzteren einerseits und den anderweiten Gebrauch dieser Bezeichnung für die Kognakflaschen der Beklagten andererseits —, als vielmehr auf den gesamten Gebrauch der Bezeichnung als solchen seitens der Beklagten überhaupt an.

2. Im Enteignungsverfahren. **RG.** V. JW. **11** 406, WarnE. **11** 280 Nr. 251. Der Übergang von der Klage auf Verurteilung zur Zahlung der Entschädigung zur Klage auf Verurteilung zur Stellung des Antrags auf Einleitung des Entschädigungsverfahrens ist eine zulässige Beschränkung.

3. WürttJ. **23** 314, WürttRpflZ. **11** 134 (Stuttgart). Zulässige Klagänderung liegt vor, wenn im Laufe des Rechtsstreits der Kläger den auf Bezahlung an ihn und den Pfandgläubiger, der die eingeklagte Forderung hat pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen, gerichteten Klagantrag dahin abändert, daß (nur) an den Pfandgläubiger gezahlt werden soll.

4. **RG.** JW. **11** 50 Nr. 45. Keine Klagänderung, wenn der Kläger vom Antrag auf Verurteilung zur Zahlung zu dem Antrag auf Verurteilung zur Rechenschaftsablegung über die Veräußerung der dem Kläger gehörenden Schuhwaren übergeht. Hierin liegt eine zulässige Beschränkung des aus der Veräußerung hergeleiteten Hauptantrags.

VI. Insbesondere Ziff. 3. 1. **RG.** V. JW. **11** 330, GruchotsBeitr. **55** 1058, WarnE. **11** 222, R. **11** Nr. 3679. Zu den Tatsachen, welche die den Übergang zum neuen Anspruche begründende „später eingetretene Veränderung" ergeben, und bei der Entscheidung der Frage, ob der Klagegrund geändert ist, außer Betracht zu bleiben haben, gehört nicht nur die Veränderung an sich, sondern gehören auch die Umstände, die sie herbeigeführt haben, da, wenn nicht immer, so

doch regelmäßig, die Rechtfertigung für den Übergang zum neuen Anspruche nur aus ihnen entnommen werden kann. Die Richtigkeit dieses Standpunkts erhellt namentlich an dem durch den § 989 BGB. betroffenen Fall, daß der mit der Eigentumsklage auf Herausgabe belangte Besitzer nach Eintritt der Rechtshängigkeit schuldhaft die Unmöglichkeit der Herausgabe herbeiführt. Ebenso zulässig ist es, wenn an Stelle des dinglichen Anspruchs aus der Hypothek nach der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks im Laufe des Prozesses ein persönlicher Schadensersatzanspruch geltend gemacht wird, damit begründet, daß der Hypothekenbesteller seine Verpflichtung nach § 1134 BGB. schuldhaft verletzt habe.

2. Über Schadensersatzanspruch in der Berufungsinstanz, nachdem Beklagter der Verurteilung zur Rechnungslegung nicht Genüge geleistet hat, s. § 254 Nr. 3.

VII. SächsOLG. **32** 130 (Dresden). Die Einrede der Rechtshängigkeit ist nicht deshalb begründet, weil in dem neuen Prozeß ein Anspruch geltend gemacht wird, der gemäß § 268 in den anhängigen älteren Prozeß eingeführt werden konnte. Die ZPO. enthält, abgesehen von § 616, keine Bestimmung, die den Kläger zwingt, mehrere Ansprüche gegen denselben Beklagten, mögen sie auch auf dem gleichen Klagegrunde beruhen, in einer Klage zu verbinden. In Anbetracht dessen kann auch die im § 268 zugelassene Änderung des Klagegegenstandes nicht als prozessualisch notwendig erachtet werden.

§ 270. 1. Einwilligung des Beklagten. **RG.** VI. JDR. **9** Nr. 2 jetzt auch SeuffA. **66** 118.

2. **RG.** III. JW. **11** 371 Nr. 33, R. **11** Nr. 1595. Der Ausspruch, daß keine Klagänderung vorliege, ist auch nicht mit der Behauptung anfechtbar, daß dabei der § 146 KO. verletzt sei.

§ 271. Literatur: Pfeiffer: Kostenurteil bei Zurücknahme der Klage, BayRpflZ. **11** 442—444. — Derselbe, Kostenurteil bei Klagezurücknahme, PosMSchr. **11** 161—162.

I. Liegt Klagerücknahme vor? 1. Beschränkung des Antrags auf die Kosten. **RG.** V. JW. **11** 769, LeipzZ. **11** 778 Nr. 26. Wenn der Kläger, nachdem er durch eigenes Handeln sich selbst klaglos gestellt hat, seinen Antrag auf die Kosten des Rechtsstreits beschränkt, kann darin, daß er keinen Antrag in der Hauptsache stellt, nur eine Zurücknahme der Klage gefunden werden.

2. Teilweise Beschränkung des Antrags in der Hauptsache. HansGZ. **11** Beibl. 70 (Hamburg). In der Beschränkung des Klagantrags kann insoweit eine Klagezurücknahme liegen. (Dies wurde vorliegend angenommen: Kläger hatte seinen auf 75 pCt. Rente gerichteten schriftlichen Klagantrag — entsprechend dem $33^{1}/_{3}$ pCt. Erwerbsminderung annehmenden Gutachten des Sachverständigen — auf $33^{1}/_{3}$ pCt. ermäßigt und demgemäß seinen Klagantrag eingeschränkt.)

3. Fallenlassen eines Klagegrundes. **RG.** III. JW. **11** 50, SächsRpflA. **11** 10, R. **11** Nr. 172. Wird ein in der Klageschrift enthaltener Klagegrund in der mündlichen Verhandlung nicht vorgetragen, so liegt darin keine Zurücknahme der Klage. Der Kläger kann auf ihn in der zweiten Instanz zurückgreifen. Keine Klagänderung. Vgl. § 263 Nr. 6, § 268 Nr. III 1.

4. Erledigung oder Klagerücknahme? a) **RG.** IV. JW. **11** 591. Keine Klagerücknahme, wenn der Kläger erklärt, er lasse die Klage in der Hauptsache fallen und beschränke den Antrag auf die Kosten, wolle aber damit weder die Klage zurücknehmen, noch auf den Anspruch verzichten. Hiermit stellt sich der Kläger auf den Standpunkt, daß der Rechtsstreit seine anderweite Erledigung gefunden habe. Wird vom Beklagten widersprochen, so ist über den Klaganspruch — vor-

liegend durch Abweisung — zu entscheiden. b) OLG. **23** 154 (KG.). Da der Kläger weder behaupten kann, daß er befriedigt sei, noch daß der Klagegegenstand fortgefallen sei, da er vielmehr nur von seinem Standpunkt aus die Sache für erledigt hält, weil er sich von der Aussichtslosigkeit der weiteren Rechtsverfolgung überzeugt hat, enthält auch seine Erklärung, die Hauptsache sei erledigt, nichts anderes als eine Klagerücknahme. Die zusätzliche Erklärung, eine Klagerücknahme erfolge nicht, kann an dieser aus der Sachlage und dem Verhalten des Klägers zu entnehmenden Beurteilung ebensowenig etwas ändern, wie die Erklärung, die Hauptsache sei erledigt. c) OLG. **23** 153 (Hamburg). Vgl. bereits JDR. **9** § 91 Nr. II 6. Nur dann hat der Kläger ein Recht darauf, daß die Hauptsache für erledigt erklärt wird, wenn der Streitgegenstand ohne sein Zutun fortfällt, z. B. durch zufälligen Untergang des Klagegegenstandes, Zeitablauf, Zahlung, Aufrechnung mit einer nach Klagezustellung erworbenen Gegenforderung. Wenn aber die Erledigung auf einem Entschlusse des Klägers selbst beruht, hat der Kläger kein Recht darauf, bloß der Kosten wegen noch eine Sachentscheidung zu erlangen. Es liegt dann eine — ohne Einwilligung des Beklagten unzulässige — Klagerücknahme vor und der prozessuale Verzicht auf den Klaganspruch führt zur Klagabweisung.

II. Form. Rücknahme während der Rechtsmittelinstanz. a) Klagerücknahme durch den erstinstanzlichen Anwalt. **RG.** IV. JW. **11** 51, GruchotsBeitr. **55** 1051, NaumburgAK. **11** 45, WarnE. **11** 57, R. **11** Nr. 360. Wenn der Rechtsstreit in der Rechtsmittelinstanz anhängig ist, kann die Klage durch den erstinstanzlichen Anwalt nicht mehr wirksam zurückgenommen werden. Das Erfordernis der anwaltlichen Vertretung besteht nach § 78 Abs. 1 gerade darin, daß der zu bestellende Vertreter als Rechtsanwalt bei dem Prozeßgericht, also vorliegend bei dem Rechtsmittelgerichte, zugelassen ist. b) OLG. **23** 166 (KG.). Auch während der Rechtsmittelfrist vor Einlegung der Berufung erfolgt die Klagerücknahme wirksam durch Zustellung des Rücknahmeschriftsatzes (vorliegend an den — durch keinen Anwalt vertretenen — Beklagten).

III. Die Einwilligung des Beklagten. 1. **RG.** VI. **75** 286, JW. **11** 359 Nr. 4, R. **11** Nr. 1598. Die Einwilligung des Beklagten kann auch durch schlüssige Handlungen, nicht aber durch bloß untätiges Verhalten erfolgen.

2. In Ehesachen. *Klien, JW. **11** 525 (vgl. unten vor § 606 Nr. II 1). In Eheprozessen ist die Rücknahme der Klagen in jedem Stadium des Verfahrens ohne Einwilligung der Gegenpartei zulässig, wie aus dem Grundsatze von der möglichst freien Stellung der Parteien im Eheprozesse zu folgern ist (nicht unbestritten).

IV. Wirkung der Klagerücknahme. 1. Wirkung der Rücknahme bis zur Einwilligung des Beklagten. **RG.** VI. **75** 286, JW. **11** 359 Nr. 4, R. **11** Nr. 1597. Wird die Klage nach der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache zurückgenommen, so ist sie bis zur Einwilligung des Beklagten als ungeschehen zu betrachten. Der Kläger kann den fallengelassenen Antrag wieder aufnehmen; weigert er die Verhandlung zur Sache, so wird er durch Versäumnisurteil mit der Klage sachlich abgewiesen. Das Nichtverlesen der Anträge, die ohne Einwilligung des Beklagten zurückgenommen worden sind, hat mithin nur dieselbe Wirkung, wie das Liegenlassen und Nichtverfolgen von Anträgen; der Rechtsstreit bleibt anhängig und für die Verjährung treten die Folgen des § 211 BGB. ein. Alles dies gilt für die Zurücknahme der Klage im ganzen, wie für eine Teilzurücknahme.

2. Bedeutung des Fallenlassens oder der Einschränkung eines Klagantrags für die Verjährung des darin geltend gemachten Anspruchs. **RG.** VI. **75** 286, R. **11** Nr. 1600. Wenn der Kläger den Klagantrag durch einen beschränkteren ersetzt, so kann dies einen Verzicht auf den jetzt ausgeschalteten Teil des Anspruchs darstellen; dies hebt den Anspruch insoweit sachlich auf und führt zur Abweisung

nach § 306. Sie kann auch eine teilweise Klagerücknahme bedeuten, also einen Verzicht auf die Verfolgung des Anspruchs in dem anhängigen Prozesse; diese beseitigt mit rückwirkender Kraft die Wirkung der Rechtshängigkeit, verpflichtet den Kläger, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen und hat materiell-rechtlich für die Verjährung des Anspruchs die Wirkung, daß die durch die Klagerhebung erfolgte Unterbrechung der Verjährung als nicht erfolgt gilt, aber wieder Wirkung gewinnt, wenn binnen sechs Monaten von neuem Klage erhoben wird (§ 212 BGB.). Die Einschränkung des Klagantrags kann aber auch lediglich den Sinn eines Liegenlassens, eines Nichtbetreibens des nicht mehr verlesenen Antrags haben; dies hebt die Rechtshängigkeit nicht auf, beendet für die Verjährung aber die Unterbrechung, die durch die Klagerhebung eingetreten war und setzt eine neue Verjährung in Lauf (§ 211 BGB.).

3. Wirkung einer formwidrigen Rücknahmeerklärung. R. **11** Nr. 2445 (Stuttgart). Hat der Kläger in einer den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechenden Weise erklärt, er nehme die Klage zurück und hat der Beklagte dies angenommen, so ist der Rechtsstreit ohne materielle Entscheidung für erledigt zu erklären. — Es ist eine nach materiellem Rechte zu beurteilende Einigung der Parteien dahin zustande gekommen, den Rechtsstreit nicht fortzusetzen, welche bindend ist und nicht einseitig widerrufen werden kann. Die darauf gestützte Einrede des Beklagten muß zur Zurückweisung der Klage führen, welche in diesem Falle dieselbe Bedeutung hat, wie die tatsächliche Zurücknahme der Klage und den Kläger an deren Neuanstellung nicht hindert.

V. Kostenpflicht und Kostenurteil. 1. Vgl. auch oben § 91 Nr. II.

2. ElsLothJZ. **11** 349 (Colmar). Wenn der Kläger in der mündlichen Verhandlung einen Antrag zur Hauptsache nicht stellt, so liegt darin die Zurücknahme der Klage, die ihn unter allen Umständen zur Tragung der Prozeßkosten verpflichtet (§ 271 Abs. 3 ZPO.). Das Gegenteil kann insbesondere nicht aus § 840 Abs. 2 Satz 2 ZPO. entnommen werden; denn diese Bestimmung enthält überhaupt keine öffentlichrechtliche Norm über die Auferlegung der Prozeßkosten, sondern gibt nur dem Gläubiger gegen den Drittschuldner einen privatrechtlichen, in einem besonderen Prozesse zu erhebenden Schadensersatzanspruch, wenn letzterer die Abgabe der im Abs. 1 daselbst erwähnten Erklärung unterläßt.

3. Vergleich. HansGZ. **11** Beibl. 167, R. **11** Nr. 1599 (Hamburg). Wird die Klage oder Berufung infolge eines gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleichs zurückgezogen, so sind die Kosten gemäß § 98 zu verteilen. Vgl. § 98 Nr. II 2.

4. Einwand der Kostentilgung. Pfeiffer, Kostenurteil bei Zurücknahme der Klage, BayRpflZ. **11** 442—444 und PosMSchr. **11** 161—162. 1. Sind die Kosten bereits bar gezahlt oder durch Aufrechnung getilgt, so hat der Beklagte kein Recht auf Kostenurteil, abgesehen von §§ 515 Abs. 3, 566. 2. Wenn der Beklagte die Tilgung bestreitet, so ist hierüber vom Gerichte zu entscheiden. 3. Infolgedessen muß es dem Kläger auch gestattet sein, sich auf die Aufrechnung der Kostenforderung mit der Klageforderung selbst zu berufen, so daß auf diese Weise der ganze Prozeß wieder aufgerollt wird. 4. Hat der Kläger bei dem unzuständigen Gerichte geklagt und macht er jetzt bei dem zuständigen Gerichte den Anspruch klageweise geltend, so kann das erste Gericht, bei dem die Forderung aufrechnungsweise geltend gemacht wird, das Verfahren bis zur Erledigung des anderen Prozesses gemäß § 148 aussetzen.

5. Streit über die Erstattungsfähigkeit. a) OLG. **23** 155, HansGZ. **11** Beibl. 72 (Hamburg). Wenn über die Pflicht zur Erstattung eines Teiles der dem Beklagten erwachsenen Kosten Streit besteht, kann eine Entscheidung hierüber nur im Festsetzungsverfahren getroffen werden, und dieses setzt einen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titel voraus. b) OLG. **23** 156, SächsOLG. **32** 51 (Dresden). Ausnahmsweise ist auch schon im Pro-

zesse selbst auf die Höhe der Kosten einzugehen und so besonders die Erstattungsfähigkeit einer Post zu prüfen. c) Ebenso SeuffBl. **11** 552, R. **11** Nr. 2931 (Dresden).

§ 274. I. Abs. 2 Ziff. 3. Schiedsgerichtseinwand. 1. Notwendigkeit einer Entscheidung über den Einwand. **RG.** JW. **11** 51. Die Frage, ob der geltend gemachte Anspruch schon vom Schiedsrichter entschieden sei, darf der ordentliche Richter nicht dahingestellt sein lassen. Denn wenn der Schiedsrichter schon entschieden hat, so ist eine nochmalige Entscheidung durch ihn ausgeschlossen. Der Streit unterliegt dann nunmehr ausschließlich der Entscheidung des ordentlichen Gerichts. Von jener Feststellung hängt es also ab, ob die auf § 274 Abs. 3 gestützte Einrede begründet ist oder nicht. Das Revisionsgericht kann diese Feststellung nicht treffen.

2. Vereinbarung der Schiedsgerichtsklausel. OLG. Hamburg JDR. **9** Nr. 3 e jetzt auch OLG. **22** 184 e.

3. Im Arrestverfahren. OLG. **23** 167, HansGZ. **11** Beibl. 240, R. **11** Nr. 2186 (Hamburg). Im Arrestprozeß ist der Einwand, daß die Entscheidung des Rechtsstreits durch Schiedsrichter zu erfolgen habe, nach Maßgabe der §§ 274, 275 überhaupt unzulässig. Denn dem Schiedsgerichte fehlt die Möglichkeit, Arreste oder einstweilige Verfügungen zu erlassen, da für Vollstreckungshandlungen die Behörden zuständig sind. Dem Einwande fehlt daher aus inneren Gründen die besondere Qualifikation des § 274. Es kann der Partei nicht gestattet sein, unter der unzutreffenden Behauptung, man bringe eine prozeßhindernde Einrede vor, den Rechtsvorteil des § 275 für sich zu beanspruchen.

II. Abs. 2 Ziff. 4. Einrede der Rechtshängigkeit. 1. RheinA. **108** I 286 (Düsseldorf). Die Anmeldung einer Forderung in einem italienischen Konkurse steht der Klagerhebung nach deutschem Rechte nicht gleich und begründet daher keine Rechtshängigkeit.

2. SächsOLG. **32** 130 (Dresden). Die Einrede der Rechtshängigkeit ist nicht deshalb begründet, weil in dem neuen Prozeß ein Anspruch geltend gemacht wird, der gemäß § 268 in den anhängigen älteren Prozeß eingefügt werden konnte (vgl. § 268 Nr. VII).

3. RheinA. **108** I 286 (Düsseldorf). Die Einrede der Rechtshängigkeit bestimmt sich nach dem Rechte des Prozeßgerichts.

4. In Ehesachen. PosMSchr. **11** 9 (Königsberg). In Ehesachen ist die Anhängigkeit der Ehescheidung in einem anderen Prozesse von Amts wegen zu berücksichtigen.

III. Abs. 2 Ziff. 6. Kosteneinrede. SächsOLG. **32** 130 (Dresden). Die Identität des Klagegrundes genügt zur Begründung der Einrede der nicht erstatteten Kosten des früheren Verfahrens nicht. Es muß dieselbe Klage sein.

§ 275. Abs. 2. **RG.** IV. WarnE. **11** 333. Das Zwischenurteil, durch welches die Einrede der Rechtskraft zurückgewiesen wird, ist nicht selbständig anfechtbar. Diese Einrede gehört nicht zu den prozeßhindernden Einreden der §§ 274, 275. Die §§ 274, 275 dürfen nicht ausdehnend ausgelegt werden. Die Einrede der Rechtskraft betrifft überhaupt nicht das Verfahren, sondern gehört, wie die Einrede des Vergleichs, der Zahlung oder der Verjährung dem materiellen Rechte an.

§ 278. Verzicht auf Angriffsmittel im Prozesse. OLG. **23** 168 (Braunschweig). Da der Kläger im Prozeß erklärt hatte, aus einem bestimmten Umstande nichts herleiten zu wollen, fragt es sich, ob er sich durch die Erklärung von vornherein binden konnte, den Einwand im Prozeß überhaupt nicht zu erheben. Die Wirkungen dieses Prozeßrechtsgeschäfts sind zweifelhaft (und bleiben unentschieden).

§ 280. SeuffA. **66** 477 (Dresden). Die Feststellungszwischenklage gegen eine eventuell vorgeschützte Aufrechnungseinrede erledigt sich, wenn die Hauptklage abgewiesen wird.

§ 282. Literatur: König, Über die Beweislast nach dem Rechte des BGB., SächsRpflA. **11** Beilage A Bogen 1 (zu Heft Nr. 4). — Korsch, Die Anwendung der Beweislastregeln im Zivilprozeß und das qualifizierte Geständnis. Bonn 1911. A. Marcus u. E. Weber. (140 S.)

I. König gibt einen Bericht über die Rechtsprechung.

II. Korsch, Die Anwendung der Beweislastregeln im Zivilprozeß und das qualifizierte Geständnis. 1. Da der Zivilrichter zu keinem non liquet kommen darf, sind Beweislastregeln erforderlich. Jede solche Regel enthält eine Vorschrift darüber, welche Entscheidung getroffen werden soll, wenn weder das Zutreffen noch das Nichtzutreffen einer materiellen Voraussetzung des streitigen Rechtsverhältnisses prozessual festgestellt werden kann. Die Hauptregel geht dahin, daß die Voraussetzungen der Entstehung von Rechtsverhältnissen zur Beweislast des Klägers, die Voraussetzungen der nachträglichen Aufhebung einmal entstandener Rechtsverhältnisse zur Beweislast des Beklagten stehen. 2. Der heutige Beweislastbegriff ist rein objektiv. Der ältere subjektive Beweislastbegriff und seine Vorgänger beruhten auf der Annahme irgendeines rechtlichen Zusammenhanges zwischen der Unterlassung einer Feststellungstätigkeit seitens der „belasteten" Partei und dem Eintritte des Prozeßverlustes. Ein solcher rechtlicher Zusammenhang ist in Wahrheit nicht vorhanden. Einerseits steht eine Tatsache zur „Beweislast" auch dann, wenn sie im konkreten Falle gar nicht durch eine Tätigkeit der interessierten Partei festgestellt werden kann. Andererseits braucht der Beweisträger die Feststellung der zu seiner Beweislast stehenden Tatsachen nicht notwendig durch eigene Tätigkeit zu betreiben. 3. Die herrschende Auffassung von der Anwendung der Beweislastregeln ist unrichtig, ideologisch, unwirklich, sie operiert mit zahllosen stillschweigenden Behauptungen, die reine Fiktion sind. Die richtige realistische Auffassung geht aus von dem Unterschiede zwischen abstrakter und konkreter Feststellungslast. Nur der konkreten, nicht aber der abstrakten Feststellungslast läuft eine Behauptungs- oder Anführungslast der Parteien parallel. Es ist daher gar nicht nötig, daß alle die häufig zahlreichen gesetzlichen Merkmale, welche zur abstrakten Feststellungslast einer Partei stehen, von ihr behauptet werden müssen. Zu Unrecht identifiziert die herrschende Meinung die Urteilsvoraussetzungen und die erheblichen Tatsachen und behandelt alle sonstigen Behauptungen nur als Indizien. Die Behauptung der gesetzlichen Urteilsvoraussetzungen stellt vielmehr normalerweise eine zu der eigentlichen Tatsachenbehauptung noch hinzutretende rechtliche Deduktion dar und kann deshalb ohne rechtlichen Schaden für die behauptende Partei auch weggelassen werden. Der Umstand z. B., daß eine „Willenserklärung" mit einer bestimmten „Bedeutung" abgegeben wurde, steht nur zur abstrakten Feststellungslast der Parteien, braucht von ihnen weder „behauptet" noch „bewiesen" zu werden. Zur konkreten Feststellungslast, zur Behauptungs- und eigentlichen Beweislast stehen nur die beliebigen Tatsachen, durch welche die Parteien objektiv begründen, daß eine „Willenserklärung" überhaupt abgegeben ist und daß diese Willenserklärung die ihren Anspruch rechtfertigende „Bedeutung" objektiv gehabt hat. 4. Für das qualifizierte Geständnis (die Sachdarstellung des Klägers wird vom Beklagten nur teilweise zugestanden: „Ja — aber") ergibt sich hieraus, — daß, soweit die Sachdarstellung übereinstimmt — im Gegensatze sowohl zur Leugnungs- wie zur Einredetheorie und in Übereinstimmung mit Brodmann die tatsächlichen Behauptungen durch Geständnis formell festgestellt sind, und daß nunmehr die Frage, ob der Kläger das Nichtvorhandensein jenes Zusatzes oder der Beklagte dessen Vorhandensein beweisen muß — im Gegensatze zu Brod-

mann, im Ergebnisse wie die Leugnungstheorie — im Sinne der ersten Alternative (Beweislast des Klägers) zu beantworten ist.

III. Beweislast für Nichterfüllung von Verbindlichkeiten. RG. II. JW. **10** 937 Nr. 10, GruchotsBeitr. **55** 85. Der Satz: wenn sich an die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit eine ungünstige Folge für den Verpflichteten knüpfe, so müsse er die Erfüllung dartun, gilt nur bei den auf ein positives Tun gerichteten Ansprüchen. Bei den Unterlassungsverbindlichkeiten gilt der Satz nicht; ⇛ bei ihnen hat also, so muß man folgern, der Gläubiger die Zuwiderhandlung zu beweisen. Red. ⇚

§ 286. Literatur: Ephraim, Die Mitteilung geheimer Akten an die Prozeßgerichte durch das Patentamt, LeipzZ. **11** 33—36. — Hüfner, Die Einforderung patentamtlicher Akten durch die Gerichte, LeipzZ. **11** 366—367.

I. Welche Tatsachen darf das Gericht berücksichtigen? 1. Keine Berücksichtigung von Akten ohne mündlichen Vortrag. HansGZ. **11** Beibl. 232 (Hamburg). Das Gericht darf den Inhalt von anderen Akten, die den Parteien oder einer von ihnen nicht bekannt sind, ohne deren mündlichen Vortrag nicht berücksichtigen.

2. Die Einforderung patentamtlicher Akten durch die Gerichte (s. JDR. **9** Nr. 1 d). a) Hüfner billigt den von Isay aufgestellten Satz, daß das Gericht nicht von Amts wegen die Beiziehung von Akten beschließen kann, und daß es dem Antrag einer Partei, Akten einer zurückgewiesenen Anmeldung einzufordern, erst dann stattgeben darf, wenn die Partei die Einwilligung des Anmelders beibringt. Dagegen ist das Patentamt nicht verpflichtet, ein derartiges Ersuchen eines Gerichts abzulehnen, bis ihm diese Einwilligung nachgewiesen ist. Es genügt, daß das Gericht bei Übersendung der Akten ausdrücklich darauf hingewiesen wird, daß sie nur mit Einwilligung des Anmelders dritten Personen zugänglich gemacht werden dürfen. b) Ephraim. Im Gegensatze zu Isay ist die bisherige Praxis der Gerichte, Akten abgewiesener Patentanmeldungen vom Patentamt einzufordern, für vollkommen korrekt zu erachten. Ebenso ist es im Einklange mit dem Gesetze, daß das Patentamt dieser Forderung entspricht und nur den Vorbehalt macht, daß die Beschreibungen und Zeichnungen geheimzuhalten sind. Dagegen ist das Gericht durchaus berechtigt, die in den patentamtlichen Verfügungen enthaltenen Hinweise auf Veröffentlichungen den Beteiligten bekannt zu machen.

3. Verwertung einer eidesstattlichen Versicherung. RG. VII. R. **11** Nr. 361. Hat die Gegenseite der Verlesung einer eidesstattlichen Versicherung nicht widersprochen und insbesondere nicht verlangt, daß der Aussteller der Bescheinigung als Zeuge vernommen werde, so ist das Gericht berechtigt und verpflichtet, die vorgetragene Bescheinigung als Beweismaterial zu berücksichtigen. Es ist prozessual auch nicht gehindert, seine Überzeugung ausschließlich darauf zu stützen.

4. Unwirksamkeit eines Beweisvertrags. BuschsZ. **41** 409 (LG. Leipzig). Ein Vertrag zwischen Gläubiger und Bürgen über Feststellung des Umfanges der Hauptschuld, derart, daß der Bürge auch einem gegen den Hauptschuldner ergangenen Urteil oder einem von ihm erklärten Anerkenntnisse gegenüber volle Beweiskraft zugesteht, greift in die durch § 286 dem Gerichte zugewiesene Aufgabe ein und hat keine prozessuale Wirkung.

II. Begründungspflicht. Die Angabe der leitenden Gründe genügt. a) RG. V. JW. **11** 156. § 286 erfordert nur eine Angabe der Gründe, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind, nicht aber eine erschöpfende Erörterung aller Einzelanführungen. b) RG. III. LeipzZ. **11** 548 Nr. 30. § 286 schreibt keineswegs vor, daß die Beweisgründe, auf die das Gericht

seine Überzeugung von der Richtigkeit einer einzelnen Tatsache stützt, im einzelnen bezeichnet werden. Die Entsch. **RG.** V. GruchotsBeitr. **49** 669 besagt nicht das Gegenteil, sie erklärt nur eine Feststellung für erforderlich, in welchen Handlungen oder Erklärungen das Gericht eine Einwilligung oder Genehmigung erblickt, verlangt also nur die Angabe der entscheidenden Tatsache, nicht der Beweisgründe für ihre Richtigkeit. **c)** **RG.** VI. JW. **11** 946. § 286 verlangt nur die Angabe der leitenden Erwägungen des Gerichts, und sofern dies im Urteile geschehen, ist ein Grund zu dessen Aufhebung jedenfalls dann nicht gegeben, wenn Zweifel daran, daß das Gericht bei Darlegung des Ergebnisses seiner Beweiswürdigung seinen Annahmen entgegenstehende Einzelmomente bewußt gewesen ist, nicht bestehen. Sich mit diesen in allen Einzelheiten ausdrücklich in den Entscheidungsgründen auseinanderzusetzen, ist vom Gesetze nicht erfordert.

III. Zulässige Ablehnung von Beweisanträgen. a) **RG.** VI. SächsRpflA. **11** 279 Nr. 35 a. Zulässige Ablehnung neuer Beweisanträge, da ihnen nach Lage der Sache das Gericht jede Beweiserheblichkeit absprechen dürfte. **b)** Ebenso **RG.** II. LeipzZ. **11** 778 Nr. 27. **c)** Ablehnung informatorischer Beweisanträge. OLG. **23** 179 (Dresden). Der Umstand, daß der Beklagte außerstande ist, auch nur annähernd anzugeben, was der einzelne der vier angeblichen Zahler (Mitbürgen und Hauptschuldner) geleistet habe und sich auf die Behauptung beschränkt, der Kläger habe durch sie völlige Befriedigung erlangt, ergibt, daß dem Beklagten über die angeblichen Zahlungen nicht sicheres bekannt ist und daß die Vernehmung, wenn damit nicht bloß eine Verschleppung des Rechtsstreits durch die zeitraubende Anhörung von Zeugen im Auslande bezweckt sein sollte, lediglich dem Beklagten Stoff zum Aufstellen bestimmter tatsächlicher Behauptungen verschaffen soll. Dies ist unzulässig.

IV. Unzulässige Beweisablehnung. a) **RG.** VI. JW. **11** 549 Nr. 33, SächsRpflA. **11** 279 Nr. 35 b. Unzulässig ist es, eine Zeugenvernehmung deshalb abzulehnen, weil dem Gerichte der Zeuge aus anderen Prozessen bekannt sei und es ihm, wenn er seine Aussage ändern würde, nicht glauben werde. **b)** **RG.** V. R. **11** Nr. 798. Die Vernehmung eines Sachverständigen über angebliche Geisteskrankheit kann nicht deshalb abgelehnt werden, weil er sich bereits früher für Geistesschwäche ausgesprochen habe. **c)** **RG.** VI. R. **11** Nr. 176. Es stellt eine unzulässige Übergehung eines Beweisantritts dar, wenn die Vernehmung von Zeugen über das Hören von Signalen aus dem Grunde abgelehnt wird, weil niemals durch die negative Beurkundung der Zeugen, sie hätten keine Signale gehört, die positive gegenteilige Bekundung anderer Zeugen aufgehoben würde. Bei dieser grundsätzlich rechtsirrigen Auffassung des Berufungsgerichts würden niemals durch den Beweis der Negative positive Beurkundungen widerlegt werden können.

§ 287. 1. **RG.** II. R. **11** Ziff. 1515. Die Vorschrift des § 287 ZPO. über die freie Schätzung eines Schadens greift in allen Fällen Platz, in denen es sich um eine in Geld zu leistende Schadensforderung handelt, gleichviel ob der Anspruch auf einem Vertrag, einer unerlaubten Handlung oder auf einem anderen Rechtsgrunde beruht. Die Entsch. JW. **91** 246 Nr. 5 steht dem nicht entgegen, denn diese betrifft nicht einen Schadensersatzanspruch, sondern einen Erfüllungsanspruch, auf den § 287 allerdings nicht anzuwenden ist, wie das RG. schon wiederholt ausgesprochen hat (vgl. u. a. **RG.** **8** 224, JW. **99** 486 Nr. 13). Verlangt der Kläger nicht Erfüllung des Vertrags, sondern Schadensersatz wegen Nichterfüllung, beispielsweise auf Grund des § 325, so ist § 287 ZPO. anwendbar.

2. **RG.** VI. **76** 204 (211), R. **11** Nr. 2363. Die Bestimmung will den Schadensersatzberechtigten der genauen Angabe der Tatsachen, die einen zwingenden Schluß auf die Existenz und den Umfang des Schadens zulassen, ebenso überheben, wie das Gericht frei über das von den Parteien vorgebrachte Material gestellt sein soll (**RG.**

68 35, JW. **06** 714 Nr. 31 u. **09** 141 Nr. 23, R. **09** Nr. 3117). Eine Abweisung der Klage wegen mangelnder Begründung des in seiner Entstehung feststehenden Schadens kann es daher nicht geben, es sei denn, daß für das Gericht jede geeignete Grundlage für die Schadensfestsetzung fehlt.

3. Schätzung im Versäumnisverfahren in Abzahlungsprozessen. S. hierüber Hörle unter § 331 Nr. 2 b.

4. Nachprüfung in der Revisionsinstanz? **RG.** VI. 24. 4. 11, **76** 174. Bei der Feststellung des Schadensbetrags hat das Ermessen des Gerichts frei zu walten und seine hierauf bezüglichen einzelnen Erwägungen sind im allgemeinen der Nachprüfung in der Revisionsinstanz entzogen. Nur dann ist eine Aufhebung zulässig, wenn das Gericht seine Entscheidung ausdrücklich auf einen grundsätzlich falschen Satz gestützt hat (**RG. 63** 104). Vorliegend erfolgte Aufhebung, weil zwei Grundsätze für die Abmessung der Entschädigung für immateriellen Schaden nach § 847 BGB. verletzt waren.

§ 288. I. Geständnis in bezug auf Rechtsgriffe und Rechtsverhältnisse. 1. **RG.** III. 11. 11. 10, WarnE. **11** 59 Nr. 53. Die Erklärung einer Partei, daß der Gegner ihr Bezirksagent gewesen sei, ist kein gerichtliches Geständnis. Wenn auch die Rechtsprechung zugelassen hat, daß Geständnisse auch in bezug auf Rechtsbegriffe abgegeben werden, so ist dabei doch immer von ganz einfachen Rechtsbegriffen die Rede gewesen, bei denen die Zerlegung in die tatsächlichen Momente keinem Zweifel begegnete. Das liegt nicht vor.

2. *Müller, Anerkenntnis (vgl. § 307). Das Geständnis von Rechtsverhältnissen fällt weder unter § 288 noch § 307. Die bindende Wirkung ergibt sich aber aus allgemeinen prozessualen Grundsätzen. Es ist jedoch zu untersuchen, ob nicht bloße Rechtsansicht vorliegt. Anfechtung wegen Irrtums ist möglich (vgl. zu § 307).

II. Die Erklärung des Geständnisses. 1. Erklärung, nicht bestreiten zu wollen. **RG.** II. LeipzZ. **11** 221 Nr. 1, R. **11** Nr. 362. Hat nach dem Tatbestande die Beklagte den vom Kläger behaupteten Umfang der Vollmacht nicht nur nicht bestritten, sondern geradezu erklärt, den behaupteten Umfang der Vollmacht nicht bestreiten zu wollen, so liegt hierin nicht nur eine rechtliche Ausführung des Anwalts, sondern ein seine Partei bindendes Geständnis.

2. Auslegung. **RG.** V. GruchotsBeitr. **55** 670, WarnE. **11** 15, 16. Da die Auslegung eines Urteilstatbestandes, insbesondere auch die Frage, ob darin ein gerichtliches Geständnis beurkundet ist, der freien Beurteilung des Revisionsgerichts unterliegt (s. GruchotsBeitr. **45** 655), so genügt es, wenn letzteres aus dem Tatbestande die Überzeugung gewinnt, daß der Beklagte die von der Klägerin behauptete Tatsache hat einräumen wollen. Dies muß hier, wenn der Beklagte auch selbst nicht ausdrücklich erklärt haben sollte, die behauptete Kündigung nicht bestreiten zu wollen, aus dem Umstand entnommen werden, daß nach des Beklagten eigener Behauptung den drei Schuldnern gegenüber die Kündigung von dem Gläubiger zurückgenommen worden sei. In dieser Behauptung der Zurücknahme der Kündigung, aufgestellt gerade gegenüber der behaupteten Kündigung, muß allerdings in Verbindung mit dem Nichtbestreiten der Behauptung, daß allen drei Schuldnern gekündigt worden sei, ein Zugeständnis der auch dem Beklagten gegenüber erfolgten Kündigung gefunden werden.

3. Antizipiertes Geständnis? **RG.** VI. WarnE. **11** 146. Kein Geständnis der Beklagten, auch kein antizipiertes Geständnis liegt bei folgendem Tatbestande vor: Zunächst hatte der Kläger die Klage nur auf die Behauptung einer Täuschung über den Wert der Hypothek gestützt. Demgegenüber haben die Beklagten vorgetragen, nicht jene Angaben über die Hypothek, sondern die Bürgschaft des W. T. habe den Kläger zum Erwerbe der Hypothek bestimmt. Darauf hat der

Kläger erwidert, auch in Ansehung der Bürgschaft sei er arglistig getäuscht worden — nur gegen die Bürgschaft habe er die Hypothek erworben. Hier haben die Beklagten die Kausalität der Bürgschaft keineswegs zugestanden.

III. Das qualifizierte Geständnis. Vgl. hierüber Korsch, Die Anwendung der Beweislastregeln im Zivilprozeß und das qualifizierte Geständnis, oben § 282 Nr. II.

§ 291. 1. **RG.** IV. JW. **11** 102, WarnE. **11** 108, R. **11** Nr. 3510. Aus welchen Quellen das Gericht seine Wissenschaft schöpft, braucht es nicht anzugeben und es ist im vorliegenden Falle sehr wohl möglich, daß das Gericht aus den vor ihm verhandelten Prozessen Kenntnis von dem Steigen der Mietpreise in B. erlangt hat.

2. Eigene Sachkunde des Gerichts. **RG.** VII. R. **11** Nr. 2188. Das Gericht ist berechtigt, auf Grund eigener Sachkunde festzustellen, daß der vom Kläger geforderte Preis von 60 M. pro Quadratmeter erheblich zu hoch gegriffen sei, der Kläger habe offensichtlich den Wert im Auge, wie er sich durch die Straßenverbreiterung stelle, das Gericht wisse aber aus eigener Erfahrung, daß für Bauplätze an Wegen, deren Verbreiterung in Aussicht stehe, viel höhere Preise in Cöln und Umgegend gezahlt werden, als für Bauplätze an so schmalen und unfertigen Straßen, wie die streitige. Diese Erwägungen des Gerichts liegen innerhalb des ihm ebenso wie sonst jedermann zugänglichen Gebiets der allgemeinen Lebenserfahrung und der die besonderen Verhältnisse der Stadt Cöln betreffenden Offenkundigkeit. Eine Verwertung derartigen Wissens ist dem Richter keineswegs versagt.

§ 293. I. Opinio necessitatis bei der Bildung einer Observanz. 1. Nicht erforderlich ist die Überzeugung, daß ein positiver Rechtssatz bestehe. a) **RG.** VI. **76** 113, JW. **11** 547. Voraussetzung eines Handelns aus Rechtsüberzeugung ist nicht, daß der Handelnde sich bewußt ist, er handele in Befolgung eines bestehenden positiven Rechtssatzes; es genügt vielmehr, wenn die Handelnden auch nur aus dem Gefühle heraus handeln, sie seien zum Streuen verpflichtet, damit niemand Schaden nehme. Denn in der Betätigung der Sorge dafür, daß der Nächste nicht Schaden nehme, tritt das Bewußtsein einer Verkehrspflicht zutage. Wenn sich der Hauseigentümer aber bewußt ist, daß ihm, soweit die öffentliche Straße an sein Eigentum anstößt, im Interesse der Straßenbesucher wegen seines Eigentums Verkehrspflichten für die Sicherheit der Straße obliegen, so ist dies ein Rechtsgedanke, der sich, wenn er zunächst auch nur den einzelnen zu seiner Handlung veranlaßt, durch die allgemeine Übung zu einer allgemeinen Rechtsüberzeugung verdichtet. b) Ebenso **RG.** VI. JW. **10** 944 Nr. 25, GruchotsBeitr. **55** 97.

2. Es genügt die Absicht, sich einem rechtlichen Grundsatze zu unterwerfen. PrVerwBl. **33** 75 (PrOVG.). Die zur Bildung einer Observanz notwendige rechtliche Überzeugung kann erst durch Übung begründet werden. Die Beweggründe, die zu dieser Überzeugung geführt haben, sind gleichgültig. Der Vorstellung, daß der geübte Satz geltendes Recht sei, geht ein Werdestadium voraus, in dem das Gefühl des Gerechten, Angemessenen, Billigen waltet. Die Übenden müssen nur von dem Bewußtsein erfüllt gewesen sein, nicht bloß nach einem Gebote der Sittlichkeit oder nicht rein nach ihrem Belieben zu handeln, sondern beabsichtigt haben, sich einem rechtlichen Grundsatze zu unterwerfen.

3. Bildung einer Observanz trotz bestehender Polizeiverordnung. a) **RG.** VI. PrVerwBl. **32** 570. Wenn die Anlieger sich zu der Straßenreinigung lediglich und ausschließlich unter dem Drucke polizeilicher Strafandrohungen und nicht in der Überzeugung ihrer rechtlichen Verpflichtung verstanden haben, so fehlt es an der opinio necessitatis. Die Übung der Beteiligten kann aber ganz wohl auf gemeinsamer Rechtsüberzeugung beruhen, auch wenn sie damit einer bestehenden Polizeiverordnung nachkommen, wofern sie nur zugleich

in der Meinung handeln, daß die Verpflichtung nicht erst durch die Polizeiverordnung auferlegt sei, vielmehr ohnehin bestehe, daß es von altersher so Recht und Brauch gewesen sei, die Polizeiverordnung nur schon bestehendes Recht näher geregelt habe. Es ist sogar möglich, daß eine ursprünglich, vielleicht rechtsirrtümlich entstandene, etwa auf eine an sich unzulässige Polizeivorschrift gestützte Übung zur Quelle einer Observanz wird, wenn nämlich im Laufe der Jahre die anfängliche Veranlassung des Handelns im Bewußtsein der Beteiligten schwindet und an ihre Stelle allmählich die Überzeugung von der rechtlichen Notwendigkeit tritt. b) **RG.** VI. **76** 113, JW. **11** 547. Da ein Teil der Hausbesitzer den Aufforderungen der Polizei, zu streuen, stets widerspruchslos nachgekommen sind, liegt die Annahme nahe, daß sie sich deshalb gefügt haben, weil sie die Polizei für befugt erachteten, sie zur Erfüllung der observanzmäßig bestehenden Verpflichtung anzuhalten (**RG.** **52** 425).

II. Prozessuales. Ermittelung von Amts wegen. a) **RG.** VI. PrVerwBl. **32** 570. Bei der Ermittelung einer Observanz ist das Gericht nicht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise beschränkt, sondern es kann auch von Amts wegen anderweite Erkenntnisquellen benutzen. b) **RG.** VI. JW. **11** 548 Nr. 30. Es ist kein prozessualer Verstoß (nach § 286), wenn das Gericht es unterläßt, Urteile einzusehen, auf welche die Partei als Erkenntnisquellen für die Observanz hingewiesen hat, obwohl die Urteile in den beigezogenen Berufungsakten enthalten sind. Denn bei der Ermittelung einer Observanz und ihres Inhalts ist das Gericht nach § 293 wesentlich freier gestellt als bei dem Beweise von Tatsachen nach § 286.

§ 295. 1. Nichtbeeidigung eines Zeugen. **RG.** V. R. **11** Nr. 3213. Beruht die Nichtbeeidigung eines Zeugen auf einem ausdrücklichen Gerichtsbeschlusse, so verliert die dadurch beschwerte Partei ihr Rügerecht nicht dadurch, daß sie den angeblichen Mangel nicht in der nächsten mündlichen Verhandlung und überhaupt nicht mehr in derselben Instanz rügt; der ein Versehen des Gerichts, eine Omission von seiner Seite voraussetzende § 295 kommt in solchem Falle überhaupt nicht zur Anwendung.

2. Widerklage im Nachverfahren. OLG. **23** 84 (KG.). Auf die unzulässige Erhebung einer Widerklage im Nachverfahren des § 302 (vgl. oben § 33 Nr. 2) findet § 295 keine Anwendung.

3. Von den Parteien selbst vereinbarte Formerfordernisse. OLG. **23** 157 (Posen). § 295 bezieht sich nicht auf Formvorschriften, die die Parteien selbst für bestimmte Willenserklärungen (z. B. Widerruf des Prozeßvergleichs) vereinbart haben, sondern nur auf die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften.

4. Verstöße bei Eidesabnahmen. a) Verstoß gegen § 453 Abs. 2 vgl. § 453. b) Verstoß gegen § 461 Abs. 2 vgl. § 461 Nr. 3.

5. **RG.** VI. R. **11** Nr. 3207. Bei einem Verstoße gegen § 250 handelt es sich um einen verzichtbaren Mangel des Verfahrens. Vgl. § 250 Nr. 2.

6. **RG.** IV. WarnE. **11** 224. Auch in Ehesachen wird ein Verstoß gegen § 383 Abs. 2 — Unterbleiben des Hinweises auf das Recht, das Zeugnis zu verweigern — durch nicht rechtzeitige Rüge geheilt.

§ 296. SeuffBl. **11** 253, R. **11** Nr. 1601 (München). Ablehnung der Terminsbestimmung bei Fortsetzung des Prozesses nach Anfechtung des Prozeßvergleichs. Vgl. hierüber unten § 794.

Zweiter Titel. Urteil.

Vorbemerkung: 1. Zu § 301. Die Revision gegen das Teilurteil ergreift nicht auch zugleich die Kostenentscheidung im Schlußurteile, **RG.** IV (Nr. IV).

2. Zu § 304. **RG.** VI behandelt ein rechtskräftiges Zwischenurteil, welches inkorrekterweise über den Grund eines nicht bezifferten Feststellungsanspruchs ergangen ist; die spätere Feststellungsklage kann trotz des Zwischenurteils abgewiesen werden (Nr. I 5).

3. Zu § 307. Der theoretische Streit über die Natur des Klaganerkenntnisses kommt nicht zu Ende. Mit ihm befassen sich zwei wertvolle Monographien von Lehmann und Müller (Nr. I und II). Sehr verständig verzichtet Lehmann auf eine für alle Fälle passende Formel.

4. Zu § 322. Über die Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten ist eine neue grundlegende Entscheidung des **RG.** IV vom 9. Februar 1911 ergangen: Die Schadensersatzpflicht wird auf rechtskräftige Ehescheidungsurteile ausgedehnt. Mit vollem Rechte hält **RG.** daran fest, daß die richterliche Feststellung des rechtskräftigen Urteils nachgeprüft werden darf und zur Begründung der Ersatzpflicht nachgeprüft werden muß. Gerade hierauf beruht die Ausdehnung der Ersatzpflicht auf die Scheidungsurteile. Die Rechtsänderung, die Scheidung selbst, bleibt bestehen.

5. Zu § 328. Nach **RG.** VII (Nr. 2) genügt es, wenn das ausländische Gericht seine Zuständigkeit auf Grund prozessualer Fiktion im Versäumnisverfahren angenommen hat.

§ 300. 1. Auslegung des Tenors aus den Urteilsgründen. a) **RG.** VII. JDR. **9** Nr. 1 jetzt auch GruchotsBeitr. **55** 126. **b**) S. auch unten § 322 Nr. I 1.

2. Eventualaufrechnung. a) S. hierüber auch BGB. § 388. **b**) Pos. MSchr. **11** 157 (Posen). Der Klagabweisungstheorie ist der Vorzug zu geben. **c**) R. **11** Nr. 2364 (Braunschweig). Gegen die Klagabweisungstheorie. Ein Urteil, welches die Frage in der Schwebe läßt, ob die Gegenforderung noch zu Recht besteht oder nicht, wird der Aufgabe, unter den Parteien Recht zu schaffen, nicht gerecht.

3. Das Scheidungsurteil. *Klien, JW. **11** 522 f. (vgl. unten vor § 606 Nr. II 1). Das Scheidungsurteil hat verschiedene Wirkung, je nach den Gründen, aus denen die Scheidung ausgesprochen wird; deshalb muß hier das Gericht zunächst prüfen, ob die vom Kläger vorgebrachten mehreren Scheidungsgründe unter sich für den Kläger gleichwertig sind.

§ 301. I. Unzulässigkeit des Teilurteils. 1. Kein selbständiger Feststellungsanspruch. **RG.** III. JW. **11** 285 Nr. 19. Ein Teilurteil war unzulässig, da ein selbständiger Feststellungsanspruch nicht erhoben war. Es fehlt an jedem Grunde für die Annahme, daß der Beklagte zwei Feststellungsklagen habe erheben wollen: Eine negative Feststellungsklage, daß der Kläger nicht berechtigt war, vom Vertrage zurückzutreten und eine positive, daß er verpflichtet sei, dem Beklagten den durch den Rücktritt entstandenen Schaden zu ersetzen. Es handelt sich vielmehr nur um einen Anspruch auf Feststellung der Schadenersatzpflicht.

2. Enteignungsentschädigung. **RG.** VII. JW. **11** 548. Kein zulässiges Teilurteil in Enteignungsentschädigungssachen. Gegenstand des Rechtsstreits ist nicht eine Mehrheit selbständiger Ansprüche, sondern nur ein Anspruch auf Gewährung voller Entschädigung für die enteignete Fläche. Alle von der Klägerin zum Nachweise der Angemessenheit der beanspruchten Entschädigung vorgebrachten einzelnen Umstände, wie die Eigenschaft der enteigneten Fläche als Bau- bzw. Lagerplatz, als Gemüseland usw. kommen nur als Faktoren für die Ermittelung der einheitlichen Entschädigung in Betracht. — Auch „über einen Teil eines Anspruchs" ist nicht entschieden. Weder ziffernmäßig noch sonst in irgendeiner Weise ist erkennbar gemacht, zu welchem bestimmten Teil über den Anspruch schon jetzt endgültig entschieden sein und zu welchem anderen Teil die Entscheidung vorbehalten sein soll.

3. Mangelnde individuelle Bestimmtheit des Teilobjekts. SeuffA. **66** 337, SchlHolstAnz. **11** 111 (Kiel). Es ist erforderlich, daß bei einer Forderung, die sich aus einzelnen Forderungen zusammensetzt, erkennbar

ist, über welche einzelnen Posten eine Entscheidung getroffen ist. Eine solche individuelle Bestimmtheit des Teilobjekts fehlt in dem Urteile, welches ganz allgemein über einen nur quantitativ bestimmten Teil aller Forderungen in Höhe von 450 M. entscheidet und die Entscheidung über den weiter gehenden Klaganspruch bis zur Prüfung der Einwendungen zurückstellt.

II. Teil- oder Zwischenurteil? 1. **RG.** II. JW. **11** 157 Nr. 18, LeipzZ. **11** 219 Nr. 28, WarnE. **11** 109, R. **11** Nr. 178. Wenn der Richter ein Teilurteil nach § 301 hat erlassen wollen, so ist die Revision zulässig, obgleich das erlassene Teilurteil inhaltlich nur ein Zwischenurteil ist. Für die Feststellung des Willens des Richters ist aber die äußerliche Bezeichnung als Teilurteil nicht ausschließlich maßgebend; es kommt vielmehr auch auf die Begründung an, und ob sich nicht etwa daraus ergibt, daß der Richter nur ein Zwischenurteil erlassen wollte.

2. ElsLothJZ. **11** 477, BuschsZ. **41** 405 (Colmar). Wird bei einer Klage, die in erster Linie auf Vollstreckbarkeitserklärung eines Schiedsspruchs, eventuell auf Zahlung des nach dem Schiedsspruche dem Kläger zustehenden Betrags gerichtet ist (also ein Fall eigentlicher, wenn auch nur eventueller Klagehäufung gemäß § 260), der erste Antrag als unbegründet zurückgewiesen, weil ein Schiedsspruch nicht vorliege, so liegt ein Teilurteil, kein Zwischenurteil vor. Gleichgültig ist, daß das LG. das Urteil für ein Zwischenurteil hielt und als solches bezeichnet hat.

III. Ermessenssache. **RG.** V. LeipzZ. **11** 62 Nr. 20. Der Erlaß von Teilurteilen liegt im Ermessen des Gerichts. Ein prozessualer Verstoß liegt selbst dann nicht vor, wenn der Erlaß eines Teilurteils sachgemäß gewesen wäre, das Gericht also, insofern es ein solches Urteil nicht erließ, unzweckmäßig gehandelt hat.

IV. Die Revision gegen das Teilurteil ergreift nicht auch zugleich die Kostenentscheidung im Schlußurteile. **RG.** V. JW. **11** 54 Nr. 53, GruchotsBeitr. **55** 654 (662), WarnE. **11** 43 (46), R. **11** Nr. 184. Das Schlußurteil ist im ganzen Umfange, auch hinsichtlich der Entscheidung über den Kostenpunkt, im Verhältnisse zum Teilurteil ein selbständiges Urteil, das für sich allein der Anfechtung unterliegt und der Rechtskraft fähig ist. Die Revision gegen ein nicht über die Kosten entscheidendes Teilurteil ergreift daher nicht auch zugleich die Kostenentscheidung im Schlußurteile. Die in den Urteilen JW. **88** 11, 382, **93** 444, **96** 356, GruchotsBeitr. **40** 1028, **41** 998 enthaltene Bemerkung, Teilurteil und Kostenentscheidung im Schlußurteil gelten als einheitliches Ganze, diente nur zur Rechtfertigung der Annahme, daß wenn gegen ein solches Teilurteil Revision eingelegt worden, die Revision auch trotz § 99 gegen die Kostenentscheidung im Schlußurteile zulässig sei. — Andererseits sind hinsichtlich des Vorhandenseins der Revisionssumme gemäß dieser Einheitlichkeit die Revision gegen das Teilurteil und die gegen die Kostenentscheidung im Schlußurteil als ein einheitliches Rechtsmittel anzusehen.

§ 302. Abs. 4. Das Nachverfahren. 1. Widerklage. OLG. **23** 84 (KG.). Im Nachverfahren ist eine Widerklage unzulässig (vgl. oben § 33 Nr. 2). Auch eine Heilung nach § 295 ist ausgeschlossen.

2. Wirksamkeit des Vorbehalts für die Berufungsinstanz. OLG. **23** 169 (KG.). Da der Rechtsstreit wegen der vorbehaltenen Aufrechnung in der ersten Instanz anhängig bleibt, muß zunächst der erste Richter die Gegenforderung prüfen und über sie entscheiden. Mit der Darlegung, daß er schon früher aufgerechnet und der Kläger sich damit einverstanden erklärt habe, ist der Beklagte in der Berufungsinstanz daher nicht zu hören.

§ 303. 1. Zwischenurteil über Aufrechnung. **RG.** I. R. **11** Nr. 1780. Das Zwischenurteil über eine Einrede setzt deren Spruchreife auch hinsichtlich des Betrags voraus. Unzulässig ist daher ein Zwischenurteil über die Auf-

rechnungseinrede, wenn sie auf Ansprüche gestützt ist, welche vom Kläger ebensowohl dem Grunde wie dem Betrage nach bestritten wurden.

2. Bindung an ein unzulässiges Zwischenurteil? Pos. MSchr. **11** 116 (Königsberg). An ein von ihm erlassenes, prozessual unzulässiges Zwischenurteil ist das Gericht weder hinsichtlich der Gründe noch hinsichtlich der Urteilsformel gebunden. Vgl. § 318 Nr. 2.

3. Teil- oder Zwischenurteil? S. § 301 Nr. II.

4. § 303 oder § 304? **a)** HansGZ. **11** Beibl. 23 (Hamburg). Wenn das Gericht in unrichtiger Anwendung des § 304 ein Urteil erlassen hat, das nach der Absicht des Gerichts ein Urteil nach § 304 sein soll, nach der Prozeßlage und dem Urteilsinhalt aber nur als Zwischenurteil nach § 303 hätte erlassen werden dürfen, so ist die Berufung zulässig. **b)** R. **11** Nr. 3929 (Düsseldorf). Nicht eine Vorabentscheidung über den Grund, sondern lediglich ein unanfechtbares Zwischenurteil nach § 303 ZPO. liegt vor, wenn ausdrücklich bloß der einzige bis dahin vorgebrachte Einwand des Beklagten gegen den Grund des Anspruchs für unbegründet erklärt ist, mag damit auch mangels weiterer Einwände zunächst feststehen, daß der Anspruch dem Grunde nach gerechtfertigt ist.

§ 304. I. Zulässigkeit der Vorabentscheidung. Streit nach Grund und Betrag. Allgemeines.

1. Unzulässigkeit der Trennung der Entscheidung über Grund und Betrag des Anspruchs bei der vom Enteigneten aus § 30 PrEnteignungsG. erhobenen Klage auf Erhöhung der Entschädigung. **RG.** VII. JDR. **9** Nr. I 3 jetzt auch FischersZ. **39** 350, EisenbE. **27** 414.

2. Klage aus § 31 PrEnteignungsG. **RG.** VII. WarnE. **11** 498 Nr. 450. Wenn der Sonderfall des § 31 EnteignungsG. vorliegt, wonach ausnahmsweise trotz durchgeführten Enteignungsverfahrens nachträgliche Ansprüche des Enteigneten zulässig sind, kann ein Vorbehaltsurteil ergehen. Die dort normierten Voraussetzungen gehören zum Grunde des Anspruchs und können ebenso wie der Betrag, streitig sein.

3. Streitiger Betrag. **RG.** VI. SeuffBl. **11** 539. Es genügt, wenn nach dem Vorbringen des Klägers die Möglichkeit besteht, den verlangten Schaden durch richterliche Festsetzung zu beziffern.

4. Bei Feststellungsklagen. **RG.** III. JW. **11** 285 Nr. 19. Bei Feststellungsklagen ist ein Zwischenurteil unzulässig.

5. Bedeutung eines rechtskräftigen Zwischenurteils, das inkorrekterweise über den Grund eines nicht bezifferten Feststellungsanspruchs ergangen ist. **RG.** VI. 9. 2. 11, JW. **11** 372, WarnE. **11** 328, R. **11** Nr. 1604. Vorabentscheidung über einen Feststellungsanspruch ist unzulässig. Die Auslegung, daß ein Zwischenurteil aus § 304 nur hinsichtlich des Leistungsanspruchs vorliege, dagegen die Entscheidung hinsichtlich des Feststellungsanspruchs als Endurteil anzusehen sei, versagt im vorliegenden Falle, wo das Gericht ausdrücklich „durch Zwischenurteil für Recht erkannt hat“, wo das Urteil die Überschrift „Zwischenurteil“ trägt und in den Gründen ausgeführt wird, daß das Gericht nur über den Grund des Anspruchs vorab entschieden habe. Die Wirkung eines solchen prozeßwidrig erlassenen Zwischenurteils kann nur bestimmt werden nach Analogie der Wirkungen des im § 304 zugelassenen Zwischenurteils. Wie hinsichtlich dieser letzteren Art von Zwischenurteilen anerkannt ist, daß die rechtskräftige Feststellung dem Grunde nach nicht unter allen Umständen dazu führen muß, dem Kläger im Nachverfahren einen bestimmten Betrag zuzusprechen, so muß auch im vorliegenden Falle bei Erlaß des Endurteils, welches die Schadensersatzpflicht endgültig feststellt, dargetan sein, daß irgendein Schaden eingetreten oder doch noch zu erwarten ist. Ist dies nicht der Fall, so ist die Feststellungs-

klage trotz des rechtskräftigen Zwischenurteils abzuweisen. Vgl. hierzu **RG.** I. R. **11** Nr. 567.

6. Über den Grund einer Einrede. HansGZ. **11** Beibl. **23** (Hamburg). Über den Grund einer Einrede (auch einer Aufrechnungseinrede) kann kein Zwischenurteil nach § 304 erlassen werden.

7. Ermessenssache. **RG.** V. LeipzZ. **11** 62 Nr. 20. Der Erlaß von Vorabentscheidungen liegt im Ermessen des Gerichts. Ein prozessualer Verstoß liegt selbst dann nicht vor, wenn der Erlaß einer Vorabentscheidung sachgemäß gewesen wäre, das Gericht also, insofern es ein solches Urteil nicht erließ, unzweckmäßig gehandelt hat.

8. **RG.** II. JW. **11** 189. Prozessual unzulässig ist eine Entscheidung des Berufungsgerichts über den Grund des Anspruchs und gleichzeitige Zurückverweisung hinsichtlich des Betrags nach § 539.

9. Kostenentscheidung bei Zurückweisung der Berufung. HessRspr. **12** 268 (Darmstadt). Wird die Berufung gegen ein gemäß § 304 erlassenes Zwischenurteil zurückgewiesen, so ist zugleich nach § 97 über die Kosten der Berufungsinstanz zu entscheiden.

II. Reife zur Vorabentscheidung. 1. Keine Vorabentscheidung, wenn zweifelhaft, ob überhaupt ein Schaden der Art, wie er ersetzt verlangt wird, entstanden ist. **RG.** VI. EisenbE. **28** 121; WarnE. **11** 432. Wird behauptet, daß der Verunglückte sich schon vor dem Unfalle von seinem Gewerbe zurückgezogen und seitdem von den Erträgnissen seines Kapitalsvermögens gelebt habe, so darf dieser Einwand nicht dem Nachverfahren überlassen werden. Denn ist diese Behauptung richtig, so würde feststehen, daß überhaupt kein Schaden entstanden ist. Eine Person, die von den Einkünften ihres Kapitalvermögens lebt, die von ihrer Erwerbsfähigkeit keinen Gebrauch macht und aller Voraussicht nach auch in aller Zukunft keinen Gebrauch machen wird, erleidet durch den Verlust ihrer Erwerbsfähigkeit keinen Schaden.

2. Anspruch der Witwe im eigenen Namen und für die minderjährigen Kinder. **RG.** VI. JW. **11** 185 Nr. 13; R. **11** Nr. 568. Verlangt die Witwe des Getöteten in eigenem Namen und als gesetzliche Vertreterin ihrer minderjährigen Kinder Schadensersatz in Form einer einheitlichen Kapitalabfindung, so dürfen keineswegs ohne weiteres die ungetrennt in einer Summe zusammengefaßten Ansprüche der Witwe und der Kinder gleichermaßen unterschiedslos dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt werden. Die Frage, welcher Schaden den einzelnen Klägern entstanden ist, ist im Verfahren über den Grund des Anspruchs zu erörtern.

3. Entscheidung, ob Rente oder Kapitalabfindung. a) **RG.** VI. JW. **11** 185 Nr. 13; WarnE. **11** 128 Nr. 118; R. **11** Nr. 568. Die Bestimmung der Entschädigungsart — ob Rente oder Kapitalabfindung — gehört an sich zu dem Grunde des Anspruchs. Hieran hat der erkennende Senat grundsätzlich festgehalten, jedenfalls in dem Sinne, daß, wenn allein Kapitalabfindung gefordert ist, die Entscheidung darüber, ob diese Art der Ersatzleistung beansprucht werden kann, nicht in das Verfahren über den Antrag verwiesen werden dürfe, und die letztere Behandlungsweise wurde nur da für zulässig erachtet, wenn es einer Beweisaufnahme nicht bloß über die Höhe des Schadens, sondern auch über die Frage, ob Kapitalabfindung oder Rente zu gewähren sei, bedarf und eine Verbindung beider Beweisaufnahmen als wünschenswert und angemessen erscheint (vgl. **RG.** JW. **06** 359 Nr. 21, 686 Nr. 7). b) **RG.** IV. GruchotsBeitr. **55** 1062; EisenbE. **27** 444; WarnE. **11** 332; R. **11** Nr. 3512. Die Frage, ob Schadensersatz in Gestalt einer Kapitalabfindung oder in Gestalt einer Rente zu leisten sei, kann sicherlich dann dem Nachverfahren überlassen werden, wenn die hierfür maßgeb-

lichen Vermögens- und sonstigen Verhältnisse der Beteiligten noch nicht feststehen. Es müßten sonst im Vorverfahren bereits alle die Beweise erhoben werden, deren es demnächst auch im Nachverfahren zur Feststellung des Betrags bedürfte. Die Rechtsprechung des VI. Senats steht dem nicht entgegen, da auch dieser unter gewissen Voraussetzungen zugelassen hat, die Entscheidung über die Modalitäten der Zahlung des Betrags dem Nachverfahren vorzubehalten (**RG.** WarnE. **08** Nr. 634).

4. Entscheidung über die Dauer der Schadensersatzrente **RG.** III. JW. **11** 44 5Nr. 7; EisenbE. **27** 438, R. **11** Nr. 1781. Fordert der Kläger eine Rente bis auf weiteres und ist für einen Teil des im Klagantrage bezeichneten Zeitraums eine Unfallrente jedenfalls begründet, so darf die zeitliche Begrenzung dem Nachverfahren überlassen werden.

5. Aufrechnung. a) Vorabentscheidung, wenn der Beklagte mit einer Gegenforderung aufrechnet. **RG.** II. JW. **11** 489, WarnE. **11** 333 Nr. 293, LeipzZ. **11** 548 Nr. 32, R. **11** Nr. 1603. Die Feststellung, daß „überhaupt ein Schaden entstanden sei" genügt nicht, wenn dem Klaganspruch ein Gegenanspruch gegenübersteht und offenbleibt, ob er nicht den ganzen Schadensanspruch tilgt. Der Klaganspruch darf nur dann dem Grunde nach für berechtigt erklärt werden, wenn ein den Gegenanspruch übersteigender Schaden als vorliegend angenommen wird. b) HansGZ. **11** Beibl. 214 (Hamburg). Vorabentscheidung über eine aufrechnungsweise geltend gemachte Forderung ist unmöglich. Nur wenn sie auch widerklagend geltend gemacht ist, kann Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs erfolgen, falls festgestellt wird, daß der Betrag höher ist als die Klagforderung, also die Aufrechnungssumme noch übersteigt. c) Zulässigkeit der Vorabentscheidung, wenn auf Grund einer Schadensersatzforderung teilweise aufgerechnet, teilweise auf Zahlung des Überschusses über eine Gegenforderung des Beklagten hinaus geklagt wird. **RG.** II. 17. 10. 11, **77** 132, JW. **12** 44, R. **11** Nr. 3930. Die Klägerin hatte durch Nichtlieferung seitens des Beklagten angeblich einen Schaden von 41 315,94 M. erlitten und beantragt, den Beklagten zu verurteilen a) an sie 27 472,79 M. zu zahlen; b) anzuerkennen, daß die dem Beklagten gegen sie zustehende Restforderung von 13 843,15 M. durch Aufrechnung mit einer gleich hohen Schadensersatzforderung erloschen sei. Das Landgericht erklärte den Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt, da ein Schaden der Klägerin durch die Nichtlieferung jedenfalls entstanden sei. Dies wird vom RG. hinsichtlich des Antrags zu b gebilligt. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist es nicht unzulässig, den Feststellungsanspruch auch in beschränkterem als dem geltend gemachten Umfange, nämlich in der Weise stattzugeben, daß das Erlöschen der Kaufpreisforderung des Beklagten durch Aufrechnung nur bezüglich eines Teilbetrags, welcher der Höhe des für gerechtfertigt erachteten Teiles der Schadensersatzforderung der Klägerin entspricht, festgestellt wird; denn beide Forderungen sind als Geldforderungen ihrer Natur nach beliebig teilbar. Der Antrag ist ohne weiteres so aufzufassen, daß er zugleich auch auf Feststellung der Tilgung jedes Teiles der Kaufpreisforderung gerichtet ist. In abweichenden Entscheidungen des RG. handelte es sich um rein negative Feststellungsklagen, von denen einzelne auch quantitativ unteilbare Ansprüche zum Gegenstand hatten und bei denen ein eventuell auch auf Zuerkennung eines Teiles des geltend gemachten Anspruchs gerichteter Wille des Klägers nicht festgestellt war. — Dagegen ist hinsichtlich des Anspruchs zu a die Feststellung dem Grunde nach nur nach Prüfung der Frage zulässig, ob die Schadensersatzforderung der Klägerin in solcher Höhe begründet war, daß nach Abzug des von ihr selbst zur Aufrechnung gestellten Teilbetrags von 13 843,15 M. noch ein Rest verblieb, auf den der Antrag a zu beziehen gewesen sein würde (**RG.** **61** 409).

6. Mitwirkendes Verschulden (§ 254 BGB.). a) **RG.** III. JW. **11** 445 Nr. 7, EisenbE. **27** 438, R. **11** Nr. 1781. Der Einwand eigenen Verschuldens kann dem Nachverfahren überlassen werden. **b) RG.** VI. JW. **11** 486. Die Entscheidung über den Einwand des mitwirkenden Verschuldens muß grundsätzlich im Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs getroffen werden. Dem Nachverfahren darf sie nur überlassen werden, wenn ein Vorbehalt in diesem Sinne entweder ausdrücklich in die Urteilsformel der Zwischenentscheidung aufgenommen oder wenigstens in den Entscheidungsgründen ausgesprochen wird.

III. Das Nachverfahren. Zulässige Einwendungen. Rechtskraft des Vorbehaltsurteils. 1. R. **11** Nr. 364 (Colmar). Einwendungen, die bis zum Schlusse der der Vorabentscheidung zugrunde liegenden mündlichen Verhandlung nicht vorgebracht worden sind, z. B. auch die Beanstandung der Sachlegitimation einer der Parteien, dürfen im Nachverfahren über die Höhe der Klageforderung nicht nachgeholt werden, es sei denn, daß sie nach jener Verhandlung entstanden wären.

2. **RG.** IV. EisenbE. **28** 55, JW. **11** 102 Nr. 31, R. **11** Nr. 564. Im Verfahren über den Betrag kann die Aktivlegitimation (der klagenden Ehefrau) nicht mehr bestritten werden. Es steht rechtskräftig fest, daß der erhobene Rentenanspruch, der als Ersatz für den Wegfall der Tätigkeit der Klägerin in ihrem Hauswesen erhoben war, dem Grunde nach gerechtfertigt ist. Im Betragsverfahren konnte man ihn demgemäß nur etwa durch den Nachweis beseitigen, die Klägerin habe in ihrem Hauswesen gar nichts geleistet, ein Schaden sei also aus dem Wegfall ihrer Tätigkeit nicht zu beweisen.

3. **RG.** IV. JW. **11** 102 Nr. 31. Die Rechtskraft des Vorbehaltsurteils wird in keiner Weise berührt, wenn im Verfahren über den Betrag erstmals statt der angemessenen eine Rente in bestimmter Höhe verlangt wird. Vorher wie nachher war die Bemessung richterlichem Ermessen allein anheimgegeben — nur die Bezifferung ist nachgeholt, nicht ein neuer Klagposten aufgestellt worden, demgegenüber für den Beklagten oder das Gericht eine hinsichtlich des Grundes neue Stellung zu nehmen gewesen wäre.

4. WürttJ. **23** 315, SeuffBl. **11** 404 (Stuttgart). Die Beklagte hatte durch Anfertigung eines Plakats für die Firma H. das für die Klägerin eingetragene Musterschutzrecht verletzt und war dem Grunde nach zum Schadensersatze rechtskräftig verurteilt worden. Trotzdem kann sie im Betragsverfahren den Einwand erheben, daß die Firma H. das Plakat nicht mehr bei der Klägerin bestellt haben würde, da sie mit der Ausführung durch die Klägerin sehr unzufrieden gewesen sei, daß also der Klägerin kein Schaden entstanden, kein Gewinn entgangen sei. Die Bejahung des Anspruchsgrundes im Zwischenurteil hat nur den Erfolg, daß im Nachverfahren die Beklagte den Beweis zu führen hat, es fehle an jedem Schaden.

5. **RG.** VI. JW. **11** 102 Nr. 32, R. **11** Nr. 561. Nachdem in dem rechtskräftig gewordenen Zwischenurteile das Gericht — absichtlich — nicht den Klaganspruch, sondern den Schadensersatzanspruch des Klägers seinem Grunde nach festgestellt und den Rechtsstreit zur Verhandlung und Entscheidung über die Klage, mit der zunächst nur ein Teilbetrag geltend gemacht war und die negative Feststellungswiderklage hinsichtlich des Betrags zurückverwiesen hatte, ist über den gesamten streitigen Anspruch, soweit er überhaupt durch Klage und Widerklage rechtshängig geworden war, dem Grunde nach entschieden. Nachdem der Kläger seinen Anspruch auf die volle Höhe des Schadnes erweitert hatte, konnte dieser ohne weiteres zuerkannt werden. Ob das Zwischenurteil prozessual zulässig war, ist nicht zu prüfen.

§ 307. Literatur: Lehmann, Die Rechtsnatur des Klaganerkenntnisses. Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger. Berlin 1911. Weidmann.

215—240. — Müller, Wesen und Wirkung des Anerkenntnisses im Zivilprozeß insbesondere die Fragen der Widerruflichkeit oder Anfechtbarkeit wegen Irrtums und anderer Willensmängel. Leipzig 1911. Veit & Comp. (84 S.)

I. Die rechtliche Natur des Anerkenntnisses. a) Lehmann. 1. Die Versuche, das Anerkenntnis entweder als Wahrheits- oder als Willenserklärung darzustellen, sind den tatsächlichen Verhältnissen gegenüber unrichtig. Der gesetzliche Tatbestand des § 307 wird vielmehr sowohl durch eine Wahrheits- als auch durch eine Willenserklärung erfüllt. 2. Ebensowenig befriedigend sind die Versuche, ein dem Anerkenntnis in seiner Eigenschaft als Wissens- und Willenserklärung gemeinsames Moment aufzusuchen, das die Anknüpfung der Wirkungen an den Tatbestand zu erklären imstande ist. Dieses gemeinsame Element wird von Bülow in der Übereinstimmung der Parteien erblickt, nach Hegler soll jedes Anerkenntnis der Ausdruck eines streitlosen Verhaltens sein. 3. Man muß vielmehr von der alternativen Tatbestandsfixierung ausgehen. Meist ist das Anerkenntnis nur Wahrheitserklärung, es kann jedoch auch nur Äußerung des Unterwerfungswillens ohne Wahrheitsüberzeugung sein. Diese Auffassung bewährt sich insbesondere bei der analogen Anwendung des § 290, dessen Geltung die Billigkeit geradezu verlangt. Nur vom Boden der alternativen Tatbestandsbestimmung ist der doppelte Nachweis des Irrtums und der Unwahrheit befriedigend zu erklären. Der Widerrufende muß dem Anerkenntnis in jeder seiner möglichen Eigenschaften die Bedeutung rauben. In seiner Eigenschaft als Wissenserklärung entkräftet er es, indem er die Unrichtigkeit des anerkannten Anspruchs nachweist. Gelingt ihm das, bleibt aber immer noch die Annahme möglich, daß das Anerkenntnis der Ausdruck des Willens war, sich dem Anspruche zu unterwerfen, einerlei, ob dieser begründet war oder nicht. Deshalb muß der Widerrufende auch noch nachweisen, daß das Anerkenntnis der Wahrheitsüberzeugung entsprungen und somit nicht als Willenserklärung gemeint war.

b) Müller. Das Anerkenntnis ist nicht bloße Wahrheitserklärung, sondern eine in die Form der Wahrheitserklärung gekleidete Willenserklärung. Es ist nicht materiell-rechtlicher, sondern rein prozessualer Akt.

II. Anfechtbarkeit wegen Willensmängel. *Müller. Analogie der §§ 119 ff. BGB. ausgeschlossen, ebenso des § 290 ZPO. Aber aus prozessualen Grundsätzen ist Anfechtung (durch Erklärung gegenüber dem Gericht, evtl. durch Berufung) möglich beim Irrtum im Erklärungs- und Erfolgswillen, auch mit Einschränkungen beim Irrtum im Motive. Im Anwaltsprozeß nur Irrtum des Anwalts beachtlich. § 582 in Verbindung mit § 580 Ziff. 4 setzt voraus, daß die Anfechtung eines durch strafbare Handlung erwirkten Anerkenntnisses möglich ist.

III. Kann der Beklagte, der anerkannt hat, wegen der Kosten die Grundlosigkeit der Klage behaupten oder seine Passivlegitimation bestreiten? a) Verneint von OLG. Kiel JDR. **9**, irrtümlich zu § 308 zitiert, jetzt auch OLG. **23** 169. **b**) Dagegen OLG. **23** 113 (KG.). Der Beklagte, der den Klaganspruch anerkannt hat, ist nicht gehindert, sich wegen der Kosten auf § 93 zu berufen, da der Klaganspruch nicht schlüssig sei. Das Anerkenntnis bedeutet nur einen Verzicht auf die Verteidigung gegen den Hauptanspruch und beschränkt die Verteidigung hinsichtlich der Kostenlast nicht. **c**) Ebenso. FrankfRundsch. **45** 142 (Frankfurt). Die Anerkennung des Klaganspruchs schließt nicht aus, wegen des Kostenpunkts die Grundlosigkeit des Klaganspruchs einzuwenden.

§ 308. **RG.** VII. R. **11** Nr. 2447. Hat der Konkursverwalter einen — obligatorischen — Anfechtungsanspruch gemäß §§ 29 ff. KO. erhoben, so darf ihm das Gericht nicht einen — dinglichen — Anspruch auf Grundbuchberichtigung gemäß §§ 894, 896 BGB. zusprechen.

§ 313. Literatur: v. d. Pfordten, Wiedergabe von Rechtsausführungen der Parteien im Tatbestande, BayRpflZ. **11** 473—475. — Strucksberg, Die Verpflichtung zur Bezeichnung der gesetzlichen Vertreter bei offenen Handelsgesellschaften im Prozesse, LeipzZ. **11** 130—132.

1. Bezeichnung der gesetzlichen Vertreter (Abs. 1 Ziff. 1). Strucksberg, LeipzZ. **11** 130—132. Die klagende o. HG. ist zur Benennung ihrer Inhaber verpflichtet. § 130 Ziff. 1 ist zwar nur eine Sollvorschrift, § 313 aber eine Mußvorschrift. Kommt die Klägerin der Auflage nicht nach, so ist der Erlaß eines Urteils in der Sache abzulehnen.

2. Abs. 1 Ziff. 3. a) **RG.** II. R. **11** Nr. 1017. Aufhebung eines Urteils, weil die am Anfange des Tatbestandes enthaltene Zusammenstellung von Tatsachen nicht ersehen läßt, welchem Zwecke sie dienen soll, wie weit sie unstreitig sind und ob es sich um Tatsachen handelt, die (nicht zu den Akten gebrachten) Urkunden oder nur den mündlichen Vorträgen der Parteien entnommen sind. **b)** Wiedergabe von Rechtsausführungen. v. d. Pfordten, BayRpflZ. **11** 473 ff. Die Rechtsausführungen müssen im Tatbestande berücksichtigt werden, wenn sie ein tatsächliches Vorbringen oder eine Einschränkung früheren tatsächlichen Vorbringens enthalten oder wenn aus ihnen auf eine Willenserklärung der Partei geschlossen werden kann, durch die ein bestimmtes Rechtsverhältnis aus dem Rechtsstreit ausgeschieden werden soll.

3. Das abgekürzte Urteil. (Abs. 3.) SeuffBl. **11** 43 (Bamberg). Zur Ausfertigung eines abgekürzten Urteils ist die Abschrift der Klagebeilagen erforderlich, soweit sie nötig sind, um die Klage zu bestimmen. Im Urkundenprozesse müssen die sämtlichen Urkunden, welche die zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Tatsachen beweisen sollen, in Urschrift oder Abschrift der Klageschrift beigefügt sein.

§ 314. 1. **RG.** I. JW. **11** 816 Nr. 29. Auch nach Aufhebung des ersten Berufungsurteils greift die Beweisregel des § 314 Platz. In Wegfall kommt nur die entscheidende Wirkung des Erkenntnisses.

2. HessRspr. **12** 245 (LG. Darmstadt). § 314 schließt auch die Anfechtung eines mit dem Tatbestande des Urteils übereinstimmenden Protokolls hinsichtlich des Parteivorbringens (z. B. Anträge) aus.

§ 315. Literatur: Gumbinner, Unterschrift von Urteilen in Zivilsachen durch Richter, die nicht mitgewirkt haben, DJZ. **11** 644.

1. **RG.** III. JW. **11** 188, GruchotsBeitr. **55** 1063, R. **11** Nr. 569. Bei Verhinderung auch des ältesten oder des älteren beisitzenden Richters ist immer der nächstälteste unter dem Urteile zu bemerken berufen, warum ein Richter, der bei der Entscheidung mitgewirkt hat, verhindert war, seine Unterschrift beizufügen.

2. **RG.** III. JW. **11** 188, GruchotsBeitr. **55** 1063, WarnE. **11** 147. Wenn statt des Vorsitzenden oder des dienstältesten beisitzenden Richters ein anderer beisitzender Richter unter dem Urteile bemerkt hat, einer der an der Urteilsfällung beteiligt gewesenen Richter sei an der Vollziehung des Urteils aus einem bestimmten Grunde verhindert, so braucht er nicht anzugeben, weshalb er dies statt des Vorsitzenden oder eines dienstälteren beisitzenden Richters tue. Das Gesetz geht vielmehr ersichtlich, solange nicht das Gegenteil nachgewiesen wird, davon aus, daß der Geschäftsgang ordnungsmäßig gewesen sei.

3. Unterschrift von Urteilen durch Richter, die nicht mitgewirkt hatten. a) Gumbinner verteidigt seine Ansicht (JDR. **9** Nr. 1 a), daß das Urteil nicht aufzuheben, sondern zu berichtigen ist. **b)** OLG. **23** 170 (KG.). Äußerlich vollständig ist ein Urteil, das als mitwirkende Richter A., B. und M. aufführt und von diesen auch am Schlusse (hinter Tatbestand und Gründen) unterschrieben ist, während in Wirklichkeit A., B. und C. mitgewirkt haben, welche auch

die Urteilsformel unterschrieben haben. Die Berufung war daher wirksam eingelegt. Es war jedoch unzulässig, daß das Gericht, nach Zustellung, nachdem es gemäß § 319 den Eingang des Urteils geändert hatte, auch das Urteil von C. unterzeichnen und die Unterschrift des M. streichen ließ. Dies war nach Zustellung des Urteils nicht zulässig und gemäß § 539 ein Verfahrensmangel.

§ 318. 1. Begründung des Zwischenurteils. **RG.** IV. R. **11** Nr. 3108. An die Begründung des Zwischenurteils ist das Gericht nicht gebunden.

2. Bindung an ein unzulässiges Zwischenurteil. a) **RG.** I. R. **11** Nr. 1782. Die Bindung durch ein formell unzulässiges Zwischenurteil kann durch Revision gegen das darauf beruhende Endurteil beseitigt werden. Die der gesetzlichen Vorschrift widerstreitende Erlassung des Zwischenurteils hat zwar die Folge gehabt, daß die gegen dasselbe eingelegte Revision als unzulässig hat verworfen werden müssen; es steht aber dem Beklagten frei, mit der Revision gegen das Endurteil den prozessualen Verstoß geltend zu machen und sich darauf zu berufen, daß infolge der Anwendung des § 318 die Würdigung des neuen tatsächlichen und rechtlichen Vorbringens des Beklagten noch nicht stattgefunden hat. b) Dagegen PosMSchr. **11** 116 (Königsberg). An ein von ihm erlassenes, prozessual unzulässiges Zwischenurteil ist das Gericht weder hinsichtlich der Gründe noch hinsichtlich der Urteilsformel gebunden. Der hinsichtlich der Formel abweichenden Ansicht des RG. schließt sich OLG. Königsberg nicht an. Wenn es zulässig ist, die Verhandlung über Streitpunkte, die durch ein unzulässiges Zwischenurteil erledigt sind, nochmals zu eröffnen, so muß es auch zulässig sein, in Fällen, in denen die erneute Verhandlung zu einem von dem Zwischenurteil abweichenden Ergebnisse führt, dieses abweichende Ergebnis trotz des Zwischenurteils in der Formel des Endurteils auszusprechen.

§ 319. Literatur: Düringer, Falsche Urteile und Rechtskraft, DJZ. **11** 38—44. — Hora, Über das Berichtigungsrecht im Zivilprozeß, ÖstZBl. **11** 801—829, 881—902. — Wohlfarth, Berichtigungsanspruch aus § 319 auch bei falscher Parteiangabe, JW. **11** 167.

1. Düringer, DJZ. **11** 38—44. Hat das Gericht aus Versehen ein Urteil verkündet, das es nicht erlassen wollte, z. B. unter Verwechslung der Parteirollen die Berufung zurückgewiesen statt abzuändern, so liegt eine offenbare Unrichtigkeit vor. Kommt dagegen das Gericht erst nach Verkündung des Urteils zu einem abweichenden Ergebnisse, so muß das verkündete Urteil bestehen bleiben. — Wegen Einrede der Arglist siehe § 322 Nr. IV.

2. Berichtigung der Parteibezeichnung. a) **RG.** I. Gruchots Beitr. **55** 1065, WarnE. **11** 333. Zulässig war die Berichtigung der Bezeichnung der Prozeßpartei im Urteil in folgendem Falle: Der Kläger wollte den derzeitigen Inhaber der Firma, Friedrich N., verklagen und bezeichnete als Beklagten Friedrich N., Inhaber der Firma X. N. war aber bereits vor Prozeßbeginn verstorben und von seiner Witwe beerbt worden. Die Firma wurde zunächst auf sie umgeschrieben, später aber auf Heinrich N. übertragen. Alles dies war dem Kläger unbekannt. Die Witwe ist selber stets davon ausgegangen, daß sie in Wirklichkeit die Beklagte war und hat als solche den Prozeß geführt. Es wäre ihre Sache gewesen, den Tod ihres Ehemanns und den nachherigen Übergang der Firma auf Heinrich dem Gerichte mitzuteilen, anstatt sich die unrichtige Bezeichnung gefallen zu lassen. Das Rubrum ist daher dahin zu ändern, daß sie die Beklagte ist. b) OLG. **23** 172 β (Hamburg). Ändert sich die Firma des Klägers oder wird sie gelöscht, so ist das auf sie lautende Urteil von Amts wegen zu berichtigen. Die Tatsache, daß die Aktiva und Passiva der alten Firma auf eine GmbH. übergegangen seien, steht der Berichtigung nicht entgegen, sie richtet sich vielmehr gegen den Anspruch selbst und ist nach § 767 geltend zu machen. c) Vgl. auch oben § 253 Nr. I 3.

3. Über Berichtigung von Urteilen, die von Richtern unterschrieben sind, welche nicht mitgewirkt haben vgl. § 315 Nr. 3.

4. Unrichtige Parteiangaben. Wohlfarth, JW. **11** 167. Die Zulässigkeit des Anspruchs auf Berichtigung auch der auf unrichtiger Parteiangabe beruhenden Unrichtigkeit folgt auch aus § 47 Abs. 2 GKG. (mutwillige Veranlassung des Berichtigungsverfahrens, wenn die Unrichtigkeit durch falsche Angaben veranlaßt ist).

5. Berufung zwecks Berichtigung. HessRspr. **12** 140 (Darmstadt). Berichtigung eines Urteils ist — auch neben dem Berichtigungsantrag aus § 319 — im Wege der Berufung zulässig. (Die Kosten der Berufung wurden in Übereinstimmung mit **RG.** R. **05** 682 dem Berufungskläger trotz seines Obsiegens auferlegt.)

6. Berichtigung eines Vergleichs. OLG. **23** 171 (Hamburg). Die Berichtigung eines gerichtlichen Vergleichs ist unzulässig. Für die Berichtigung eines Verlautbarungsirrtums bei den Willenserklärungen, die zum Vergleichsabschlusse geführt haben, bietet § 319 keine Handhabe, da er nur Willenserklärungen des Gerichts betrifft. Soll die Berichtigung deshalb erfolgen, weil die Erklärungen im Protokolle nicht richtig wiedergegeben seien, so handelt es sich um die Berichtigung des Protokolls, die ebenfalls von § 319 nicht getroffen wird.

§ 321. Anträge des Beklagten. **a) RG.** VI. **75** 286 (293), R. **11** Nr. 1605. Werden Anträge des Beklagten, die nicht selbständige Ansprüche verfolgen, sondern nur auf die Erledigung der Klage oder eine besondere Art dieser Erledigung gerichtet sind, vom Gericht unerledigt gelassen, so liegt nicht sowohl eine Übergehung der Anträge und eine unvollständige Entscheidung, als eine von dem Begehren des Beklagten abweichende Behandlung und Entscheidung der Sache vor, deren Abänderung im Sinne seines Antrags der Beklagte sehr wohl mit der Berufung herbeiführen kann. **b)** DJZ. **11** 1449 (KG.). Der Antrag des Beklagten, ihm Vollstreckungsnachlaß gegen Sicherheitsleistung zu gewähren, gehört nicht zu den Haupt- und Nebenansprüchen des § 321. Also kein Anspruch auf Urteilsergänzung.

§ 322. Literatur: Dalberg, Rechtskraft und Arglist, JW. **11** 296. — Düringer, Falsche Urteile und Rechtskraft, DJZ. **11** 38—44. — Hamburger, Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten. Berlin 1911. — Kuttner, Urteilswirkungen und Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für von Martitz. Berlin 1911. 235—276. — Tezner, Das Rechtskraftproblem im Verwaltungsrechte, VerwA. **19** 128—165, 442—484. — Weill, Die Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten. Karlsruhe.

I. Allgemeines zur Rechtskraftwirkung. 1. Auslegung (Ergänzung) der Urteilsformel aus den Gründen. **a) RG.** IV. JW. **11** 285, WarnE. **11** 224. Zieht man die Gründe heran, so ist kein Zweifel, daß die in der Urteilsformel enthaltene Entscheidung des Berufungsrichters über die Widerklage so zu verstehen ist, daß der Berufung des Beklagten gegen die abweichende Entscheidung des LG. nur bezüglich der Herstellungsklage entsprochen, daß es im übrigen hinsichtlich der Scheidungsklage bei der vom LG. ausgesprochenen Abweisung der Widerklage verbleiben soll. **b)** S. auch oben § 300 Nr. 1.

2. Derselbe Anspruch trotz neuer Begründung. SchlHolst. Anz. **11** 341 (Kiel). Die Einrede der Rechtskraft greift durch, wenn die neue Klage auf denselben Tatbestand gestützt ist, auch wenn zur Begründung der Klage anderer rechtliche Gesichtspunkte herangezogen sind. Ein neuer Anspruch wird dadurch nicht erhoben.

3. Konkurrenz zweier rechtskräftiger Urteile. OLG **23** 173 (Königsberg). Liegen zwei entgegengesetzte rechtskräftige Urteile vor, so kann nur das zuletzt ergangene Urteil maßgebend sein. Das folgt aus dem Grundsatze, daß

die Parteien auf ihre Rechte aus der Rechtskraft verzichten können. Ein solcher Verzicht liegt darin, daß der Kläger ein dem früheren Urteil entgegengesetztes Versäumnisurteil in einem späteren Prozeß ergehen und rechtskräftig werden läßt.

4. Verwerfung der Rechtskrafteinrede durch Zwischenurteil. Keine prozeßhindernde Einrede. **RG.** IV. WarnE. **11** 333. Das Zwischenurteil, durch welches die Einrede der Rechtskraft zurückgewiesen wird, ist nicht selbständig anfechtbar. Diese Einrede gehört nicht zu den prozeßhindernden Einreden der §§ 274, 275. Die §§ 274, 275 dürfen nicht ausdehnend ausgelegt werden. Die Einrede der Rechtskraft betrifft überhaupt nicht das Verfahren, sondern gehört, wie die Einrede des Vergleichs, der Zahlung oder der Verjährung dem materiellen Rechte an.

II. Bedeutung und Grenzen der Rechtskraft im einzelnen. 1. Rechtskraftwirkung zugunsten des Inkassozessionars der obsiegenden Partei. **RG.** V. JDR. **9** Nr. II 6 jetzt auch GruchotsBeitr. **55** 383, LeipzZ. **11** 62 Nr. 21.

2. **RG.** III. LeipzZ. **11** 847 Nr. 33. Der jetzt erhobenen Schadensersatzklage steht der Einwand der Rechtskraft entgegen, da die im Vorprozeß entschiedene Frage ein Teil des Tatbestandes der Schadensersatzklage ist und die Klägerin im Vorprozesse die negative Feststellungsklage erhoben hat, um diese Frage zunächst zur Entscheidung zu bringen und dadurch für ihre Schadensersatzklage freiere Bahn zu gewinnen. An der Identität des Streitgegenstandes in dem angegebenen beschränkten Umfange fehlt es daher nicht. Die Revision kommt zu ihrer abweichenden Annahme nur dadurch, daß sie rechtsirrig nicht den Gegenstand der Feststellungsklage und der Leistungsklage in Vergleich zieht, sondern der Feststellungs*klage* (der *Form* des Rechtsschutzes) den Schadensersatz*anspruch* (das materielle Forderungsrecht) gegenüberstellt.

3. Wandelungs- und Minderungsanspruch. **RG.** V. JW. **11** 592, GruchotsBeitr. **55** 911, WarnE. **11** 359, R. **11** Nr. 2366. Die rechtskräftige Abweisung des Wandelungsanspruchs steht der Geltendmachung der Minderung nicht entgegen. Der lediglich in den Entscheidungsgründen enthaltene Ausspruch, daß es an den behaupteten Gewährsmängeln fehle, ist einer selbständigen Rechtskraft nicht fähig. Auch sind Wandelung und Minderung zwei verschiedene, völlig selbständige Ansprüche.

4. Folgen einer gleichzeitig aus prozessualen und aus sachlichen Gründen ausgesprochenen Klagabweisung. **RG.** V. **75** 259, R. **11** Nr. 1018 und 1022. In solchem Falle können die beiden Abweisungsgründe nicht nebeneinander und gleichmäßig auf Berücksichtigung Anspruch machen und Rechtskraftwirkung haben. Berücksichtigung verdient lediglich der prozessuale Grund. Die sachlichen Ausführungen des Prozeßrichters müssen vom Rechtsmittelrichter als nicht vorhanden betrachtet werden und haben jedenfalls nicht die Wirkung, gegenüber einer späteren Geltendmachung des Anspruchs die Einrede der Rechtskraft zu begründen. Trotzdem kann dahingestellt bleiben, ob die prozessuale Entscheidung richtig ist oder nicht; denn auch, wenn sie unrichtig ist, so beschwert dies doch den Kläger um deswillen nicht, weil sein Anspruch jedenfalls aus sachlichen Gründen hätte aberkannt werden müssen.

5. Erneuerung der abgewiesenen Scheidungsklage. **RG.** IV. R. **11** Nr. 1789. Die Rechtskraft des die Scheidungsklage abweisenden Urteils hindert den Richter nicht, in einer auf neue Verfehlungen gestützten späteren Scheidungsklage dieselben Tatsachen anders zu würdigen. Denn die auf sie bezüglichen Ausführungen des ersten Urteils haben nur die Bedeutung von Entscheidungsgründen, die nicht in Rechtskraft übergehen.

6. **RG.** V. R. **11** Nr. 3215. Ist der Kläger mit einem Anspruch auf Rechnungslegung für bestimmte Zeit rechtskräftig mit der Begründung abgewiesen, daß das behauptete Gesellschaftsverhältnis nicht bestehe, so steht der Klage auf Feststellung des Gesellschaftsverhältnisses die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht entgegen. Der Kläger kann aber auch nach Erzielung eines rechtskräftigen Feststellungsurteils auf den abgewiesenen Rechnungslegungsanspruch nicht zurückkommen.

7. Negative Feststellungsklage. a) **RG.** IV. JW. **11** 657, R. **11** Nr. 3515. Die Abweisung der negativen Feststellungsklage enthält den positiven Ausspruch, daß das vom Beklagten beanspruchte Recht bestehe (**RG.** JW. **92** 426 Nr. 3). Zur Ermittelung des Inhalts des Tenors ist die Heranziehung der Entscheidungsgründe, wenn erforderlich, zulässig. **b)** **RG.** VI. JDR. **9** Nr. II 2 b jetzt auch GruchotsBeitr. **55** 375, BayRpflZ. **11** 24. **c)** OLG. **23** 172 (KG.). Die negative Feststellungsklage ist wegen Unzulänglichkeit des erhobenen Zeugenbeweises, in zweiter Instanz wegen Aussichtslosigkeit der beantragten ergänzenden Zeugenbeweise und mangelnden Beweiskraft des Abrechnungsbuchs abgewiesen worden. Damit ist nicht bloß ausgesprochen, daß die Darlehnsschuld nicht im Wege der Tilgung untergegangen ist, sondern daß die Darlehnsforderung, deren Entstehung der Feststellungskläger anerkannt hatte, überhaupt nicht erloschen war, mithin noch fortbestand. **d)** **RG.** III. 31. 1. 11, JW. **11** 329. Beispiel der Auslegung einer früheren Entscheidung aus deren Gründen und Darlegung, inwieweit diese infolge Abweisung der negativen Feststellungsklage den Anspruch positiv feststellt.

8. Rechtskraftwirkung gegenüber dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit (s. JDR. **9** Nr. II 10). **a)** *Kuttner, Iherings J. **59** 393—408. Das rechtskräftige Urteil, durch welches über das Bestehen oder Nichtbestehen des Erbrechts entschieden wird, bindet im Verhältnisse zu den von der Rechtskraftwirkung ergriffenen Personen auch den Nachlaßrichter bei Erteilung des Erbscheins. Die materielle Rechtskraft entfaltet ihre bindende Kraft auch gegenüber den Organen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. **b)** Kuttner, Urteilswirkungen und Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Die Feststellungswirkung des rechtskräftigen Urteils erschöpft sich keineswegs bloß darin, daß sie nur an die Adresse des künftigen Prozeßrichters das Gebot richtet, in einem späteren Zivilprozesse das rechtskräftig Festgestellte ohne Nachprüfung seiner Richtigkeit der neuen Entscheidung unverändert zugrunde zu legen. Vielmehr reichen die Wirkungen der materiellen Rechtskraft des Urteils über die Sphäre der Zivilprozesse hinaus. Die materielle Rechtskraft entfaltet im Verhältnisse zu den von der Rechtskraftwirkung ergriffenen Personen ihre bindende Kraft auch gegenüber den Organen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Und zwar überall dort, wo diesen Organen — wie den Vormundschaftsbehörden bei Ausübung ihrer Genehmigungsgewalt — eine eigenartige Jurisdiktion über die nämlichen Privatrechtsverhältnisse verliehen ist, über welche allein der Prozeßrichter durch Feststellung ihres Bestehens oder Nichtbestehens in rechtskräftiger Weise das letzte Wort zu sprechen vermag [vgl. KGJ. **31** A 293—296 (KG.)].

III. Zu Abs. 2. 1. *Reichel, Unklagbare Ansprüche 112. Die Vorschrift des § 322 Abs. 2 ist unter der selbstverständlichen Einschränkung zu verstehen, daß die dort geordnete Rechtsfolge nur dann und soweit wirklich Platz greift, wenn und soweit sie nach allgemeinen Grundsätzen im konkreten Falle überhaupt Platz greifen könnte.

2. Rechtskraft bei Verwerfung der Aufrechnungseinrede. HansGZ. **11** Beibl. 36, R. **11** Nr. 179 (Hamburg). Die Rechtskraft der die Aufrechnungseinrede verwerfenden Entscheidung erstreckt sich nicht auf den die Klageforderung überschießenden Betrag.

IV. Die Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten. Einrede der Arglist — (über die Lüge im Prozesse s. Allgem. Vorbem. A IV S. 712). — 1. Die Judikatur des RG. Theoretische Begründung. a) Die richterliche Feststellung ist nachprüfbar. **RG.** IV. 9. 2. 11 **75** 213, JW. **11** 365 Nr. 17. Wenn man allerdings mit einem Teile der Schriftsteller die Bedeutung der sog. materiellen Rechtskraft darin erblickt, daß jeder folgende Richter an den Inhalt des rechtskräftigen Judikats gebunden ist, dergestalt, daß eine anderweite Beurteilung ausgeschlossen ist, dann sind die Schadensersatzklagen aus § 826 BGB. unzulässig. Denn der Schadensrichter muß prüfen, ob ein Schaden erwachsen ist, und das kann er nur, wenn er das Urteil hinsichtlich seiner Richtigkeit einer Nachprüfung unterzieht. Allein das RG. hat jene Theorie über die Wirkung der Rechtskraft abgelehnt. **b)** Düringer, DJZ. **11** 38—44, verteidigt gegen Hellwig, JDR. **9** Nr. III 1 die Judikatur des RG. über die Einrede der Arglist gegen rechtskräftige Urteile. **c)** Dalberg, JW. **11** 296, wiederholt seine JDR. **9** Nr. III 5 referierten und kritisierten Ausführungen, daß die Klage aus § 826 nicht mit der materiellen Unrichtigkeit des Urteils begründet zu werden brauche, da der Schaden schon in dem Erlasse des Urteils bestehe. (?) **d)** Hamburger 92 ff. Der Grundsatz des RG. ist unrichtig, da er mit der Natur des Urteils als eines Staatsakts und der im öffentlichen Rechte wurzelnden Bedeutung der Rechtskraft im Widerspruche steht.

2. Der Grundsatz des RG. in vermögensrechtlichen Sachen im einzelnen. a) KGBl. **11** 9 (KG.) wendet die Grundsätze des RG. in einem Falle an, wo die Mutter eines ehelichen Kindes trotz der entgegenstehenden Weisungen des Vormundschaftsrichters im Einverständnisse mit dem Pfleger ein Anerkenntnisurteil gegen letzteren zum Schaden des Kindes erwirkt hatte. Das in so illoyaler Weise absichtlich zum Schaden des Kindes herbeigeführte Anerkenntnis kann nach § 826 kondiziert werden. **b)** ElsLothJZ. **11** 488, BuschsZ. **41** 407 (Colmar). Die Klage aus § 826 ist nur in besonders kraß liegenden Fällen zuzulassen, wenn z. B. behauptet wird, es sei das rechtskräftige Urteil durch betrügliche Manipulationen usw. erlangt. Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor. In der Tatsache allein, daß zur Begründung der damaligen Klage von dem jetzigen Beklagten bewußterweise unwahre Behauptungen aufgestellt worden sind, könnte eine betrügerische Täuschung der jetzigen Kläger nicht gefunden werden. Denn es erscheint ausgeschlossen, daß sie etwa durch die bloßen Behauptungen der Klageschrift in den Irrtum versetzt worden sein könnten, diese Behauptungen seien wahr und daß sie aus diesem Grunde die Verteidigung gegen die Klage unterlassen haben. Es liegen auch keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, daß der Beklagte damals etwa auf die Nachlässigkeit oder Unerfahrenheit der Kläger gerechnet hat oder rechnen konnte. Ebensowenig kann von einer Täuschung des Gerichts (**RG. 46** 79) gesprochen werden, denn dieses hat, ohne sich selbst eine materielle Überzeugung von der Richtigkeit der Klagebehauptungen zu bilden, diese lediglich auf Grund der Vorschriften über das Versäumnisverfahren (§ 331 ZPO.) als zugestanden angesehen und daraufhin das Urteil erlassen.

3. Die Ausdehnung des Grundsatzes auf rechtskräftige Ehescheidungsurteile. a) **RG.** IV. 9. 2. 11, **75** 213, JW. **11** 365 Nr. 17, DJZ. **11** 761. Auch gegenüber einem rechtskräftigen Ehescheidungsurteil ist ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB. zuzulassen. Das bedeutet vorliegend, daß der Beklagte, dessen Verhalten im Ehescheidungsprozesse den Tatbestand des § 826 erfüllt, der Klägerin Schadensersatz dafür zu leisten hat, daß sie infolge des erschlichenen rechtskräftigen Scheidungsurteils den ihr als Ehefrau nach Maßgabe der §§ 1360, 1361 BGB. zustehenden Unterhaltsanspruch eingebüßt hat (vgl. bisher nur **RG.** GruchotsBeitr. **33** 916, betreffend ALR.). Das Scheidungsurteil wird hierdurch in seinem Bestande nicht angetastet. Es bleibt vielmehr an und für sich mit allen

seinen vermögensrechtlichen und familienrechtlichen Wirkungen in Kraft, insbesondere soll nicht etwa der Klägerin, obwohl sie für schuldig erklärt ist, ein Unterhaltsanspruch nach §§ 1578 ff. BGB. zugebilligt werden. Nicht alle Sätze, die das RG. über die Ausbeutung der Rechtskraft von Leistungsurteilen aufstellt, gelten hier, insbesondere nicht der Satz (**RG. 61** 365): Die Wirkung der Rechtskraft müsse da zessieren, wo sie bewußt rechtswidrig herbeigeführt sei. Denn aus der Natur des Scheidungsurteils ergibt sich, daß es — auch wenn es falsch ist — eine Rechtsänderung hervorruft, und gerade hierin liegt die Schadenszufügung. Das Scheidungsurteil ist also hinsichtlich seiner Richtigkeit nachzuprüfen, denn Rechtskraft bedeutet nicht eine derartige Bindung des späteren Richters, daß eine anderweite Beurteilung ausgeschlossen ist (vgl. IV 1 a). **b)** Ebenso **RG.** IV. R. **11** Nr. 3908.

§ 323. 1. Abänderung infolge eines später eingetretenen Unfalls. **RG.** VI. JW. **11** 658, R. **11** Nr. 3111. Die Voraussetzungen der Umwandelungsklage können gegeben sein, wenn nach dem ersten Unfall ein zweiter Unfall außerhalb jedes ursächlichen Zusammenhanges mit jenem erfolgt. Es muß aber dann erst bewiesen werden, daß die neue Schadensursache auch dann eingetreten sein würde, wenn der frühere Unfall sich nicht ereignet hätte. (Vorliegend ist kein Grund, anzunehmen, daß der Beklagte, wenn er Bergmann geblieben wäre, in dieser Weise, mit einem Wagen umherfahrend, Flaschenbierhandel getrieben hätte und man kann auch nicht wissen, ob er, wenn er nicht durch den früheren Unfall an Körperkraft eingebüßt hätte, nicht imstande gewesen wäre, das scheu gewordene Pferd ohne eigenen Körperschaden zu bewältigen.)

2. Einheitlichkeit der Rente trotz mehrerer Posten. Keine Klage auf Herabsetzung bloß eines Postens. **RG.** VI. JDR. **9** Nr. 1 jetzt auch EisenbE. **28** 294.

3. Zu Abs. 3. Änderung des Antrags während des Rechtsstreits. **RG.** VI. 24. 11. 10, **75** 24, JW. **11** 103, EisenbE. **28** 57, R. **11** Nr. 367. Wird im Laufe des Rechtsstreits der Klagantrag durch höhere Bezifferung des abzusetzenden Betrags oder durch das Begehren nach völligem Wegfalle der Rente erweitert, so gilt gleichwohl die ursprüngliche Klagerhebung im Sinne des § 323 Abs. 3 als derjenige Zeitpunkt, von dem ab für die Folgezeit das ganze Urteil nach Maßgabe des später erweiterten Klagantrags abgeändert werden darf. Denn durch die Klage wird für die Zeit nach ihrer Erhebung das frühere Urteil in seinem ganzen Umfange dergestalt erschüttert, daß für die Folgezeit auf Grund der neugestalteten Verhältnisse über Höhe und Dauer der Rente unbeschränkt anderweit erkannt werden kann.

4. Gerichtsstand. **RG.** III. JW. **11** 548 Nr. 32, WarnE. **11** 397, R. **11** Nr. 1959. Für die Klage aus § 323 ist nicht, wie im Falle des § 767, das Prozeßgericht der I. Instanz, vor dem die frühere Klage anhängig war, zuständig, sondern der allgemeine Gerichtsstand. Die Bestimmungen des § 767 sind nicht anwendbar.

5. Rechtliche Natur der Änderungsklage. § 323 und § 767. a) **RG.** III. JW. **11** 548 Nr. 32, R. **11** Nr. 2190. Die Klagen aus § 323 und aus § 767 sind, trotz innerer Verwandtschaft, formell und materiell verschieden. Im Falle des § 767 richtet sich der Antrag gegen das Vollstreckungsrecht des Gläubigers, gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem früheren Urteile. **b)** *Tacken, Ratschläge (vgl. vor § 253 Nr. 2 und § 256 Nr. I). Die Veränderungsklage ist am besten als besondere negative Feststellungsklage anzusehen, die der Vollstreckungsgegenklage nahe verwandt ist.

§ 325. Literatur: Mendelssohn Bartholdy, Über einige zivilrechtliche termini in der Zivilprozeßordnung, RheinZ. **4** 1—55.

1. Mendelssohn Bartholdy. Der Begriff der Rechtsnachfolge ist im § 265 und im § 325 nicht ein und derselbe. Vgl. oben § 265 Nr. 1.

2. Rechtskraft des zwischen Wechselschuldner und Inkassoindossatar ergangenen Urteils. **RG.** I. LeipzZ. **11** 377 Nr. 1. Obwohl der Inkassoindossant, an den der Wechsel vom Inkassoindossatar zurückgelangt, nicht dessen Rechtsnachfolger ist und daher die Vorschrift des § 325 nicht Platz greift, so kann sich doch der Wechselschuldner auf das zwischen ihm und dem Inkassoindossatar vorher ergangene, dessen Wechselklage abweisende rechtskräftige Urteil auch dem Inkassoindossanten gegenüber berufen. An diesem in der Rechtsprechung des RG. im Gegensatze zur Rechtsprechung des ROHG. anerkannten Grundsatze wird festgehalten (**RG. 36** 55, **43** 42).

3. Prozesse des vorläufigen Erben, der später ausschlägt. *Reichel, Prozesse des vorläufigen Erben (1911) 27 ff. a) Die vom vorläufigen Erben, der nachher ausschlägt, herbeigeführte Rechtskraft bindet den Nachberufenen nur α. im Falle § 1959 Abs. 2 BGB., β. falls der Nachberufene die Prozeßführung genehmigt. b) Die (unter Beiseitesetzung des § 1958 BGB. erfolgte) Verurteilung eines demnächst Ausschlagenden bindet den Nachberufenen nicht; § 1959 Abs. 2 bleibt hier stets unanwendbar (49 ff.).

§ 328. Literatur: Ansbacher, Zustellung deutscher Ladungen in Italien, DJZ. **11** 1422—1424. — Frankenstein, Zustellung deutscher Ladungen in Italien, DJZ. **11** 1424—1426. — Lebrecht, Die Vollstreckbarkeit deutscher Vollstreckungstitel in Österreich, BayRpflZ. **11** 360—362. — Levis, Streitfragen aus dem internationalen Entmündigungsrechte, R. **11** 52—54. — Wittmaack, Ist die Gegenseitigkeit im Sinne des § 328 Nr. 5 ZPO. gegenüber Italien verbürgt? R. **11** 393—396.

1. Entscheidungen im Entmündigungsverfahren. *Levis. Entmündigungsentscheide sind materiell Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, weil sie rein rechtsgestaltenden Charakter haben und deshalb unterfallen sie der Vorschrift des § 328 ZPO. nicht. — Vgl. ferner unten §§ 645 ff. Nr. 1.

2. Abs. 1 Ziff. 1. Nachweis der Zuständigkeit lediglich auf Grund prozessualer Fiktion im Versäumnisverfahren. **RG.** VII. **75** 147, JW. **11** 286 Nr. 24, R. **11** Nr. 1349. Die Ausnahmevorschrift des § 328 Nr. 1 trifft auch dann nicht zu, wenn das ausländische Gericht seine Zuständigkeit gegenüber dem ausgebliebenen Beklagten nur im Wege des Versäumnisverfahrens, also deshalb als vorhanden angesehen hatte, weil es die vom Kläger zur Begründung der Zuständigkeit vorgetragenen Behauptungen auf Grund fingierten Zugeständnisses als wahr angenommen hat. Hat der Beklagte im Hauptprozesse jede Verteidigung unterlassen und das ordnungsmäßig zugestellte Versäumnisurteil rechtskräftig werden lassen, so muß er das Urteil gegen sich gelten lassen; es kann ihm nicht gestattet werden, das im Hauptprozesse Versäumte gleichsam wie in einem Einspruchsverfahren nachzuholen. Das Vollstreckungsurteil ist daher zu erlassen. Ebenso **RG.** IV. 5. 2. 85, 322/84; I. 6. 2. 95, SächsABürgR. **5** 696; I. 16. 1. 86, GruchotsBeitr. **30** 740; **RG.** VI. 25. 10. 09, **72** 124; aM. Gaupp-Stein § 328 Anm. 29.

2. Vollstreckung deutscher Titel in Österreich. Lebrecht, BayRpflZ. **11** 360—362, gibt eine Übersicht über die Rechtslage und die Judikatur zur Frage der Vollstreckbarkeit deutscher Titel in Österreich.

3. Gegenseitigkeit gegenüber Italien. Wittmaack, R. **11** 393—396. In Italien findet bei dem sog. Delibationsverfahren eine dem deutschen Rechte fremde der revision au fond gleichstehende Nachprüfung ausländischer Urteile in bezug auf ihre sachliche Zuständigkeit nach ausländischem Rechte statt. Demgemäß ist Italien gegenüber, ebenso wie gemäß **RG.** VII. **70** 434 (JDR. **8** Nr. 4 b) gegenüber Kalifornien, die Gegenseitigkeit nicht verbürgt. Diese Ansicht steht mit **RG.** II. JW. **99** 815 in Widerspruch.

4. Vollstreckbarkeit französischer Urteile in Elsaß-Lothringen. ElsLothJZ. **11** 245 (Colmar). Die Vollstreckbarkeit französischer

Urteile richtet sich in Elsaß-Lothringen nicht nach den Bestimmungen der ZPO., sondern ausschließlich nach dem französisch-badischen Staatsvertrage vom 16. April 1846. Der Beisatzbefehl ist zu erteilen, auch wenn das französische Urteil den inländischen Gesetzen oder den guten Sitten zuwiderläuft.

5. Verbürgung der Gegenseitigkeit zwischen Elsaß-Lothringen und Frankreich? Badisch-franz. Rechtshilfevertrag. a) ElsLothJZ. **11** 524 (Colmar). Die Gegenseitigkeit ist nicht verbürgt. Allerdings würde die auch nur auf eine ständige Übung sich gründende Gewißheit genügen, daß Urteile elsaß-lothringischer Gerichte unter den vorliegend in Frage kommenden Voraussetzungen von den französischen Gerichtsbehörden vollstreckt werden, wenn also der Bestimmung des Art. 2 Ziff. 5 des badisch-französischen Rechtshilfevertrags vom 16. April 1846 von den französischen Gerichten in ständiger Rechtsprechung eine erweiterte, ihre Anwendung im besonderen auf den Fall der Vereinbarung eines Erfüllungsorts oder auf den Fall der widerspruchslosen Einlassung des Beklagten ausdehnende Auslegung gegeben würde. Es genügt aber nicht, daß in einzelnen Fällen von französischen Gerichten in letzterem Sinne entschieden worden ist. **b)** Vgl. hierzu ElsLothJZ. **11** 528 (Colmar).

6. Zustellung deutscher Ladungen in Italien. a) Ansbacher, DJZ. **11** 1422—1424. Nach der Judikatur des Kassationshofs von Turin benügt zum Beweise der Zustellung deutscher Ladungen in Italien nicht ein laut § 202 erteiltes Zeugnis des deutschen Konsuls oder des deutschen Botschafters in Italien, sondern es muß das vom italienischen Gerichtsvollzieher oder sonst mit der Zustellung beauftragten Beamten aufgenommene Protokoll vorgelegt werden. Demgemäß muß auch die deutsche Anweisung geändert werden, nach der die dem Konsul von der ersuchten ausländischen Behörde übermittelten Nachweise dem Zustellungszeugnisse nicht beizufügen, sondern bei den Konsulatsakten aufzubewahren sind. **b)** Vgl. hierzu Frankenstein, DJZ. **11** 1424—1426, der die Rechtsprechung des Turiner Kassationshofs bekämpft.

Dritter Titel. Versäumnisurteil.

§ 330. Literatur: Auerbach, Versäumnisurteil über die Kosten bei erledigter Hauptsache, JW. **11** 905—907. — Wohlfahrt, Versäumnisurteil über die Kosten des Rechtsstreits bei erledigter Hauptsache, JW. **11** 700—702.

1. OLG. **23** 175 (Hamburg). Nachdem der Beklagte auf die Rüge, daß die Klage nicht ihm, sondern einem Anwalte zugestellt war, verzichtet bezw. das Rügerecht gemäß § 295 verloren hatte, hatte das Gericht keine Veranlassung mehr zu prüfen, ob die Zustellung erfolgt sei oder nicht.

2. ElsLothJZ. **11** 347 (Colmar). Sind zwei notwendige Streitgenossen verklagt und wird das Verfahren gegen den einen durch Konkurs unterbrochen, so äußert diese Unterbrechung notwendig auch dem anderen Streitgenossen gegenüber dahin ihre Wirkung, daß der Antrag auf Erlaß eines Urteils zur Hauptsache gegen diesen Streitgenossen ohne rechtliche Wirkungen sein muß, da mit dem Erlasse des beantragten Urteils die Möglichkeit geschaffen würde, den beiden Beklagten gegenüber einander widersprechende Urteile abzugeben.

3. Versäumnisurteil vor Beendigung der Beweisaufnahme? Hierüber s. § 370 Nr. 2.

4. Versäumnisurteil über die Kosten bei erledigter Hauptsache. a) Wohlfahrt. JW. **11** 700—702. Stellt die allein erschienene Partei, nachdem sie die Erledigung der Hauptsache erklärt hat, den Antrag, dem Gegner die Kosten aufzuerlegen, so hat die Entscheidung über die Kosten ohne Rücksicht auf die Säumnis zu ergehen ebenso, wie wenn die säumige Partei erschienen wäre und die Erledigung der Hauptsache zugegeben hätte, d. h. lediglich auf Grund von

§§ 91 ff.; ein Versäumnisverfahren wegen der Kosten findet nicht statt. Die Anwendung der §§ 330 ff. ist sowohl unmittelbar wie entsprechend ausgeschlossen; auch § 308 Abs. 1 Satz 1 ist unanwendbar. Wenn das Vorbringen der erschienenen Partei bei kontradiktorischer Verhandlung zu ihrer eigenen Verurteilung in die Kosten des Rechtsstreits führen müßte, z. B. wenn der allein erschienene Kläger in der mündlichen Verhandlung vom 1. Februar behauptet, der Beklagte habe von ihm ein am 1. März rückzahlbares Darlehen erhalten, aber bereits nach Klagezustellung zurückgezahlt, oder wenn der allein erschienene Beklagte am 1. Februar behauptet, er habe das am 15. Januar fällige Darlehen am 25. Januar nach Klagezustellung zurückgezahlt, so ist stets die erschienene Partei in die Kosten zu verurteilen. Die Kostenentscheidung ist stets ohne Rücksicht auf die Stellung von Kostenanträgen lediglich nach § 91 zu erlassen. **b)** Dagegen Auerbach, JW. **11** 905—907. Auch hinsichtlich der Kosten finden die Vorschriften der §§ 330 ff. Anwendung und zwar wirkt die Versäumung gegenüber dem Kläger nach dem Gesetze viel stärker: Kläger wird als auf den Klaganspruch verzichtend, der Beklagte nur als die Tatsachen nicht bestreitend erachtet. Daher gilt, wenn es sich nur noch um die Kosten handelt folgendes: a) Erscheinen beide Teile, so wird so erkannt, wie beide beantragen. b) Erscheint nur der Kläger, so wird über die Kosten erkannt, wie aus der Rechtslage folgt, unter Anwendung des § 331 Abs. 1 Halbs. 2 und § 332. c) Erscheint nur der Beklagte, so wird, wenn er nur wegen der Kosten Anträge stellt oder auch nur behauptet, die Hauptsache sei erledigt, nach seinem Antrage wegen der Kosten, mag er auch sachlich unbegründet sein, doch Kläger zu den Kosten (§ 91) verurteilt, da Kläger nach § 330 als auf seine Forderung, sogar in der Hauptsache, also doch gewiß wegen der Kosten verzichtend zwingend erachtet wird.

§ 331. 1. Behauptung der Zustellung an einen Zustellungsbevollmächtigten. ElsLothJZ. **11** 297 (Colmar). Wird die Klage nicht dem Beklagten, sondern einem Dritten zugestellt mit der Behauptung, der Dritte sei der Zustellungsbevollmächtigte des abwesenden Beklagten, so kann diese Behauptung nicht als vom Beklagten zugestanden angesehen werden.

2. Prüfung von Amts wegen in Abzahlungsprozessen. *Hörle, Abzahlungsgeschäfte, GruchotsBeitr. **55** 219, 220, 182 ff. a) Die Geständnisfiktion des § 331 entbindet den Richter nicht von der Pflicht, in Abzahlungsprozessen von Amts wegen zu berücksichtigen, ob die in der Klageschrift oder, wenn nicht in der mündlichen Verhandlung in Gegenwart und ohne Widerspruch des Beklagten vorgebracht, in einem diesem zugestellten Nachtrage behaupteten Vereinbarungen nicht gegen die zwingenden Bestimmungen der §§ 1, 2, 3, 4, 7, 8 AbzG. oder gegen die guten Sitten oder das Verbot der wucherischen Ausbeutung im § 138 BGB. oder gegen ein Verbotsgesetz nach § 134 BGB. verstoßen. b) Die freie Schätzung nach §§ 2 Abs. 2 AbzG., 287 ZPO. hat auch im Versäumnisverfahren stattzufinden. S. auch Hörle, Abzahlungsgeschäfte, oben Anhang zum fünften Titel des II. Buches BGB.

3. Versäumnisurteil? HansGZ. **11** Beibl. 310 (Hamburg). Trotz des Hinweises auf § 331 liegt kein Versäumnisurteil vor, wenn das Gericht die im § 331 festgesetzten Versäumnisfolgen nicht gezogen hat, und nicht wegen eines angenommenen Zugeständnisses, sondern deshalb zuungunsten der Beklagten entschieden hat, weil es die — im einstweiligen Verfügungsverfahren — vom Kläger vorgebrachten Tatsachen nach den eidesstattlichen Versicherungen für glaubhaft gemacht erachtete.

§ 333. ElsLothJZ. **11** 345 (Colmar). Ein Versäumnisurteil darf gegen eine elsaß-lothringische Gemeinde nicht erlassen werden, wenn deren Prozeßbevollmächtigter zwar vom Bürgermeister bestellt ist, aber eine Ermächtigung des Gemeinderats zur Prozeßführung nicht vorlegen kann, und deswegen Vertagung beantragt. Dies gilt besonders bei Prozessen der Gemeinde über Oktroigebühren, da zu solchen

weder die Einreichung einer Denkschrift, noch die Beschlußfassung des Gemeinderats, noch die Genehmigung der Verwaltungsbehörde erforderlich ist.

§ 335. 1. Beschwerde oder Berufung bei Klagabweisung? SächsOLG. **32** 346 (Dresden). Wird wegen eines Mangels der im § 335 Abs. 1 Nr. 3 bezeichneten Art nicht der Antrag des Klägers auf Erlaß des Versäumnisurteils, sondern die Klage abgewiesen, so ist nicht sofortige Beschwerde (§ 336), sondern nur Berufung zulässig.

2. Über vorläufige Vollstreckbarkeit von Versäumnisurteilen nach vorangegangenem Mahnverfahren, wenn der Antrag im Mahngesuche nicht ausdrücklich enthalten ist (§ 335 Abs. 1 Ziff. 3), s. unten § 696.

3. Ladung im Falle der Vertagung? **RG.** VI. JW. **11** 284 Nr. 18, GruchotsBeitr. **55** 1053, R. **11** Nr. 1019. Im Falle der Vertagung des Verhandlungstermins braucht die nichterschienene Partei zu dem neu verkündeten Termine nicht geladen zu werden. Den überzeugenden Anführungen des **RG.** II. **41** 355 schließt sich der VI. Senat in allen Punkten an.

§ 337. OLG. **23** 177 (Nürnberg). Die Vertagung ist nur unter den im § 337 aufgeführten Voraussetzungen zulässig. Mit der Begründung, daß der Beklagte seiner glaubwürdigen Angabe nach zur Bestreitung von Kosten außerstande, daß seine Rechtsverteidigung weder mutwillig noch aussichtlos, daß er ohne sein Verschulden zur Erlangung des Armenattestes nicht in der Lage gewesen und daß die Streitsache nicht eilig sei, bzw. daß die Einlassungsfrist zu kurz bemessen und der Beklagte daher zur rechtzeitigen Einreichung des Armenrechtsgesuchs außerstande gewesen sei, darf die Verhandlung nicht vertagt werden.

§ 344. 1. SeuffA. **66** 160, OLG. **23** 177 (Darmstadt). Ob das Versäumnisurteil in gesetzlicher Weise ergangen ist, kann lediglich nach prozessualen Grundsätzen, nicht nach materiellem Rechte beurteilt werden. Entspricht das Versäumnisurteil den bei dessen Erlassung zu berücksichtigenden prozessualen Bestimmungen, so macht es ein in ihm enthaltener Widerspruch mit dem materiellen Rechte nicht zu einem in ungesetzlicher Weise ergangenen.

2. OLG. **23** 176 (Breslau). § 344 ist auch bei Klagerücknahme anwendbar.

3. Versäumnisurteil über die Kosten. SeuffA. **66** 160, OLG. **23** 177, R. **11** Nr. 2191 (Darmstadt). Die Kosten eines nach der Zahlung der Hauptsumme über die Kosten ergangenen Versäumnisurteils hat in jedem Falle der säumige Beklagte zu tragen.

Fünfter Titel. Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme.

Vorbemerkung: Hingewiesen sei auf die Entscheidung des **RG.** II (§ 357 a), wonach ein Verstoß gegen die Parteiöffentlichkeit bei der Eidesabnahme die prozessuale Unwirksamkeit der Eidesleistung nicht zur Folge hat. Die Entscheidung und insbesondere die grundsätzliche Unterscheidung, die hier zwischen dem Parteieid und der Zeugen- und Sachverständigenvernehmung gemacht wird, sind u. E. bedenklich. Auch Meyer ist entgegengesetzter Meinung.

Vor § 355. *Tacken, Ratschläge für das Assessorenexamen (vgl. oben vor § 253) 154 ff. Die fünf von der ZPO. aufgezählten Beweismittel sind nur Beispiele. Parteiwille kann sie vermehren. Besonders gebräuchlich sind amtliche Auskünfte und amtliche Gutachten. a) Amtliche Auskünfte über den Inhalt von Akten der ersuchten Behörde sind Urkundenbeweis. Solche darf der Richter nicht von Amts wegen einholen, muß es aber auf einseitigen Parteiantrag. b) Amtliche Gutachten sind Sachverständigenbeweis. Der Richter darf sie einholen, muß es aber nie. Widerspricht aber auch nur eine Partei der Einholung, so muß sie unterbleiben und der gewöhnliche Sachverständigenbeweis eintreten.

§ 356. **RG.** VI. JW. **11** 221. Da der im Auslande wohnende Zeuge zu seiner im allgemeinen Einverständnisse der Parteien vor dem ersuchten deutschen Richter angeordneten Vernehmung nicht erschienen war, so konnte das Gericht nach § 356 verfahren. Es konnte annehmen, es sei zweifelhaft, ob der Zeuge überhaupt bereit sei, sich vor dem beauftragten Richter vernehmen zu lassen. Alsdann stand der von ihm für nötig erachteten Art der Zeugenvernehmung ein Hindernis von ungewisser Dauer entgegen. Ob der Zeuge ordnungsmäßig geladen war, ist gleichgültig.

§ 357. Literatur: Meyer, Wirksamkeit eines unter Verletzung von Verfahrensvorschriften abgenommenen Parteieides, R. **11** 327.

Hat ein Verstoß gegen die Parteiöffentlichkeit bei der Eidesabnahme die prozessuale Unwirksamkeit der Eidesleistung zur Folge? a) Verneint von **RG.** II. 7. 3. 11, **76** 101, JW. **11** 459, LeipzZ. **11** 460 Nr. 30. Ein Verstoß gegen die Parteiöffentlichkeit, auch wenn er in der völligen Fernhaltung des Gegners des Schwurpflichtigen besteht, hat nicht die Wirkung, daß der Gegner die Eidesleistung nicht gegen sich gelten zu lassen braucht. Anders als die Erhebung von Zeugen- und Sachverständigenbeweis — worauf sich **RG. 6** 351 bezieht — kann die Eidesabnahme, welche ausschließlich Sache des Richters ist, auch ohne die Zulassung des Gegners in sich ordnungsmäßig vor sich gehen. Das Unterbleiben der Beiziehung kann zwar die Interessen des Gegners beeinträchtigen, dies Bedenken muß aber zurücktreten hinter der besonderen religiösen und strafrechtlichen Bedeutung der Eidesleistung und dem Umstande, daß nach der einmal geschehenen Leistung des Eides, schon wegen der strafrechtlichen Folgen, ein Zustand, wie er vor der Eidesleistung vorhanden war, überhaupt nicht mehr herstellbar ist und daß die Frage, welchen Einfluß in einem neuen Termine die Zulassung des Gegners auf die Entschließung des Schwurpflichtigen noch ausüben könnte, sich regelmäßig der sachgemäßen Beurteilung des Richters entziehen wird. Die Frage, ob der Schwurpflichtige, auch wenn ihm die unterbliebenen Vorhalte gemacht worden wären, den Eid nicht geleistet hätte, ist nicht zu prüfen. Dem Verstoße gegen die Parteiöffentlichkeit ist allgemein die Wirkung zu versagen, daß der Gegner die Eidesleistung nicht gegen sich gelten zu lassen braucht. **b)** Ebenso BuschsZ. **40** 329 (LG. Leipzig). Der geleistete Eid war vollwirksam, obwohl die Gegenpartei vom Termine vorschriftswidrig keine Nachricht erhalten hatte. **c)** Dagegen Meyer, R. **11** 327. Eine Eidesleistung ist unwirksam, wenn die Gegenpartei vom Termine nicht benachrichtigt worden war.

§ 370. Literatur: Asch, Ist ein Versäumnisurteil gegen die nicht erschienene Partei vor Beendigung der Beweisaufnahme zulässig? DJZ. **11** 589—590 und KGBl. **11** 135—136. — Langheineken, Versäumnisurteil im Termine zur Beweisaufnahme und Fortsetzung der mündlichen Verhandlung, DJZ. **11** 692—693. — Laubhardt, Öffentlichkeit der Verhandlung und Lokaltermin, R. **11** 425—431. — Levin, Unter welchen Voraussetzungen ist vor Erledigung der Beweisaufnahme ein Versäumnisurteil gegen die nicht erschienene Partei zulässig? R. **11** 613—614.

1. Fortsetzung der mündlichen Verhandlung nach einem Lokaltermine. *Laubhardt, R. **11** 425 ff. Öffentliche Verhandlung ist nur eine solche, zu der der Zutritt jedermann freisteht und möglich ist. Diese Möglichkeit besteht nur, wenn jedermann weiß oder erfahren kann, ob und wo eine Verhandlung stattfindet. Dies ist der Fall für die Verhandlungen, die an der allgemein dafür bestimmten Stelle innerhalb der regelmäßigen Geschäftszeit stattfinden, nicht aber für die außerhalb der Gerichtsstelle stattfindenden Lokaltermine. In solchen Terminen darf daher, selbst wenn die Parteien anwesend sind und verhandeln wollen, nicht verhandelt werden, sie sind trotz des § 370 ZPO. nicht zur mündlichen Verhandlung bestimmt, da der § 170 GVG. als eine allgemeine, grundsätzliche Bestimmung stärker ist. Eine trotzdem stattgehabte Verhandlung würde

wegen Verletzung des Grundsatzes der Öffentlichkeit auf deren Befolgung die Parteien nicht wirksam verzichten können, der Anfechtung und Aufhebung unterliegen. Auch eine Verkündung einer Entscheidung oder ein Läuterungs- oder Versäumnisurteil kann nicht ergehen, da letzteres nur erlassen werden kann, wenn die Partei im Termine „zur mündlichen Verhandlung", d. h. zur öffentlichen mündlichen Verhandlung, nicht erscheint.

2. Versäumnisurteil vor Beendigung der Beweisaufnahme. a) Asch, DJZ. **11** 589—590. 1. Auf ihre eigenen Beweismittel kann die Partei verzichten und hierdurch bei Ausbleiben des Gegners sofort Versäumnisurteil erwirken. Dies ist unstreitig. 2. Auch im anderen Falle, wenn es sich um die Beweismittel des Gegners handelt, bejaht Asch gegen die herrschende Meinung die Zulässigkeit. Die herrschende Meinung ist unhaltbar, da sie zu einer Prozeßverschleppung auf unabsehbare Zeit führt. b) Hiergegen Langheineken, DJZ. **11** 692—693. An der herrschenden Meinung ist festzuhalten. Jedoch kann aus dem wiederholten Ausbleiben der Partei und der ihr etwa nahestehenden Zeugen die Haltlosigkeit des Einwandes gefolgert und damit die Beweisaufnahme als erledigt (nicht als beendet) angesehen werden. Sodann ist der Eintritt in die mündliche Verhandlung und das Versäumnisurteil zulässig. c) Ebenso Levin, R. **11** 613—614. Solange das Gericht die Beweisaufnahme für erforderlich hält, muß die Beweisaufnahme fortgesetzt werden (§ 368). Sobald die Beweisaufnahme nicht mehr erforderlich ist (z. B. auch, wenn sich die Absicht der Verschleppung ergibt), ist der Beweisbeschluß aufzuheben oder die begonnene Beweisaufnahme zu schließen. d) Hiergegen wieder Asch, KGBl. **11** 135—136. Die Ansicht von Langheineken und Levin, daß die Erledigung der Beweisaufnahme auch ohne mündliche Verhandlung festgestellt werden könne, widerspricht der Verhandlungsmaxime des § 128 und dem § 360. — Die Ablehnung des Versäumnisurteils läßt sich theoretisch nur rechtfertigen, wenn die mündliche Verhandlung durch die Erledigung des Beweisbeschlusses bedingt ist. Dies ist aber nicht der Fall.

Sechster Titel. Beweis durch Augenschein.

§ 371. **RG.** VI. JW. **11** 370 Nr. 31, EisenbE. **28** 98, WarnE. **11** 334. Die von der Partei beantragte Augenscheinseinnahme ist — anders wie der informatorische Augenschein, den das Gericht nach § 144 von Amts wegen anordnen kann — nicht in das Ermessen des Gerichts gestellt: Will dem Antrage nicht entsprochen werden, so sind die Gründe dafür, wie bei anderen Beweisanträgen gemäß § 286 im Urteil anzugeben.

Siebenter Titel. Zeugenbeweis.

Vorbemerkung: In interessanter Weise behandelt Klein die Zeugenvernehmung von Parlamentsmitgliedern zwecks Gesetzesauslegnng (§ 373 Nr. I und § 383 Nr. I 1). Auch auf die Diskussion zwischen Ebermayer und Roth über das Zeugnisverweigerungsrecht der Ärzte und Anwälte (§ 383 Nr. I 2) sei verwiesen.

§ 373. Literatur: Klein, Gesetzesauslegung mittels Zeugenschaft von Mitgliedern des Reichstags, JW. **11** 834—837. — Lebrecht, Zur Anwendung des § 373 ZPO., R. **11** 32—33.

I. Gegenstand des Zeugenbeweises. 1. Gesetzesauslegung mittels Zeugenschaft von Mitgliedern des Reichstags. Klein, JW. **11** 834—837. Die Vernehmung von Reichstags(kommissions)mitgliedern über Vorgänge bei der Beratung und Abstimmung zwecks Auslegung eines Gesetzes ist unzulässig. Zwar haben die Genannten kein Zeugnisverweigerungsrecht aus § 383 Abs. 1 Nr. 5. Die Vernehmung verstößt aber gegen

den Parlamentarismus und identifiziert zu Unrecht den anonymen Gesetzgeber und die Mitglieder der gesetzgebenden Körperschaft.

2. Verwechselungsgefahr zweier Zeichen. **RG.** II. R. **11** Nr. 180. Die Frage, ob eine Verwechselungsgefahr zweier Zeichen besteht, kann nicht unmittelbar Gegenstand eines Zeugenbeweises sein. Sie bildet vielmehr den Gegenstand eines Urteils. Ein Zeugenbeweis über tatsächlich vorgekommene Verwechselungen kann nur als Grundlage des Urteils dienen.

II. Bestimmter Beweisantrag. 1. Ehebruch. **RG.** IV. WarnE. **11** 501. Ein genügend bestimmter Beweisantrag liegt vor, wenn der Prozeßbevollmächtigte unter Zeugenbenennung erklärt, der Kläger behaupte, daß durch die Beweisaufnahme mindestens der dringende Verdacht ehelicher Untreue bestätigt werden würde, danach müsse er annehmen, der Kläger wolle behaupten, daß es zwischen A. und der Beklagten im Jahre 1902 zum Ehebruche gekommen sei.

2. Exceptio plurium. Lebrecht, R. **11** 32—33. Die in der Praxis übliche Benennung der Kindesmutter als Zeugin dafür, daß sie während der gesetzlichen Empfängniszeit auch mit anderen Mannspersonen geschlechtlich verkehrt habe, ist zulässig. Für den Zeugenbeweis kann eine so bestimmte Präzisierung des Beweisthemas, wie für die Eideszuschiebung nicht verlangt werden.

III. Wer kann Zeuge sein? 1. Vertreter einer GmbH. NaumburgAK. **11** 75 (Naumburg). Geschäftsführer und Liquidatoren einer GmbH. können auch dann nicht als Zeugen vernommen werden, wenn sie in dem Rechtsstreite nicht als Vertreter auftreten.

2. Streitgenossen. **RG.** IV. JW. **11** 49 Nr. 41, GruchotsBeitr. **55** 381, BayRpflZ. **11** 69, LeipzZ. **11** 62 Nr. 22. Der Streitgenosse, dem gegenüber der Grund des Anspruchs durch landgerichtliches Zwischenurteil rechtskräftig festgestellt ist, kann in der von dem anderen Streitgenossen beschrittenen Berufungsinstanz nicht als Zeuge vernommen werden. Denn er hat noch an dem Verfahren über den Betrag teilzunehmen und war noch an der Kostenentscheidung beteiligt.

3. Gemeinschuldner. SeuffA. **66** 36, R. **11** Nr. 530 (Braunschweig). Der Gemeinschuldner, der im Anfechtungsprozesse dem Konkursverwalter als (streitgenössischer) Nebenintervenient beigetreten ist (§§ 66, 69), kann nicht als Zeuge vernommen werden.

IV. Nochmalige Vernehmung. **RG.** I. LeipzZ. **11** 146 Nr. 37. Das Gericht ist nicht verpflichtet, auch da zu einer nochmaligen Vernehmung der Zeugen zu schreiten, wo der Gegner mit der Führung des Beweises durch Vorlegung von Urkunden über ihre Vernehmung einverstanden ist.

§ 376. *Eckstein, AÖffR. **27** 566, 567. Der § 376 gilt nur vom Beamten im engeren Sinne, nicht vom Staatsangestellten (über diese Begriffe s. o. Ziff. 1 zu § 839 BGB). Das Zeugnis ist event. trotz verweigerter Genehmigung, die gar nicht erst einzuholen ist, zu erzwingen.

§ 379. OLG. **23** 178 (München). Die Nichtzahlung des Vorschusses rechtfertigt nicht die Zurücknahme der Beweisanordnung.

§ 380. Literatur: Strauß, Ist nach § 380 Abs. 2 ZPO. die Verhängung einer dritten usw. Ordnungsstrafe zulässig? R. **11** 514—515.

1. Strauß bejaht die Berechtigung und Verpflichtung des Richters, die Strafe immer wieder zu verhängen. Die herrschende gegenteilige Meinung würde für gewissenlose Zeugen häufig eine Befreiung vom Zeugniszwange bedeuten.

2. Abs. 3. Beschwerde in internationalen Rechtshilfesachen. JW. **11** 167, NiemeyersZ. **21** 61 (KG.). Handelt es sich um eine auf ein ausländisches Ersuchen angeordnete Zeugenvernehmung, so ist nach der Regelbestimmung des § 568 Abs. 1 das zunächst höhere Gericht das Beschwerdegericht.

Die Sonderbestimmung des § 576 ist unanwendbar, da sich die Bestimmung nur auf den Fall bezieht, daß das Prozeßgericht ein inländisches Gericht ist.

§ 381. OLG. Posen JDR. **9** jetzt auch OLG. **23** 180.

§ 383. Literatur: Ebermayer, Die Unruhen in Berlin-Moabit und das Zeugnisverweigerungsrecht der Ärzte, DJZ. **10** 1219—1220. — Ebermayer, Zum Zeugnisverweigerungsrechte der Ärzte und Rechtsanwälte, JW. **11** 199—200. — Klein, Gesetzesauslegung mittels Zeugenschaft von Mitgliedern des Reichstags, JW. **11** 834 bis 837. — Meister, Das Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrecht des Bankiers und seiner Angestellten, BankA. **10** 240—242. — Roth, Zum Zeugnisverweigerungsrechte der Ärzte und Rechtsanwälte, JW. **11** 130—132, 421—422.

I. Abs. 1 Ziff. 5. 1. Reichstagskommissionsmitglieder. Klein, JW. **11** 834—837. Reichstagskommissionsmitglieder, welche über Vorgänge bei der Beratung und Abstimmung zwecks Auslegung eines Gesetzes vernommen werden sollen, haben kein Zeugnisverweigerungsrecht. Ihre Vernehmung ist aber aus anderen Gründen unzulässig. Vgl. § 373 Nr. I 1.

2. Ärzte. a) Ebermayer, DJZ. **10** 1219—1220. Infolge ihrer der des Rechtsanwalts gleichartigen Stellung öffentlich-rechtlichen Charakters sind die Ärzte verpflichtet, von dem Zeugnisverweigerungsrechte keinen Gebrauch zu machen, wenn bei Bewahrung des Geheimnisses das Staatswohl gefährdet ist. Dies traf im Moabiter Falle zu. Gemäß **RG. 53** 316 ist sogar vorliegend die Berechtigung zur Zeugnisverweigerung überhaupt zu verneinen. b) Hiergegen Roth, JW. **11** 130—132. Der Auffassung Ebermayers, welcher die öffentlich-rechtliche Stellung der Ärzte und Rechtsanwälte zu einer Art Beamtendienstverhältnis zum Staate umdeutet, liegt eine vollständige Verkennung ihrer Stellung im öffentlichen Leben zugrunde. Ihr Beruf, insbesondere der ärztliche, dient nicht den Bedürfnissen der Strafverfolgung, sondern der Hilfeleistung für die einzelnen Verunglückten im Interesse des vom Staate geförderten Gemeinwohls. Zeugnisverweigerungsrecht und Schweigepflicht können zwar in Kollision mit höheren Interessen weichen. Diese höheren Interessen können sich aber nur aus den beruflichen Aufgaben ergeben, die sich zwar oft, nicht aber regelmäßig mit dem Staatsinteresse decken. Der Arzt kann sein Schweigen brechen, um anderer bedrohte Gesundheit zu retten, der Rechtsanwalt und der Priester können es, um eine sonst unvermeidliche schwere Schädigung Dritter zu verhindern. Immer muß aber dieser Bruch der Schweigepflicht als eine äußerste Notwendigkeit erscheinen. Das Recht des Staates darf den Bruch der Schweigepflicht im Einzelfalle gutheißen, grundsätzlich aber nie erzwingen. Denn einzig die sittliche Berufsauffassung entscheidet, nicht das Bedürfnis der Staatsgewalt. Seine Verantwortlichkeit für den Bruch des Geheimnisses darf der Arzt, der Geistliche, der Rechtsanwalt nicht einfach durch den Hinweis ausschalten können, daß er dazu von einem staatlichen Organ im staatlichen Interesse aufgefordert sei. Ausnahmen, die auf besonderer gesetzlicher Vorschrift beruhen, die Verpflichtung des Arztes zur Anzeige gemeingefährlicher Krankheiten und § 139 StGB. lassen gerade die Regel als richtig erkennen. Insbesondere darf die Schweigepflicht nicht für die Zwecke der Strafverfolgung durchbrochen werden. Daher haben die Ärzte im Moabiter Falle ihr Zeugnis mit Recht verweigert. c) Hiergegen wiederum Ebermayer, JW. **11** 199—200. Richtig ist, daß der Arzt oder Rechtsanwalt nicht ein für allemal verpflichtet sind, auf Verlangen durch Offenbarung des ihnen Anvertrauten sich in den Dienst der Strafverfolgung zu stellen, ohne Rücksicht auf das Wohl derer, die ihre Dienste vertrauensvoll in Anspruch nahmen. Es kann aber Ausnahmefälle geben, in denen eine höhere sittliche Pflicht — und dazu kann auch die Rücksicht auf das gefährdete Staatswohl gehören — dem Arzte und Rechtsanwalte gebietet, unter Preisgabe der Privatinteressen Dritter von seinem Schweigerechte keinen Gebrauch zu machen. Ob Moabit ein solcher Ausnahmefall war, ist mehr oder weniger Geschmacks-

oder Gefühlssache, mit der grundsätzlichen Frage hat dies nichts zu tun. **d)** Hierauf erwidert wiederum Roth, JW. **11** 421—422. Das von Ebermayer aufgestellte Prinzip bedroht die Unabhängigkeit des ärztlichen und anwaltlichen Berufs. Die berufliche Ehrenpflicht verbietet dem Arzte und Anwalt, ihm anvertraute bestimmte Individualinteressen der diesen feindlich gegenübertretenden Staatsgewalt auszuliefern. Nur der Gegensatz mehrerer gleichmäßig berechtigterweise dem Arzte oder Anwalt anvertrauter Individualinteressen kann den Bruch der Schweigepflicht zur Pflicht machen. e) SächsRpflA. **11** 33 (Dresden). Der Arzt, welcher den Erblasser behandelt hat, hat hinsichtlich der Frage, ob er Geisteskrankheit festgestellt habe, in dem die Rechtsgültigkeit der letztwilligen Verfügungen des Erblassers betreffenden Rechtsstreite kein Zeugnisverweigerungsrecht. **f)** Gehilfen und Ehefrau des Arztes. OLG. **23** 180, SächsOLG. **32** 508 (Dresden). Das Recht der Zeugnisverweigerung haben auch die Personen, die dem Arzte in seinem Berufe behilflich sind, und dabei Wahrnehmungen vertraulicher Art machen. Ihnen sind zufolge ihres Verhältnisses zum Arzte, also kraft ihres Verhältnisses, das sich je nachdem als Amt oder wie bei der Frau des Arztes als Stand oder als Gewerbe kennzeichnet, ebenso wie dem Arzte alle die Tatsachen gleichfalls anvertraut, die nach der Natur der Sache und nach gesetzlicher Vorschrift (§ 300 StGB.) geheimgehalten werden sollen.

3. Anwälte. OLG. **23** 182, SeuffA. **66** 332, SeuffBl. **11** 601 (München). Die Prozeßvollmacht des Anwalts ermächtigt nicht zur Entbindung eines Zeugen von der Schweigepflicht.

4. Bankiers und ihre Angestellten. Meister, BankA. **10** 240—242. a) Der Bankier ist auf Grund des § 383 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO. berechtigt, sein Zeugnis zu verweigern, wenn er über die geschäftlichen Beziehungen zu einem Kunden und die ihm daraus gewordenen Kenntnisse als Zeuge vernommen werden soll. b) Dies Zeugnisverweigerungsrecht steht auch seinen Angestellten zu. c) In Erbprozessen ist dies Zeugnisverweigerungsrecht ebenfalls gegeben, sofern ihn nicht alle Erben von der Pflicht zur Verschwiegenheit entbinden. d) Unter Umständen kann das Zeugnisverweigerungsrecht auch auf § 384 Ziff. 1 u. 3 gestützt werden. e) Der Bankier ist verpflichtet, jedem der Miterben auf sein Verlangen Auskunft über den Geschäftsverkehr mit dem Erblasser zu erteilen. f) Gegenüber den Steuerbehörden steht dem Bankier eine Verpflichtung zur Auskunftserteilung in Vermögensangelegenheiten usw. seines Geschäftsfreundes nur zu, wenn er in einem Zivilprozesse verpflichtet wäre, hierüber Aussage zu erstatten. g) In Strafsachen ist ein derartiges Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrecht des Bankiers nicht gegeben.

5. Kaufmännische Auskunfteien. SeuffA. **66** 210, R. **11** Nr. 2605 und 2938 (München). Kaufmännische Auskunfteien sind nicht verpflichtet, ihre Gewährsmänner, d. h. diejenigen Personen, auf deren Mitteilungen eine erteilte Auskunft beruht, namhaft zu machen. Die Frage, ob sie auch hinsichtlich des Inhalts der erteilten Auskünfte und in Ansehung des Namens der anfragenden Personen ein Zeugnisverweigerungsrecht haben, wird zwar nicht allgemein, aber vorliegend bejaht. Es sind stets tatsächliche Anhaltspunkte nach der Richtung eines Entfallens der Geheimhaltungspflicht zu fordern, wenn die Verneinung eines auf § 383 Nr. 5 oder § 384 Nr. 3 gestützten Weigerungsrechts begründet sein soll.

II. Abs. 2. **RG.** IV. WarnE. **11** 224. Auch in Ehesachen wird ein Verstoß gegen § 383 Abs. 2 durch nicht rechtzeitige Rüge nach § 295 geheilt.

§ 384. I. Allgemeines. 1. **RG.** IV. WarnE. **11** 110. Wie in den Fällen des § 384 die Fragen, die dem Zeugen vorgelegt werden sollen, zu beantworten sind, ist gleichgültig. Der Zeuge braucht sich über solche Fragen gar nicht zu äußern, er kann ihre Beantwortung selbst dann ablehnen, wenn auch nur ihre Be-

jahung die im Gesetz erwähnten Folgen haben würde, während er sie verneinen könnte und umgekehrt.

2. **RG.** IV. JW. **11** 189, LeipzZ. **11** 299 Nr. 29, R. **11** Nr. 3517. Sobald es infolge der Zeugnisverweigerung zu einer sachlichen Aussage nicht kommt, braucht der Zeuge auch die allgemeinen Fragen und solche, welche die Glaubwürdigkeit betreffen, nicht zu beantworten und nicht zu beschwören.

II. Ziff. 1. Unmittelbarer Schaden. 1. Schaden. SchlHolstAnz. **11** 365 (Kiel). Der Zeuge würde durch die wahrheitsgemäße Bekundung dem Kläger die Möglichkeit schaffen, gegen ihn unter Bezugnahme auf diese Aussage einen Anspruch erfolgreich geltend zu machen. Hierin ist eine Verschlechterung der Vermögenslage zu finden, da durch das Beweismittel dem Gläubiger des Zeugen die Durchführung des Anspruchs wesentlich erleichtert würde. AM. **RG. 32** 381.

2. Unmittelbarkeit des Schadens. SchlHolstAnz. **11** 365 (Kiel). Auch die Benachteiligung, die dem Zeugen durch die von ihm selbst beschaffte Bekundung über seine eigene Zahlungsverpflichtung erwächst und deren Wirkung bei der späteren Durchführung des Anspruchs zu erwarten steht, ist als unmittelbare Vermögensschädigung aufzufassen. Schon die Aussage schafft für den Gläubiger das Beweismittel.

3. Bankiers und ihre Angestellten. Vgl. oben § 383 Nr. 4 d.

III. Ziff. 2. 1. Geschlechtsverkehr. **RG.** IV. WarnE. **11** 110, R. **11** Nr. 570. Die Beantwortung der Frage, ob die Zeugin (Ehefrau des Klägers) seit dem 20. Juli 1904 mit ihrem Manne geschlechtlich verkehrt hatte, würde, wenn die Zeugin sie verneinen mußte, ihr zur Unehre gereicht, ja sogar die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zugezogen haben, da dann mit Rücksicht auf ihre am 8. Oktober 1907 erfolgte Entbindung außerehelicher Geschlechtsverkehr festgestanden hätte. Die Zeugin ist daher auch im Kindesanfechtungsprozesse zur Zeugnisverweigerung berechtigt.

2. Verweigerung der Aussage über einen außerehelichen Verkehr. SeuffA. **66** 427, OLG. **23** 181 HessRspr. **12** 115, R. **11** Nr. 2448 (Darmstadt). Auch der unverheiratete Zeuge ist zur Verweigerung der Aussage über außerehelichen Verkehr mit einer Unverheirateten berechtigt. Das Sittengesetz fordert die Unterlassung des außerehelichen Verkehrs auch dann, wenn beide Teile unverheiratet sind.

IV. Ziff. 3. 1. Gewerbegeheimnis. OLG. Hamburg, JDR. **9** Nr. 3 c jetzt auch SeuffA. **66** 44.

2. Bankiers und ihre Angestellten. Vgl. oben § 383 Nr. 4 d.

3. Kaufmännische Auskunfteien. Vgl. oben § 383 Nr. 5.

§ 385. Ziff. 4. **RG.** V. JW. **11** 489 Nr. 15, WarnE. **11** 335 Nr. 298. Die Bestimmung findet keine Anwendung, wenn der Zeuge nicht Vertreter im Rechtssinn ist, sondern nur ein Werkzeug der Partei, eine statt seiner in seiner Gegenwart sprechende Person. (Tätigkeit als bloße „Unterstützungsperson").

§ 387. Abs. 3. HansGZ. **11** Beibl. 216 (Hamburg). Nur dem Beweisführer, welcher den das Zeugnis Weigernden für sich als Zeugen benannt hat, steht über die Weigerung das Beschwerderecht zu, nicht seinem Prozeßgegner.

§ 393. Abs. 1 Ziff. 4. **RG.** I. JW. **11** 816 Nr. 30, R. **11** Nr. 2939. Ein rechtliches Interesse liegt für den Zeugen vor, der früher Mitinhaber der beklagten off. Handelsgesellschaft war; denn er haftet für den Klaganspruch (§ 128 HGB.).

§ 395. **RG.** IV. JW. **11** 189, LeipzZ. **11** 299 Nr. 29. Sobald es infolge der Zeugnisverweigerung zu einer sachlichen Aussage nicht kommt, braucht der Zeuge auch die allgemeinen Fragen und solche, welche die Glaubwürdigkeit betreffen, nicht zu beantworten und nicht zu beschwören.

Achter Titel. Beweis durch Sachverständige.

§ 402. Literatur: Häberlein, Die Sachverständigen im deutschen Rechte. Marburg. Elwert. — Hein, Gutachter-Kammern, DJZ. **11** 674—678. — Katz, Sachverständigenwesen, GewRschutz **11** 125—129.

1. Parteiöffentlichkeit? **RG.** V NaumburgAK. **11** 46. Die Parteien haben keinen Anspruch auf Zuziehung bei Ortsbesichtigung durch den Sachverständigen.

2. Reform. a) Katz 125—129 erörtert die Mißstände in Patentprozessen hinsichtlich der Beweisaufnahme, empfiehlt lediglich mündliche Befragung der Sachverständigen statt schriftlicher Begutachtung und Auswahl der Sachverständigen aus den Kreisen der praktischen Berufsausübung (Berliner Gutachterkammer). **b)** Hein, DJZ. **11** 674—678, weist ebenfalls auf die Gutachterkammern hin, welche sich in 17 Landgerichtsbezirken gebildet haben mit dem Zwecke, die Auswahl geeigneter Sachverständiger zu erleichtern.

3. Vgl. Tacken vor § 355.

§ 403. **RG.** VII. R. **11** Nr. 1174. Ein Sachverständigenbeweis über die allgemeine Behauptung, bei richtiger Buchführung habe sich ein bestimmtes Rechnungsverhältnis ergeben müssen, ist unzulässig.

§ 404. **RG.** V. JW. **11** 373 Nr. 35, LeipzZ. **11** 384 Nr. 30, R. **11** Nr. 3685. Es steht ganz im Ermessen des Gerichts, ob es ein beigebrachtes unbeeidigtes Privatgutachten berücksichtigen will.

§ 406. 1. Unbegründete Ablehnung. a) OLG. **23** 184 Anm. 1, SächsOLG. **31** 338 (Dresden). Keine begründete Ablehnung, weil der Sachverständige bei der außergerichtlichen Sektion der Leiche des Erblassers dessen Gehirn eingehend untersucht habe und in seinem Gutachten über die geistige Gesundheit des Erblassers von nicht erwiesenen Vermutungen ausgehe und einseitige Behauptungen der Gegenpartei als erwiesen ansehe. **b)** OLG. **23** 184 (KG.). Keine begründete Ablehnung in folgendem Falle: Der Kläger hat geltend gemacht, daß die Chemikerzeitung, deren Chefredakteur der Sachverständige sei, ein Konsultationsbureau unterhalte, das sich mit dem Baue von Schwefelsäureanlagen befasse. Die bloße Tatsache, daß das Konsultationsbureau in demselben Geschäftszweige wie der Kläger arbeitet, rechtfertigt nicht die Befürchtung, daß der Leiter der Zeitung befangen sei. Nun hat allerdings X., ein früherer Angestellter des Klägers, der jetzt in dem Konsultationsbureau tätig ist, in jener Zeitung ein Patent des Klägers abfällig besprochen, aber auch diese Besprechung reicht, selbst wenn A. ihr zugestimmt hat, nicht aus. Es handelt sich um die Bemerkung von wenigen Zeilen, die nur ein einzelnes Patent und zwar keins von den hier in Betracht kommenden Patenten betrifft und die Grenze sachlicher Kritik nicht überschreitet. Auch wenn es nicht üblich wäre, zu Patentanmeldungen in Fachzeitungen irgendwelche Anmerkungen zu machen, so könnte daraus doch noch nichts für eine Voreingenommenheit des A. entnommen werden. **c)** OLG. **23** 185 (KG.). Kein Grund zur Ablehnung, weil der Sachverständige — trotz eines dahingehenden Ersuchens des Gerichts — die Rechnungen ohne Zuziehung der Partei bzw. ohne Zuziehung beider Parteien geprüft habe. Es steht lediglich in dem pflichtgemäßen Ermessen des Sachverständigen, welche Erkundigungen er vor der Erstattung seines Gutachtens bei Dritten oder den Parteien einziehen will. Ihm hat das Gesetz nicht die Anhörung der Parteien vorgeschrieben; diese haben kein Recht, den vom Sachverständigen angestellten Ermittelungen beizuwohnen. Der § 357 bezieht sich nur auf richterliche Beweishandlungen. Auch das Ersuchen ist nur dahin zu verstehen, daß der Sachverständige die Rechnungen unter Zuziehung der Parteien prüfen sollte, wenn er diese Prüfung für erforderlich hielte.

2. Begründete Ablehnung. KGBl. **11** 121 (KG.). Die Erstattung eines privaten Gutachtens für eine Partei vor Anstellung

der Klage begründet nicht schlechthin die Ablehnung. Im Regelfalle ist jedoch anzunehmen, daß ein Sachverständiger, der in privatem Auftrage sich bereits der Erstattung eines Gutachtens unterzogen hat, damit seine Auffassung bereits festgelegt und dasjenige Maß von Unbefangenheit eingebüßt hat, welches für einen gerichtlichen Sachverständigen unumgänglich erscheint.

3. Zu Absatz 2. KGBl. **11** 121 (KG.). Die Frist für die Ablehnung eines Sachverständigen kann nicht beginnen, wenn die Ernennung des Sachverständigen der Partei nicht bekannt gegeben ist (§ 329). Die Parteien haben ein Recht auf strikte Einhaltung der durch § 406 vorgeschriebenen Formen.

4. Zu Absatz 4. **RG.** III. JW. **11** 52, WarnE. **11** 62. Der Beschluß des Gerichts, daß der Gutachter — den eine Partei abgelehnt hatte — als Sachverständiger vernommen werden solle, enthält zwar nicht der Form nach, wohl aber der Sache nach die Entscheidung, daß die Ablehnung für unbegründet erklärt werde.

§ 408. *Eckstein, AÖffR. **27** 567. Verwendungsgebiet bezügl. der Beamtenkategorien wie § 376 (s. dort).

Neunter Titel. Beweis durch Urkunden.

§ 415. Vgl. Tacken vor § 355.

§ 420. **RG.** II. LeipzZ. **11** 850 Nr. 3 billigt die Annahme des Berufungsgerichts, daß die aus der Einsicht der Handelsbücher von dem sachkundigen Beisitzer der Kammer für Handelskammer gewonnenen Ergebnisse nicht der Schätzung des Selbstkostenpreises zugrunde gelegt werden könnten, weil diese Bücher nicht gemäß § 420 in der mündlichen Verhandlung vorgelegt sind. Diese Folgerung ist deshalb rechtlich nicht zu beanstanden, weil es sich um die Feststellung besonderer im Spinnereibetriebe der Klägerin obwaltender Tatumstände aus den Handelsbüchern handelte, welche Umstände erst die Unterlage für eine kaufmännische Begutachtung zu bilden hatten.

§ 421. Literatur: Laun, Das richterliche Ermessen bei der Anordnung der Vorlegung der Handelsbücher, BuschsZ. **42** 1—20. — Meyer, Zu § 421 ZPO., R. **11** 726.

1. Laun. Vgl. HGB. § 45.

2. Meyer, R. **11** 726. Wenn der Beklagte, welcher Betrug des Klägers behauptet und sich schriftsätzlich auf ein Schreiben des Klägers beruft, in der mündlichen Verhandlung das Schreiben nicht vorlegen will, sondern dem Kläger den Eid zuschiebt, so kann letzterer den Editionsantrag stellen. Denn nicht nur der Beweispflichtige kann Edition vom Gegner verlangen.

§ 425. *Laun, BuschsZ. **42** 5. Die Beurteilung der „Erheblichkeit" nach § 425 ist eine Frage „gebundenen" und nicht „freien" Ermessens (Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910. Vgl. §§ 241 ff. BGB. Nr. I 2 f).

§ 432. *Heldmann, Die Pflicht öffentlicher Behörden und Beamten zur Vorlegung ihrer Urkunden in Zivilprozessen. BuschsZ. **42** 79—94. Die Editionspflicht öffentlicher Behörden und Beamten ist privat- oder öffentlich-rechtlich. Letztere wird nach den Verwaltungsvorschriften der Behörden, bes. der Archive behandelt. Das Dienstgeheimnis ist zu berücksichtigen. Bei Ablehnung Beschwerderecht des Gerichts.

§ 438. **RG.** IV. R. **11** Nr. 369. Für ungarische Gemeindezeugnisse ist das Erfordernis einer Legalisation nicht ausgeschlossen. Vgl. den deutsch-österreichischen Vertrag vom 25. Februar 1880 (RGBl. **81** 4) und Bek. des Reichskanzlers (RGBl. **81** 8).

Zehnter Titel. Beweis durch Eid.

§ 445. 1. Keine Eideszuschiebung über den gerade streitigen Rechtsbegriff. **RG.** VI. R. **11** Nr. 3113. Wenn es auch in der Regel zulässig ist, einer Partei den Eid über einen einfachen, allgemein ver-

ständlichen Rechtsbegriff aufzuerlegen, so ist dies doch dann ausgeschlossen, wenn gerade die rechtliche Subsumption der Parteibehauptungen unter den Parteien streitig ist. Daher ist die Eidesauflage über den Empfang eines Darlehens unzulässig, wenn der Streit sich gerade um die Natur des Rechtsgeschäfts als solchen dreht. In einem solchen Falle muß der Eid über die einzelnen tatsächlichen Behauptungen auferlegt werden, die das Vorliegen des Rechtsgeschäfts ergeben.

2. Vertreter. OLG. 22 78 ζ (Hamburg). Ein Schiffsführer, der in anderer Beziehung zwar Vertreter des Schiffseigners sein kann, handelt jedenfalls dann nicht als dessen Vertreter, wenn er mit dem seiner Führung unterstellten Schiffe ein anderes Schiff anrennt. Eideszuschiebung an den Schiffseigner über den Schiffszusammenstoß ist daher unzulässig.

§ 451. I. Gegenstand der Eideszuschiebung. 1. Einfacher Begriff. **RG.** VI. R. **11** Nr. 803. Ein dem gewöhnlichen Verständnisse zugänglicher Begriff, wie „allernächste Nähe" ist zum Gegenstand einer Eidesleistung geeignet.

2. Keine Eideszuschiebung über den gerade streitigen Rechtsbegriff, vgl. § 445 Nr. 1.

II. Erforderliche Bestimmtheit. 1. **RG.** II. MSchutzWettbew. **10** 279, R. **11** Nr. 804. Die Eideszuschiebung über die Behauptung, es sei der gegen § 6 UnlWG. verstoßende Artikel von den sämtlichen Mitgliedern des Vorstandes des Beklagten oder von einem oder mehreren oder vom Generalsekretär des Vereins mittelbar oder unmittelbar der Zeitung gesandt oder seine Aufnahme veranlaßt, entbehrt der erforderlichen Bestimmtheit und dient dem Kläger offenbar nur dazu, sich erst Beweismittel zu schaffen.

2. **RG.** VI. JW. **11** 489 Nr. 16. Zu unbestimmt ist der Eid, daß die Klägerin den beiden Beklagten oder einem von ihnen gewisse Beträge nicht als Darlehn gegeben habe. Vgl. § 464 Nr. 3.

3. PosMSchr. **11** 180 (Posen). Zu unbestimmt ist die Eideszuschiebung darüber, daß der Kläger in der Zeit bis zum 1. Januar 1910 entweder eine anderweite Stellung als landwirtschaftlicher Beamter angenommen oder als Agent Geschäfte betrieben und dadurch Einnahmen in Höhe des eingeklagten Betrags erzielt habe.

§ 453. Abs. 2. **RG.** VI. **76** 327, JW. **11** 717 Nr. 20, LeipzZ. **11** 701 Nr. 25, R. **11** Nr. 2748. Ein Verstoß gegen § 453 Abs. 2 kann nicht mehr gerügt werden, wenn der Eid in Gemäßheit des Beweisbeschlusses geleistet und in der nächsten mündlichen Verhandlung keine Rüge erhoben worden ist (§ 295).

§ 461. Abs. 2. 1. Selbständige Angriffsmittel. **RG.** II. JW. **11** 657 Nr. 32, R. **11** Nr. 3114, WarnE. **11** 459. Die durch eine Widerklage geltend gemachten in verschiedenen Posten aufgeführten voneinander aber unabhängigen Ansprüche, die nicht auf ein einheitliches Rechtsverhältnis, sondern auf verschiedene Rechtsvorgänge gegründet sind, sind nicht selbständige Angriffsmittel der einen Widerklage. Denn Angriffsmittel im Sinne des § 461 können nur Elemente der klagend oder widerklagend geltend gemachten Ansprüche, nicht aber die letzteren selbst sein. — Ebensowenig sind sie selbständige Verteidigungsmittel, vgl. Nr. 2.

2. Widerklage als Verteidigungsmittel. **RG.** II. JW. **11** 657 Nr. 32, WarnE. **11** 459, LeipzZ. **11** 613 Nr. 25, R. **11** Nr. 3114. Für die Frage, ob ein widerklagend geltend gemachter Anspruch im Sinne der ZPO. Verteidigungsmittel ist, kann nicht entscheidend sein, ob dieser Anspruch im Falle seines Bestehens nach materiellem Rechte den Klaganspruch beseitigt oder hemmt. Denn ihrem durch das Prozeßgesetz bestimmten Wesen nach ist die Widerklage nicht Verteidigungsmittel, da sie über die Verteidigung gegen den Klaganspruch hinausgeht, sich nicht in der Verteidigung erschöpft, vielmehr ein selbständiger Angriff ist (**RG.** **51** 8, **57** 307).

3. Heilung gemäß § 295 bei Verstoß gegen § 461 Abs. 2. **RG.** VI. **76** 313 (316). Fehlt es an den Voraussetzungen des § 461 Abs. 2, so ist der Mangel der Anordnung des Eides durch Beweisbeschluß gemäß § 295 heilbar. Ob diese Heilung des Mangels durch Unterlassung der Rüge die auf diese verzichtende Partei auch des Rügerechts bezüglich einer unrichtigen Verteilung der Beweislast beraubt, wird dahingestellt gelassen.

§ 462. Abs. 2. Läuterungsverfahren. 1. WürttRpflZ. **11** 357, R. **11** Nr. 2194 (Stuttgart). Im Läuterungsverfahren ist der Einwand des außergerichtlichen Vergleichs oder Verzichts unzulässig.

2. SchlHolstA. **11** 366 (Kiel). Gegen die Ablehnung der Abnahme eines Eides ist Beschwerde unzulässig.

§ 464. Abs. 2. 1. Annahme der Eidesverweigerung. a) **RG.** VII. WarnE. **11** 111, R. **11** Nr. 805 (Hamburg). Annahme, daß der Eid verweigert sei, da der Schwurpflichtige erklärt hatte, daß er den Eid nur in einer abgeänderten Form, die er beantrage, leisten könne, diese Abänderung nach Lage der Sache aber ausgeschlossen war. Vgl. hierzu § 469. **b)** R. **11** Nr. 1784 (Braunschweig). Wenn der Schwurpflichtige nach seinen Auslassungen den Eid nicht leisten kann, ohne die Eidespflicht zu verletzen, so hat der Richter dessen Verlangen, ihm trotzdem den Eid abzunehmen, nicht Folge zu leisten. Ist die Eidesleistung durch Beweisbeschluß angeordnet, so wird dieser aufgehoben, da eine zugestandene Tatsache des Beweises nicht mehr bedarf. Ist der Eid durch bedingtes Endurteil auferlegt, so liegt eine — wenn auch nicht ausdrücklich erklärte — Eidesverweigerung vor. Wenn der Schwurpflichtige gleichwohl Eidesabnahme verlangt, so widerspricht er sich. Bei diesem Widerspruche muß man sich um so mehr an die allein der Sachlage entsprechende Weigerung halten, als die Bereitwilligkeit zur Eidesleistung der Rechtsordnung (§§ 153, 163 StGB.) zuwiderläuft und deshalb nicht zu beachten ist. **c)** **RG.** II. JW. **11** 45, SächsRpflA. **11** 557, R. **11** Nr. 3931. Wenn ein Schwurpflichtiger Erklärungen abgibt, die unmittelbar das Gegenteil des von ihm zu Beschwörenden besagen oder offensichtlich damit unvereinbar sind, so ist ein solches Verhalten, trotz der Bereitwilligkeit den Eid zu leisten, gleich einer Weigerung zu beurteilen. Ein solcher Fall liegt nicht vor, wenn es sich darum handelt, ob vor einem gewissen Zeitpunkt eine bestimmte Vereinbarung nicht getroffen ist, das Gericht aber aus einem, im Eidesleistungstermine vorgelegten, aus einer späteren Zeit stammenden Vertrage schließt, daß eine der Eidesleistung entgegenstehende Vereinbarung schon vor dem maßgebenden Zeitpunkte getroffen sei. Diese Erwägungen möchten genügen, wenn es sich in dem vor dem bedingten Endurteile liegenden Verfahrensabschnitte darum gehandelt hätte, nach freier Überzeugung eine Feststellung im Sinne des jetzt Angenommenen zu treffen. Jetzt aber, nachdem der Eid einmal auferlegt war, hat der Schwurpflichtige die Entscheidung in der Hand.

2. Irrtum bei der Eidesverweigerung. **RG.** I. WarnE. **11** 225. Die Eidesweigerung ist, wie überhaupt prozessuale Erklärungen, nach Maßgabe des § 119 BGB. nicht anfechtbar. Jedoch liegt eine Eidesweigerung im Sinne der ZPO. nicht vor, wenn der Eidespflichtige nachweislich über den Inhalt der erklärten Weigerung im Irrtume war oder sie in Wirklichkeit nicht erklären wollte.

3. Folge der Eidesverweigerung. **RG.** VI. JW. **11** 489, R. **11** Nr. 3687. Durch die Verweigerung des Beschlußeids — daß die Klägerin den beiden Beklagten oder einem von ihnen die fraglichen Beträge nicht als Darlehen gegeben habe — ist das Gericht in seinen Feststellungen nicht gebunden. Ein solcher Eid ist wegen Unbestimmtheit unerheblich. Er steht der Feststellung, daß die Klägerin die Beträge keinem von beiden gegeben hat, nicht entgegen.

§ 469. **RG.** VII. WarnE. **11** 111, R. **11** Nr. 805. Das Berufungsgericht hat auf die ausdrückliche oder aus seinem Verhalten zu entnehmende Erklärung des Schwurpflichtigen hin, daß er den Eid nur nach einer Abänderung durch das Gericht leisten könne, ohne weiteres das Urteil verkündet und in diesem den Eid für verweigert erklärt und demgemäß in der Sache selbst entschieden, ohne vorher über den Antrag auf Abänderung zu entscheiden. Hierzu war das Gericht nach Lage des Falles berechtigt, da die beantragte Änderung keinen nebensächlichen Umstand, sondern gerade diejenige Tatsache betraf, auf welche das bedingte Endurteil Gewicht legt, eine Änderung nach § 469 also ausgeschlossen war. Es lag also für den Fall, daß das Gericht die Änderung ablehnte, eine Eidesverweigerung im Sinne des § 464 Abs. 2 vor und es bedurfte, um dies festzustellen, nicht erst noch einer weiteren Verhandlung mit dem Schwurpflichtigen und mithin auch nicht der Verkündung eines besonderen, den Abänderungsantrag ablehnenden Beschlusses.

§ 475. 1. **RG.** III. SeuffA. **66** 253, R. **11** Nr. 370. Die Auferlegung eines richterlichen Eides kann nicht mit der Begründung abgelehnt werden, daß die betreffenden Handlungen weder in Handlungen des Beklagten oder eines Vertreters bestanden, noch Gegenstand seiner Wahrnehmung gewesen seien, denn für den richterlichen Eid gilt der § 445 nicht.

2. **RG.** VI. JW. **11** 53, WarnE. **11** 64 Nr. 60, R. **11** Nr. 183. Da der der Klägerin zugeschobene Eid nur in der Überzeugungsform auferlegt werden konnte, lag die Erwägung nahe, ob etwa statt dessen auf einen richterlichen Eid für die Beklagte zu erkennen sei. Allerdings steht dies im Ermessen des Berufungsgerichts und es bedarf keineswegs immer einer besonderen Begründung, wenn von der Auferlegung eines richterlichen Eides abgesehen wird; im vorliegenden Falle aber läßt sich bei dem Schweigen der Urteilsgründe die Möglichkeit nicht von der Hand weisen, daß sich das Berufungsgericht seiner Befugnis, den Überzeugungseid der Klägerin durch einen Wahrheitseid der Beklagten zu ersetzen, nicht bewußt gewesen sei.

§ 476. **RG.** VI. **76** 313 JW. **11** 717, BayRpflZ. **11** 337, WarnE. **11** 420 Nr. 376, R. **11** Nr. 3519. Unzulässig ist die Auferlegung eines Eides an einen von mehreren Streitgenossen, wenn der Eid nicht zu seiner eigenen Entlastung, sondern ganz allein zur Belastung seiner Streitgenossen dienen soll.

Elfter Titel. Verfahren bei der Abnahme von Eiden.

§ 478. Verstoß gegen die Parteiöffentlichkeit bei der Eidesleistung. Vgl. § 357.

§ 479. Verstoß gegen die Parteiöffentlichkeit bei der Eidesleistung. Vgl. § 357.

Zwölfter Titel. Sicherung des Beweises.

§ 485. 1. JW. **11** 615, 616 (KG.). Im Beweissicherungsverfahren ist die Bestimmung eines gemeinschaftlichen Gerichtsstandes nach § 36 Nr. 3 nicht zulässig (Langenbach, Eine Lücke in der Zivilprozeßordnung).

2. Streitwert. RheinA. **108** I 211 (Cöln). Der Streitwert bestimmt sich durch den Wert des Anspruchs, zu dessen Beweise das Verfahren beantragt ist und nach dem im Prozesse die Beweisgebühr zu berechnen wäre. Nicht maßgebend ist das Interesse, das der Antragsteller an der sofortigen Vornahme gerade der erbetenen Beweisaufnahme hat.

§ 486. **RG.** III. JW. **11** 286, WarnE. **11** 225, R. **11** Nr. 1105. Durch die Aufnahme eines Beweissicherungsgesuchs in die Klageschrift, von der nur eine von dem Anwalte nicht unterschriebene Abschrift zu den Gerichtsakten eingereicht wird, ist der Vorschrift des § 486 nicht genügt. Bis zum Erlasse des Urteils des RG., welches in der offiziellen Sammlung **RG. 66** 368 veröffentlicht ist und diesen Satz

zum erstenmal aufstellte, konnte jedoch dem Anwalte, der diesen Satz nicht berücksichtigte, bei der Streitigkeit der Frage in der Literatur kein Vorwurf gemacht werden.

§ 487. 1. Hat bei dem Antrag auf Beweissicherung das Gericht die Erheblichkeit zu prüfen? SeuffA. **66** 479, OLG. **23** 186 Anm. 1, HansGZ. **11** Beibl. 228, R. **11** Nr. 2606 (Hamburg). Der Antrag ist jedenfalls dann zurückzuweisen, wenn es klar ist, daß es aus Rechtsgründen nicht auf die unter Beweis gestellten Tatsachen ankommen kann.

2. Ziff. 3. HansGZ. **11** Beibl. 169, R. **11** Nr. 573 (Hamburg). In dem Antrag, einen von der Handelskammer zu ernennenden Sachverständigen zu vernehmen, kann eine genügende Benennung des Sachverständigen gemäß der Vorschrift des § 487 Nr. 3 gefunden werden. In einem solchen Falle hat aber der Antragsteller das Recht, den Sachverständigen zu benennen, auf die Handelskammer übertragen. Die Folge ist, daß die Partei, ebensowenig wie sie den von ihr selbst genannten Sachverständigen ablehnen kann, auch nicht den von der Handelskammer genannten Sachverständigen ablehnen darf.

§ 488. OLG. **23** 185 (Hamburg). § 488 setzt voraus, daß die Mängel noch festzustellen sind. Die Berechtigung der Partei ist erloschen, wenn eine solche Feststellung, gleichviel, ob mit positivem oder negativem Erfolg, innerhalb oder außerhalb des Prozesses, bereits stattgefunden hat.

§ 492. Abs. 1. R. **11** Nr. 574 (Jena). Die Ablehnung eines Sachverständigen im Beweissicherungsverfahren ist unzulässig.

Zweiter Abschnitt. Verfahren vor den Amtsgerichten.

Vor § 495. Literatur: Dreyer, Die künstliche Erhöhung der Zuständigkeit des Amtsgerichts und ihre Vereitelung im Wege der negativen Feststellungsklage, DRZ. **11** 702—704. — Heyden, Eine Härte im amtsgerichtlichen Prozeßbetriebe, DJZ. **11** 1084—1086. — Jastrow, Der Einfluß der Zivilprozeßnovelle auf das amtsgerichtliche Verfahren, JW. **11** 17—22. — Saar, Was hat uns die Zivilprozeßnovelle nicht gebracht? DRZ. **10** 254—259. — Saar, Die künstliche Erhöhung der Zuständigkeit des Amtsgerichts, DRZ. **10** 448—449. — Strauß, Die künstliche Erhöhung der Zuständigkeit des Amtsgerichts, DRZ. **10** 498. — Volkmar, Die Bewährung der Amtsgerichtsnovelle, DJZ. **11** 507—513.

I. Die Beurteilung der Novelle. 1. Jastrow, JW. **11** 17—22, bespricht die wesentlichen Neuerungen der Novelle: a) die Erhöhung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit, die Einführung des Amtsbetriebs (die er lediglich für die Zustellung der Schriftsätze tadelt), die Umgestaltung der mündlichen Verhandlung (§ 502), die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch die Möglichkeit der sofortigen Beweisaufnahmen (die er für durchaus unpraktisch erklärt), die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen (bisher fast gar nicht erprobt), das Mahnverfahren (Schwierigkeiten machen für das nach erhobenem Widerspruch ergehende Versäumnisurteil die Vereinbarung des Erfüllungsorts, vgl. unten § 689, und die vorläufige Vollstreckbarkeit); b) die sich auf das allgemeine Verfahren beziehenden Änderungen: die Nichtbeeidigung interessierter Zeugen (die Jastrow auf alle Vertreter einer Partei, insbesondere Reisende und Handlungsgehilfen, ausdehnt, wünschenswert wäre die Ersetzung des rechtlichen Interesses durch jedes tatsächliche Interesse) die nachträgliche Zeugenbeeidung und die Form der Eidesleistung. — Jastrow gibt folgendes Allgemeinurteil über die Novelle: Geschadet hat sie nirgends und in bescheidenen Grenzen stiftet sie Vorteil. Den Amtsgerichtsprozeß als großes und ganzes betrachtet, aber hat sie im wesentlichen unberührt gelassen. Meist geht es so weiter wie früher.

2. Saar, DRZ. **10** 254—259. Die vielgepriesene Verbilligung und Beschleunigung des Verfahrens ist ausgeblieben. Es fehlt die dringend erforderliche

Anerkennung der Wahrheitspflicht im Prozeß und das Vertagungsunwesen besteht nach wie vor.

3. Volkmar, DJZ. **11** 507—513. Die Novelle hat sich im wesentlichen bewährt.

II. Die künstliche Erhöhung der Zuständigkeit des Amtsgerichts durch Einklagung von Teilbeträgen. a) Saar, DRZ. **10** 448—449. Gegen die künstliche Erhöhung der Zuständigkeit des Amtsgerichts durch die Einklagung von Teilbeträgen — bis zu 1200 M. — ist der Beklagte wehrlos. Erhebt der Beklagte gegen eine Teilklage Widerklage auf negative Feststellung des Ganzen, so gilt diese nach Stein, Novelle § 506 Note I Ziff. 1 nur für den überschießenden Teil, im übrigen ist sie eine rechtlich bedeutungslose Einkleidung des Antrags auf Klagabweisung. b) Strauß, DRZ. **10** 498. Die Ansicht von Stein ist unrichtig, wenn erst eine Teilklage erhoben ist, richtig jedoch, wenn bereits alle Teilklagen anhängig und verbunden sind. c) Dreyer, DRZ. **11** 702—704, tritt dem Ergebnisse von Strauß bei.

III. Heyden, DJZ. **11** 1084—1086. Die Geltung des § 218 im amtsgerichtlichen Verfahren kann zu schweren Unzuträglichkeiten führen.

§ 496. 1. Genügt die Beglaubigung der Klagabschrift durch den Rechtsanwalt? Vgl. oben § 210.

2. Abs. 3. „Demnächst". Kraemer, DJZ. **11** 336. „Demnächst" heißt, daß das Zustellungsverfahren durch die Partei, auf deren Veranlassung die Zustellung betrieben wird, keine Verzögerung erleidet. Im übrigen sind die bei der Auslegung des § 207 durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätze anzuwenden.

3. Abs. 6. *Reichel, BuschsZ. **42** 194. Auch die nach § 496 Abs. 6 erteilte verkürzte Ausfertigung muß die Unterschrift des Richters (abschriftlich) enthalten. Denn die Partei, welche die Ausfertigung erwirkt, hat ein Recht darauf, aus der Ausfertigung selbst zu ersehen, daß dem Erfordernisse des § 317 ZPO. genügt ist.

§ 505. Literatur: Die Verweisung nach § 505 ZPO., DJZ. **11** 754 — 756. — Levin, Zur Anwendung des § 505 ZPO., JW. **11** 142—143.

1. Vereinbarung eines anderen Gerichtsstandes nach Klagerhebung. Levin, JW. **11** 142—143. Auf Fälle, in denen die Parteien nach Erhebung der Klage vor einem an sich zuständigen Gericht einen anderweiten Gerichtsstand vereinbaren — wie es in Berlin vielfach zur Verlegung des Gerichtsstandes nach dem AG. Berlin-Mitte geschieht —, ist § 505 nicht anwendbar. Es geht nicht an, von einer Unzuständigkeit des Gerichts zu sprechen, die auf einer nachträglichen Vereinbarung der Parteien beruht. Die Abrede mag den Kläger hindern, den Rechtsstreit weiter bei dem angerufenen Gerichte zu verfolgen, ihn zwingen, die Klage zurückzunehmen. Aber für eine Verweisung nach § 505 ist kein Raum. Dies ist auch der Standpunkt der Motive zur Novelle.

2. Verweisung, wenn nur noch die Kosten streitig sind. JW. **11** 1020 (LG. Hannover). Auch wenn nach Erledigung der Hauptsache nur noch Streit über die Kosten besteht, hat gemäß § 505 Abs. 1 die Verweisung an das Gericht zu erfolgen, welches im Augenblicke der Klagerhebung zuständig war.

3. Verweisungsantrag des Beklagten. Bumke, DJZ. **11** 754—756. Der Verweisungsbeschluß auf Antrag des Beklagten, der die Einrede der örtlichen Zuständigkeit erhoben hatte, ist gesetzwidrig und mit der Beschwerde anfechtbar, gemäß analoger Anwendung von § 252. Der Beschluß kann sogar von dem Gericht, an welches die Verweisung erfolgt ist, ignoriert werden. § 505 Abs. 2 gilt nur bei einem dem Gesetz entsprechend auf Antrag des Klägers ergangenen Beschluß.

4. Mündliche Verhandlung vor Verweisung. SchlHolstAnz. **11** 368 (Kiel). Der Beschluß auf Verweisung des Rechtsstreits an das zuständige Gericht kann nur auf Grund mündlicher Verhandlung erlassen werden.

5. Ist die Verweisung an ein Sondergericht zulässig? a) JW. **11** 959 (KG.) in Bestätigung von LG. Guben. Die Verweisung ist unzulässig. b) Ebenso OLG. **23** 186 Anm. 2, BadRpr. **11** 178 (Karlsruhe). c) Dagegen JW. **11** 731, SchlHolstAnz. **11** 238 (LG. Kiel). Die Vorschrift des § 505 findet auch auf das Verfahren vor den Gewerbegerichten Anwendung. Die maßgebende Bestimmung enthält § 26 GewGG. Hiernach ist § 505 entsprechend anwendbar. Entscheidend ist die Frage, ob zwischen der Organisation der ordentlichen Gerichte und derjenigen der Gewerbegerichte gewissermaßen ein unüberbrückbarer Abgrund klafft, so daß beide Gebilde völlig andersartige wären. Das Gegenteil ist der Fall; der § 55 GewGG. hat von diesen Sondergerichten zu den ordentlichen Gerichten eine breite Brücke geschlagen, indem er die Berufungen gegen die Urteile der GewG. den LG. zuweist. Ein solcher Übergang steht organisatorisch auf keiner anderen Stufe wie eine nach § 505 erfolgende Überweisung an das AG.

6. Ist bei unzulässiger Verweisung an ein Sondergericht (oben Nr. 5) Beschwerde zulässig oder ist der Beschluß bindend? a) JW. **11** 959 (KG.) in Bestätigung von LG. Guben. Beschwerde ist zulässig. § 505 Abs. 2 findet keine Anwendung. Die Zulässigkeit der Beschwerde ergibt sich aus § 567. Durch den angefochtenen Beschluß ist ein das Prozeßverfahren betreffendes Gesuch des Beschwerdeführers, nämlich sein Antrag auf Klagabweisung zurückgewiesen worden. b) Dagegen für Unanfechtbarkeit OLG. Posen JDR. **9** Nr. 3 f jetzt auch OLG. **23** 64. c) Ebenso OLG. **23** 186 (Posen). d) Ebenso SeuffBl. **11** 215, OLG. **23** 65, R. **11** Nr. 2195 (München). Das Gewerbegericht, an welches der Rechtsstreit verwiesen worden ist, hat schon formell nicht die Berechtigung, die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses im Beschwerdewege zu beantragen. Das Beschwerderecht steht nur den Parteien, Streitgenossen und ihren Vertretern zu. Außerdem ist der Beschluß gemäß § 505 Abs. 2 bindend.

§ 508. 1. Zustellung des Urteils von Amts wegen? a) KGBl. **11** 45 (LG. I Berlin). Der Gerichtsschreiber des AG. hat ein Urteil nicht von Amts wegen, sondern nur zuzustellen, wenn die Partei die Zustellung beantragt. Hierzu würde genügen, wenn die Partei wenigstens die Erteilung einer Urteilsausfertigung beantragt. b) Hierzu KGBl. **11** 77 (KGPräsident). Nach der Auffassung der Justizverwaltung, wie sie in der Geschäftsordnung für die Gerichtsschreibereien der Amtsgerichte zum Ausdrucke gelangt ist, hat der Gerichtsschreiber allerdings nicht die Zustellung von Amts wegen zu veranlassen, aber den vermuteten Parteiauftrag, die Zustellung zu vermitteln, der in dem Antrag auf Erlaß des Versäumnisurteils erblickt wird, auszuführen und demnach ohne weiteres einen Gerichtsvollzieher mit der Zustellung zu beauftragen (§ 21 Abs. 2 a, 6 GeschO.). Will der Gläubiger ausnahmsweise die Zustellung noch nicht, so ist es geboten, bei der Erwirkung des Versäumnisurteils ausdrücklich zu erklären, daß er selbst einen Gerichtsvollzieher mit der Zustellung beauftragen wolle.

2. Abs. 2. BadRpr. **11** 81 (AG. Lahr). Infolge der Änderung der Novelle 1909 kann der Fall eintreten, daß das Wiedereinsetzungsgesuch rechtzeitig innerhalb zwei Wochen, dagegen der damit zu verbindende Einspruch verspätet (nach der ersten Woche) eingelegt wird. Hier liegt eine Lücke im Gesetze vor.

§ 510b. Literatur: Pünder, Die Verbindung der durch Nichterfüllung eines rechtskräftig festgestellten Anspruchs bedingten Ersatzklage mit der primären Leistungsklage, BuschZ. **41** 47—58.

*Pünder. Die einzige Neuerung besteht darin, daß jetzt im amtsgerichtlichen Verfahren, wenn der primäre Anspruch auf Vornahme einer Handlung gerichtet ist, das Gericht die Verbindung beider Klagen auch dann zulassen kann, wenn die Besorgnis, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, nicht

besteht. Denn abgesehen von den Fällen, wo diese Besorgnis fehlt, ist die Verbindung beider Klagen nach altem und nach neuem Rechte, im landgerichtlichen Verfahren sowohl wie im amtsgerichtlichen, zulässig auf Grund von § 255 in Verbindung mit §§ 259, 260 ZPO. und 283 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Drittes Buch. Rechtsmittel.

Erster Abschnitt. Berufung.

Vorbemerkung: Die Zulässigkeit der Aburteilung eines Eventualantrags, wenn in erster Instanz nur über den Hauptantrag erkannt ist, wird von **RG.** II ausführlich begründet (§ 537).

§ 511. 1. SeuffA. **66** 338, OLG. **23** 187 (München). Gegen ein in der Berufungsinstanz der Hauptsache ergangenes erstmaliges Urteil auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist die Berufung unzulässig. Vgl. ebenso OLG. Stuttgart JDR. **6** § 511 Ziff. c (= JDR. **8** Nr. 1 b).

2. Beschwer im Eheprozesse. a) **RG.** IV. JW. **11** 718. An der Rechtsprechung, wonach der Ehescheidungskläger, der außer Ehebruch noch andere Scheidungsgründe geltend gemacht hat, nicht beschwert wird durch eine Entscheidung, welche nur wegen des anderen Grundes und nicht auch wegen Ehebruchs der Ehe scheidet, ist festzuhalten (**RG. 55** 244). **b)** **RG.** IV. GruchotsBeitr. **55** 1084, SeuffBl. **11** 635, WarnE. **11** 429. Der Kläger oder Widerkläger, auf dessen Antrag die Ehescheidung ausgesprochen ist, kann gegen das Scheidungsurteil Berufung auch lediglich zu dem Zwecke einlegen, um nachträglich den Scheidungsantrag in den Antrag auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft umzuwandeln.

3. Berufung eines Prozeßunfähigen. OLG. **23** 187 Anm. 1 (KG.). Die Berufung einer prozeßunfähigen Klägerin gegen das die Klage aus sachlichen Gründen abweisende Urteil ist zulässig und führt zu der Abweisung der Klage angebrachtermaßen ohne Sachentscheidung.

4. Berichtigung eines Urteils im Wege der Berufung s. § 319 Nr. 5.

5. Berufung oder Ergänzungsurteil wegen Übergehung von Anträgen des Beklagten im Urteile des LG.? S. § 321.

§ 514. 1. Unmittelbare Erklärung ist erforderlich. Hans. GZ. **11** Beibl. 52 (Hamburg). Verzicht auf Berufung fordert eine unmittelbare Erklärung vor Gericht oder doch gegenüber dem Prozeßgegner.

2. Kostenerstattung kein Verzicht. HansGZ. **11** Beibl. 52 (Hamburg). Erstattung der durch das später angefochtene Urteil zuerkannten Kosten ist kein Verzicht.

3. Einschränkung der Berufung. a) OLG. **23** 188 (Marienwerder). Die Erklärung in der Berufungsschrift: „Das Urteil wird in Höhe von 500 M. angefochten" ist nicht nur die Ankündigung einer Absicht, das Rechtsmittel in einem bestimmten Umfange nicht anzuwenden, sondern die endgültige unzweideutige Erklärung, das zustehende Rechtsmittel nicht zu gebrauchen, d. h. auf dieses Rechtsmittel, soweit das Urteil über 500 M. ergangen ist, zu verzichten. **b)** Dagegen HansGZ. **11** Beibl. 52 (Hamburg). Einschränkung der Anfechtung des Urteils ist kein Verzicht hinsichtlich des nicht angefochtenen Teiles des Urteils.

4. Rechtsmittelverzicht in Ehesachen vgl. vor § 606 Nr. II 5.

§ 515. 1. Zurücknahme einer unzulässigen Berufung. ElsLothJZ. **11** 569 (Colmar). Bei Zurücknahme einer verspätet eingelegten Berufung ist die Verwerfung der Berufung als unzulässig gemäß § 535 auszusprechen, wenn die Zurücknahme mit Rücksicht auf die vorhandene Unzulässigkeit erfolgt, da

in diesem Falle die Zurücknahme nicht die Bedeutung eines Verzichts auf das Rechtsmittel haben kann.

2. Anschlußberufung nach Zurücknahme der Berufung und des Einspruchs. OLG. **23** 188 (KG.). Die Berufung kann rechtswirksam ohne Einwilligung des Beklagten noch im Termin über den Einspruch, (nach Zurückweisung der Berufung durch Versäumnisurteil) zurückgenommen werden, da vor Eintritt der Versäumnis eine Verhandlung des Beklagten noch nicht begonnen hatte. Aus der rechtswirksamen Zurücknahme der Berufung folgt aber zugleich, daß die erst nach Ablauf der Berufungsfrist eingelegte Anschlußberufung ihre Wirkung verliert.

3. Versäumniskostenurteil. ThürBl. **58** 11 (Jena). Versäumnisurteil wegen der Kosten kann gegen den Berufungskläger ergehen, ohne daß der Gegner die Rechtzeitigkeit der Berufung oder ihre Rücknahme nachzuweisen braucht.

4. Kosten einer Berufung, die mit Rücksicht auf einen abgeschlossenen Vergleich zurückgezogen wird, vgl. oben § 98 Nr. II 2.

§ 517. Wahrung der Frist vgl. § 518.

§ 518. I. Unrichtigkeiten der Berufungsschrift. 1. Anwaltsbezeichnung. **RG.** VII. GruchotsBeitr. **55** 118. Die (nach altem Rechte erfolgte) Zustellung der Berufungsschrift ist nicht deshalb unwirksam, weil in der Zustellungsurkunde als Auftraggeber der Anwalt erster statt des Anwalts zweiter Instanz angegeben ist. Vgl. oben § 191.

2. Irrige Bezeichnung des Landgerichts. OLG. **23** 189 (Nürnberg). Durch die irrige Bezeichnung des LG. ist die gesetzliche Form der Berufungseinlegung nicht verletzt, wenn im übrigen aus der Berufungsschrift hervorgeht, gegen welches Gericht sich die Berufung richtet.

3. Mangel der Unterschrift. KGBl. **11** 21 (LG. I Berlin). Unzulässigkeit der Berufung, die vom Anwalte des Berufungsklägers nicht unterzeichnet ist.

II. 1. Einwurf in Briefkasten. **RG.** II. **76** 127, JW. **11** 547 Nr. 28, R. **11** Nr. 2184. Die Frist zur Einlegung der Berufung wird durch Einwurf der Berufungsschrift in einen für amtliche Briefschaften des Berufungsgerichts bestimmten am oder im Gerichtsgebäude oder in der Nähe befindlichen Briefkasten nicht gewahrt. Vgl. § 207 Nr. 1.

2. Übergabe der Berufungsschrift am letzten Tage der Frist an den Gerichtsschreiber nach Schluß der Geschäftsräume nach altem und neuem Rechte vgl. § 207 Nr. 2.

III. Über die Frage, ob die Nebenintervention mit der Einlegung der Berufung auch seit den Novellen von 1905 und 1909 verbunden werden kann, vgl. § 66 Nr. III 1.

IV. Abs. 3. OLG. **23** 189 (Colmar). Keine Ablehnung der Terminsbestimmung bei Vorlage einer abgekürzten Urteilsausfertigung.

§ 521. Kosten der nur angekündigten Anschlußberufung. a) FrankfRundsch. **45** 63 (Frankfurt). Die Kosten einer bloß vorbereiteten, aber wegen wirksamer Zurücknahme der Berufung nicht zur gerichtlichen Entscheidung gelangten Anschlußberufung treffen die Partei, die sich der Berufung anschließen wollte. b) R. **11** Nr. 3344 (Cöln). Die Kosten einer angekündigten, aber infolge rechtzeitiger Zurücknahme der Berufung nicht erhobenen Anschlußberufung sind dem Berufungskläger nicht aufzuerlegen.

§ 522. Anschlußberufung nach Zurücknahme der Berufung und des Einspruchs. OLG. **23** 188 (KG.). Die Berufung kann rechtswirksam ohne Einwilligung des Beklagten noch im Termin über den Einspruch (nach Zurückweisung der Berufung durch Versäumnisurteil) zurückgenommen werden, da vor Eintritt der Versäumnis eine Verhandlung des Beklagten noch nicht

begonnen hatte. Ist aber die Berufung rechtswirksam zurückgenommen worden, so kommt die Zurücknahme des Einspruchs, die als erst in zweiter Linie — nämlich für den Fall, daß die Berufungszurücknahme als unwirksam angesehen werden würde — erklärt sich darstellt, nicht mehr in Betracht. Infolge des Einspruchs tritt das Versäumnisurteil außer Kraft. Aus der rechtswirksamen Zurücknahme der Berufung folgt aber zugleich, daß die erst nach Ablauf der Berufungsfrist eingelegte Anschlußberufung ihre Wirkung verliert.

§ 528. 1. Die Einrede des Schiedsvertrags. *Schultzenstein, BuschsZ. **41** 354, 355. Die Einrede des Schiedsvertrags ist in der Berufungsinstanz als zu denjenigen Einreden gehörig, auf welche wirksam verzichtet werden kann, im Falle der durch Abs. 1 vorgeschriebenen Glaubhaftmachung nachholbar und bei Anordnung der abgesonderten Verhandlung über sie durch das Gericht prozeßhindernd.

2. Abs. 1 Satz 2. **RG.** JDR. 8 Nr. 1 (= **9** Nr. 1) jetzt auch SeuffA. **66** 45.

§ 529. I. Abs. 1. Neue Tatsachen nach Zurückverweisung. **RG.** I. JW. **11** 659 Nr. 37. Das nach Zurückverweisung vom RG. erneut entscheidende Berufungsgericht darf sein Urteil zwar auf neu vorgebrachte Tatsachen, aber nicht auf neue, früher nicht angezogene Rechtssätze stützen, wenn es dadurch mit der rechtlichen Beurteilung in Widerspruch tritt, welche das RG. zugrunde gelegt hat (vgl. § 565 Nr. I 1).

II. Abs. 2. Neue Ansprüche. 1. Klagerweiterung durch Anschlußberufung. R. **11** Nr. 1177 (BayObLG.). Die Vorschrift ist nicht auf Widerklage und Inzidentklage beschränkt, sondern umfaßt auch die Anschließung zwecks Klagerweiterung.

2. Dingliche Hypothekenklage und persönliche Schuldübernahme. **RG.** V. JW. **11** 373 Nr. 36. Ein neuer Anspruch liegt vor, wenn die ursprünglich nur dinglich erhobene Hypothekenklage später auf persönliche Schuldübernahme gestützt wird. Dies gilt, obwohl schon der Klagantrag ausdrücklich dahin ging, daß die Beklagte nicht nur zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Pfandgrundstück, sondern auch zur Zahlung der genannten Beträge verurteilt werden sollte.

3. Anfechtungsklage des Konkursverwalters. **RG.** VII R. **11** Nr. 3932. Es stellt die Erhebung eines neuen Anspruchs in der Berufungsinstanz dar, wenn der Konkursverwalter in derselben seine Anfechtung nicht bloß, wie in erster Instanz, gegen eine, sondern jetzt auch gegen eine fernere vom Beklagten gegen den Schuldner erwirkte Forderungspfändung richtet. Jede der Pfändungen bildete eine besondere selbständige Rechtshandlung, und die zweite erzeugte ein neues selbständiges, wenn auch demselben Sicherungs- und Befriedigungszwecke dienendes Pfandrecht. Jede der beiden Pfändungen konnte wirkungslos sein, ohne daß die andere hiervon berührt wurde. Darin zeigt sich schon die Selbständigkeit beider.

4. Anfechtungseinrede. **RG.** VII. GruchotsBeitr. **55** 1067. Die auf Grund des AnfG. erhobene Anfechtungseinrede gehört nicht zu den im § 529 Abs. 2 erwähnten neuen Ansprüchen.

5. Über Schadensersatzanspruch in der Berufungsinstanz, nachdem Beklagter der Verurteilung zur Rechnungslegung nicht genügt hat vgl. § 254 Nr. 3.

III. Abs. 3. 1. Anfechtung keine Aufrechnung. **RG.** VII. GruchotsBeitr. **55** 1067. Die auf Grund des AnfG. erhobene Anfechtungseinrede kann nicht als Aufrechnungseinrede beurteilt werden.

2. Keine Zurückweisung, wenn spruchreif. a) **RG.** II. JW. **11** 407, SeuffA. **66** 339, LeipzZ. **11** 384 Nr. 31, R. **11** Nr. 1606. Die Zurückweisung der auf Aufrechnung gegründeten Einwendung ist dann nicht geboten, wenn die Ein-

wendung ohne weiteres sich als spruchreif darstellt. Das Berufungsgericht ist nicht gehindert, die spruchreife Einwendung sofort zurückzuweisen. Ebenso b) SächsRpflA. **11** 560 (Dresden).

3. Die Erklärung des Klägers „er widerspreche den Anführungen des Beklagten". **RG.** I. 8. 7. 11, **77** 29, JW. **11** 816 Nr. 29, R. **11** Nr. 2941. In entsprechender Anwendung von § 269 ist eine Einwilligung des Klägers schon dann anzunehmen, wenn er sich, ohne verspätetes Vorbringen zu rügen, in mündlicher Verhandlung auf die Gegenforderung eingelassen hat. Dies liegt vor, wenn der Kläger lediglich erklärt, er widerspreche den Anführungen des Beklagten. Diese Erklärung enthält nur das Bestreiten der Tatsachen, nicht auch einen Protest gegen die prozessuale Zulässigkeit.

4. **RG. 76** 345. Der Beklagte ist nicht dadurch beschwert, daß das Gericht seine Einwendungen nicht auf Grund des § 529 Abs. 4, sondern als sachlich unbegründet zurückgewiesen hat.

§ 533. Abs. 2. Wirksamkeit eines in erster Instanz geleisteten Eides. **RG.** JDR. **9** jetzt auch SeuffA. **66** 372.

§ 534. OLG. **23** 190 (KG.). Beantragt der Gläubiger und Berufungskläger, das erste Urteil, soweit es den Beklagten gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar verurteilt, für unbedingt vollstreckbar zu erklären, so hat der Beklagte keinen Anspruch auf Abwendung der Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung.

§ 535. ElsLothJZ. **11** 569 (Colmar). Bei Zurücknahme einer verspätet eingelegten Berufung ist die Verwerfung der Berufung als unzulässig gemäß § 535 auszusprechen, wenn die Zurücknahme mit Rücksicht auf die vorhandene Unzulässigkeit erfolgt, da in diesem Falle die Zurücknahme nicht die Bedeutung eines Verzichts auf das Rechtsmittel haben kann.

§ 536. BreslauAK. **11** 64 (LG. Breslau). Das Berufungsgericht ist befugt, auch über den Parteiantrag hinaus einen von der Vorinstanz zum Erkenntnisse gestellten Eid, wenn es ihn für unerheblich hält, in Wegfall zu bringen. Das bedingte Endurteil enthält die Anordnung einer Beweisaufnahme und hieran ist die zweite Instanz nicht gebunden.

§ 537. Bei eventueller Klagehäufung erwächst der Eventualantrag ohne weiteres in die Berufungsinstanz, wenn nach dem Hauptantrag erkannt ist und hiergegen vom Beklagten Berufung eingelegt wurde. **RG.** II. 13. 10. 11, **77** 120, JW. **12** 43. Die eventuelle Klagenhäufung in der Weise, daß in einer Klage auf Grund zwei verschiedener Tatbestände zwei verschiedene Ansprüche (Anträge) erhoben werden, ist zulässig (vgl. oben § 260 Nr. 1). Die Zulässigkeit der Aburteilung des Eventualanspruchs durch das Berufungsgericht ergibt sich daraus, daß der Hauptanspruch nicht als ein isoliert dastehender, sondern als ein den gleichzeitig miterhobenen Aushilfsanspruch bedingender geltend gemacht wird. Damit erstreckt sich nach dem Willen des Klägers selbst der Willensinhalt des Urteils auch auf das Bestehen oder Nichtbestehen des bedingten Aushilfsanspruchs, es hat also auch über ihn „erkannt". Jedoch bedarf es dieses Erfordernisses nicht einmal. § 537 gilt nicht ausnahmslos und findet für Ansprüche, bei denen eine erst richterliche Entscheidung ausgeschlossen ist, keine Anwendung (vgl. §§ 529 Abs. 2, 268 Nr. 2, 3). In gleicher Lage wie diese erst in der Berufungsinstanz neu erhobenen Ansprüche befinden sich aber Aushilfsansprüche, die sich durch die Zuerkennung des Hauptanspruchs für Kläger und Gericht erledigt haben. Wird die Wirkung jener Entscheidung durch Einlegung der Berufung aufgehoben, so wird diese Erledigung wieder in Frage gestellt und es erwächst dann mit dem ganzen Rechtsstreit auch der unerledigt gebliebene Aushilfsanspruch ohne weiteres an das Berufungsgericht, da die im § 537 aufgerichtete Schranke für ihn keine Wirkung haben kann, er vielmehr insoweit dem Grundgedanken des Gesetzes

gemäß den neu erhobenen Ansprüchen gleich zu behandeln ist. — Auch der bloße Antrag des Klägers auf Zurückweisung der Berufung genügt, sofern nicht die Umstände klar ergeben, daß er den Aushilfsantrag fallen lassen will. Anschlußberufung ist nicht nötig.

§ 538. Abs. 1 Ziff. 3. 1. **RG.** JDR. **9** Nr. II 1 jetzt auch SeuffA. **66** 161.

2. **RG.** V. JW. **11** 222. Wenn von drei Beklagten (§§ 826, 830, 840 BGB.) der eine, gegen welchen die Klage in erster Instanz abgewiesen wurde, erst in der Berufungsinstanz verurteilt wird und zwar als Gesamtschuldner mit den anderen Beklagten, deren Berufung zurückgewiesen wird, so muß trotzdem hinsichtlich jenes Beklagten Zurückweisung gemäß § 538 Nr. 3 erfolgen.

3. Analoge Anwendung im Falle von § 254. OLG. **23** 191 (Dresden). Die Vorschrift kann bei analogen Fällen angewendet werden. Auch im Prozeßrechte gilt die Gesetzesanalogie, von der höchstens bezüglich solcher Vorschriften kein Gebrauch zu machen ist, die als Ausnahmen in dem Sinne anzusehen sind, daß sie eine regelwidrige Bestimmung enthalten. Eine derartige Vorschrift ist der § 538 nicht: daher Zurückverweisung, wenn im Falle des § 254 ZPO. durch das angefochtene Urteil der Anspruch eines Handlungsagenten auf den Buchauszug abgewiesen ist, das OLG. ihn aber für begründet hält und nunmehr über die auf Grund desselben zu zahlenden Beträge weiter zu verhandeln ist.

§ 539. 1. Keine Zurückverweisung, wenn durch die Ungenauigkeit des Ausdrucks in der Urteilsformel kein ernstlicher Zweifel über den Sinn und die rechtliche Bedeutung des Urteils begründet wird. **RG.** II. **77** 132. Die Klägerin hatte durch Nichtlieferung seitens des Beklagten angeblich einen Schaden von 41 315,94 M. erlitten und beantragt, den Beklagten zu verurteilen a) an sie 27 472,79 M. zu zahlen, b) anzuerkennen, daß die dem Beklagten gegen sie zustehende Restforderung von 13 843,15 M. durch Aufrechnung mit einer gleich hohen Schadensersatzforderung erloschen sei. Das Landgericht erklärte „den Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt". Das Berufungsgericht hat die Urteilsformel als unklar beanstandet, weil zwei Klagansprüche geltend gemacht seien, und zurückverwiesen, Dies wird vom RG. nicht gebilligt, da es nach Lage der Sache keinem Zweifel unterliege, daß das Landgericht mit den Worten „der Klaganspruch" die beiden geltend gemachten Klagansprüche gemeint hat, die sich in gleicher Weise auf den Schadensersatzanspruch der Klägerin stützten.

2. **RG.** IV. R. **11** Nr. 575. Ungenügende Begründung der einzelnen Klageposten in einem Zwischenurteil über den Grund ist kein Verfahrens-, sondern ein Spruchfehler.

3. **RG.** II. JW. **11** 189, WarnE. **11** 147, LeipzZ. **11** 299 Nr. 27, R. **11** Nr. 366. Prozessual unzulässig ist eine Entscheidung des Berufungsgerichts über den Grund des Anspruchs und gleichzeitige Zurückverweisung hinsichtlich des Betrags nach § 539. Das Berufungsgericht muß entweder ganz aufheben und zurückverweisen oder, ohne von § 539 Gebrauch zu machen, zur Sache auch über den Betrag erkennen.

4. **RG.** I. JW. **11** 101 Nr. 29. Fall der Zurückverweisung vom RG. an LG.

§ 542. Versäumniskostenurteil. ThürBl. **58** 11 (Jena). Versäumnisurteil wegen der Kosten kann gegen den Berufungskläger ergehen, ohne daß der Gegner die Rechtzeitigkeit der Berufung oder ihre Rücknahme nachzuweisen braucht.

Zweiter Abschnitt. Revision.

Vorbemerkung: Mit der Veränderung des Beschwerdegegenstandes nach Einlegung der Revision befassen sich mehrere, einander widersprechende Entscheidungen (§ 546 Nr. V). Als der für die Zulässigkeit maßgebende Zeitpunkt wird von **RG.** II die mündliche Verhandlung, von **RG.** V die Einlegung der Revision betrachtet; von einer Plenar-

entscheidung ist bisher abgesehen worden (vgl. § 546 Nr. V 1 einerseits, 2a und b andererseits).

Literatur: Ott, Die in Österreich geplante Beschränkung der Revision mit Rückblicken auf deren Geschicke in Deutschland. Wien und Leipzig 1911. — Silberschmidt, Die deutsche Rechtseinheit. (Beiheft Nr. 8 für die Mitglieder der Internat. Verein. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie.) Berlin und Leipzig 1911. — Zeiler, Ein Gerichtshof für bindende Gesetzesauslegung. München und Berlin 1911.

§§ 545 ff. Reformfragen. 1. Ott geht davon aus, daß die Aufgabe der Revision nicht nur die Wahrung der Rechtseinheit, sondern auch eine oberrichterliche Kontrolle sein müsse. Er bespricht sodann die verschiedenen Abhilfsmittel, verwirft insbesondere auch die Erhöhung der Revisionssumme und stimmt schließlich den Kompromißvorschlägen des österreichischen Herrenhauses zu: Ausschließung der Revision gegen bestätigende Berufungsurteile in allen bezirksgerichtlichen Streitsachen, also Annahme des Difformitätsprinzips für bezirksgerichtliche Rechtssachen.

2. Zeiler schlägt die Errichtung eines selbständigen Gerichtshofes für bindende Gesetzesauslegung vor.

§ 545. I. Beschwer. 1. **RG.** IV. BayRpflZ. **11** 137, WarnE. **11** 112, R. **11** Nr. 577. In Ehesachen ist Einlegung der Revision lediglich zwecks Rücknahme der Klage oder Verzichts auf den Klaganspruch zulässig.

2. **RG.** IV. GruchotsBeitr. **55** 1084, SeuffBl. **11** 635, WarnE. **11** 429, R. **11** Nr. 3343. Der Kläger oder Widerkläger, auf dessen Antrag die Ehescheidung ausgesprochen ist, kann gegen das Scheidungsurteil Revision auch lediglich zu dem Zwecke einlegen, um nachträglich den Scheidungsantrag in den Antrag auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft umzuwandeln. Der Gegner ist aber dann zu dem Verlangen auf Scheidung gemäß § 1575 Abs. 1 Satz 2 BGB. berechtigt.

II. Abs. 2. Novelle 1910. **RG.** II. **74** 365, JW. **11** 103, R. **11** Nr. 371. Die Revision ist auch dann unzulässig, wenn im Widerspruchsverfahren gegen eine einstweilige Verfügung die Berufung als unzulässig verworfen ist. Es kommt nur auf den Gegenstand an, auf den sich das Urteil bezieht, nicht auf dessen zufälligen Inhalt.

§ 546. Literatur: Axhausen, Zulässigkeit der Revision und Widerklage. DJZ. 11 1263—1264.

I. Vermögensrechtlicher Anspruch. BayObLG. **11** 695, R. **11** Nr. 355 (BayObLG.). Der Anspruch auf Leistung des zivilrechtlichen Offenbarungseids ist ein vermögensrechtlicher, da die Kläger ihn aus ihrem zweifellos zivilrechtlichen Anspruch herleiten, daß ihnen der Beklagte, als Inhaber des Nachlasses, ihren Erbteil auszahle.

II. Grundsätzliches über den Beschwerdewert. 1. Außergerichtliche Erklärungen. **RG.** VII. JW. **11** 817 Nr. 32, R. **11** Nr. 3521. Eine außergerichtlich und nach Erlaß des Berufungsurteils abgegebene Erklärung, z. B. die Erklärung des Klägers, er werde höhere Ansprüche als 3900 M. nie stellen und verzichte auf weitergehende Ansprüche, ist für den Streit- und Beschwerdewert bedeutungslos.

2. Teil- und Schlußurteil. **RG.** V. JW. **11** 54 Nr. 53, R. **11** Nr. 184. Hinsichtlich der Revisionssumme gelten Teilurteil und Schlußurteil über die Kosten als einheitliches Ganze. Im übrigen ist aber das Schlußurteil selbständig und bedarf selbständiger Anfechtung. Vgl. § 301 Nr. IV.

3. Getrennte Revisionen. **RG.** V. JW. **11** 817 Nr. 31, WarnE. **11** 459, R. **11** Nr. 3217. Keine Zusammenrechnung der Revisionssummen mehrerer Revisionskläger, wenn die Revisionen getrennt in verschiedenen Schriftsätzen eingelegt werden. Auch die nachträgliche Verbindung zur gemeinschaftlichen Verhandlung ändert hieran nichts.

4. Mehrere Klaganträge. RG. VII. JW. 11 222. Wenn mehrere Klaganträge hintereinander mit dem Ziele, einen von ihnen durchzusetzen, angebracht sind und zur Entscheidung stehen, so ist für die Bestimmung des Streitgegenstandes und des Beschwerdegegenstandes derjenige der mehreren Klaganträge maßgebend, welcher den höheren oder den höchsten Wert ergibt.

5. Revision gegen Prozeßabweisung. BayObLG. 11 748, R. 11 Nr. 579 (BayObLG.). Auch wenn die Revision sich nur gegen eine Prozeßabweisung wendet, ist der Beschwerdewert dem vollen Streitwerte gleich.

6. Begrenzung des Beschwerdewerts durch den Streitgegenstand. a) RG. V. WarnE. 11 335. Der Beschwerdewert kann, auch wenn der Beklagte der Revisionskläger ist, den Wert des Streitgegenstandes nicht übersteigen. Will der Beklagte sich einen höheren Streitgegenstand sichern, so muß er Widerklage erheben. Nur im Falle eines Streites über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Grunddienstbarkeit kann der Beklagte als Revisionskläger sich auf sein höheres Interesse im Sinne des § 7 berufen, auch wenn das Interesse des Klägers die Revisionssumme nicht erreicht. Denn er hat nach § 7 das Recht, den Streitgegenstand nach diesem höheren Interesse, das sich, je nachdem er Eigentümer des herrschenden oder des dienenden Grundstücks ist, aus dem Mehrwerte des herrschenden oder aus dem Minderwerte des dienenden Grundstücks ergibt, bemessen zu lassen, auch wenn dies in den Vorinstanzen nicht geschehen ist. Vgl. § 7 Nr. 1. b) Ebenso RG. VI. 15. 5. 11, R. 11 Nr. 2450. Der nach dem Anspruch des Klägers zu bemessende Streitwert bildet stets — abgesehen von § 7 — die oberste Grenze für die Bemessung des Beschwerdewerts. Nicht maßgebend ist, welches Interesse der Beklagte daran hat, den Anspruch des Klägers nicht zu befriedigen. c) Axhausen, DJZ. 11 1263—1264. In allen Fällen, in denen der Streitgegenstand nicht offensichtlich die Revisionssumme übersteigt, der Beklagte aber ein hohes Interesse an der Abweisung der Klage hat, kann sich der Beklagte die Revision nur dadurch sichern, daß er rechtzeitig in I. Instanz eine Feststellungswiderklage erhebt, durch welche sein Interesse an der Bewertung des Streitgegenstandes maßgebend wird.

7. Negative Feststellungsklagen. RG. VI. JW. 11 816 Nr. 27. Bei negativen Feststellungsklagen richtet sich der Wert des Streitgegenstandes, wenn der abgewiesene Feststellungskläger die Revision eingelegt hat, danach, welcher Ansprüche sich der Beklagte berühmt hat, gleichviel, ob dieser insoweit Widerklage erhoben hat oder nicht.

III. Beschwerdewert. Einzelfälle. a) RG. VII. JW. 11 546 Nr. 34. Da die Parteien nicht um das Fischereirecht des beklagten Fiskus, sondern um die Ablösbarkeit dieses Rechtes streiten, so ist nicht ohne weiteres der Wert des Fischereirechts, sondern in erster Reihe das Vermögensinteresse maßgebend, das der Fiskus als Rechtsmittelkläger daran hat, daß die Ablösung des Rechtes unterbleibt. b) RG. VI. JW. 11 947. Berechnung einer Revisionssumme bei Schadensersatzanspruch. c) RG. VII. JW. 11 817 Nr. 32. Beispiel der Berechnung des Beschwerdewerts in einer Rentenfeststellungsklage. d) RG. IV. JW. 11 190. Wert des Interesses an der Herausgabe einer Erbvertragsurkunde zur Eröffnung.

IV. Glaubhaftmachung. RG. II. MSchutzuWettbew. 10 215. Die Klägerin hat behauptet, sie habe ihren Betrieb mit dem Warenzeichen verkauft und nach den Verkaufsbedingungen erleide sie für den Fall des rechtskräftigen Verlustes des Rechtsstreits einen die Summe von 2500 M. erheblich übersteigenden Ausfall. Der Vertrag selbst ist nicht vorgelegt worden; sein angeblicher Inhalt wird lediglich in einem Schriftsatz wiedergegeben. Die einfache schriftliche Erklärung der angeblichen Käufer ist keine genügende Glaubhaftmachung für einen ernstlichen Vertrag mit dem angegebenen Inhalte.

V. Veränderungen des Beschwerdegegenstandes nach Einlegung der Revision. 1. Erledigung der Hauptsache nach Einlegung. Maßgebender Zeitpunkt. **RG.** V. 17. 6. 11, JW. **11** 769 Nr. 33, LeipzZ. **11** 779 Nr. 28. Die Zulässigkeit der Revision bestimmt sich nach der Prozeßlage im Zeitpunkt ihrer Einlegung und wird dadurch nicht berührt, daß sich der Rechtsstreit in der Hauptsache nach der Einlegung auf folgende Weise erledigt hat: Der Kläger hatte Revision eingelegt mit dem Antrage „nach seinem Antrag in der Berufungsinstanz zu erkennen oder doch die Beklagten zu verurteilen, ihn von der Wechselschuld zu befreien", dann aber angezeigt, daß er die Bank wegen ihrer Forderung selbst befriedigt und daß diese ihm daraufhin die Grundschuld abgetreten und Wechsel und Pfänder herausgegeben habe. Hiernach hat der Kläger den Beklagten selbst klaglos und nur wegen der Kosten Anträge gestellt. Hierin liegt eine Zurücknahme der Klage (§ 271).

2. Maßgebender Zeitpunkt. Änderung des Umfanges des Beschwerdegegenstandes als solchen oder nur seines Wertes nach Einlegung der Revision? a) **RG.** II. 19. 5. 11, **76** 292, JW. **11** 718, R. **11** Nr. 2944. Noch im Zeitpunkte der mündlichen Verhandlung muß ein die Revisionssumme erreichender Umfang des Beschwerdegegenstandes vorhanden sein. Dieser Umfang ergibt sich aus der Vergleichung des Berufungsurteils mit den Revisionsanträgen. (Die Revision wird auch dann unzulässig, wenn nach ihrer Einlegung, sei es durch zufällige äußere Ereignisse, sei es durch außergerichtliche Handlungen der Parteien der Umfang des Beschwerdegegenstandes die Revisionssumme nicht mehr erreicht.) Davon zu scheiden ist die Wertbemessung des Beschwerdegegenstandes, für welche die §§ 3—9 entsprechend auf den Zeitpunkt der Einlegung des Rechtsmittels anzuwenden sind. Es kam daher vorliegend darauf an, ob infolge des nach Einlegung der Revision über das Vermögen des Beklagten eröffneten Konkurses und des Umstandes, daß nach der Erklärung des Klägers in der Teilungsmasse für die mit der Revision verfolgte Schadensforderung von 5115,85 M. nur eine Deckung von 8 pCt. vorhanden ist, eine Änderung des Umfanges des Beschwerdegegenstandes als solchen oder nur seines Wertes eingetreten ist. Das letztere war anzunehmen, die Revision daher zulässig. b) Ebenso **RG.** II. 29. 9. 11, JW. **11** 988 Nr. 26, LeipzZ. **11** 931 Nr. 32. Es war nicht erforderlich, gegenüber dem Urteile des V. Sen. — oben Nr. 1 —, eine Plenarentscheidung herbeizuführen, da die damalige gemäß § 271 Abs. 3 ergangene Entscheidung nicht auf der gegenteiligen rechtlichen Annahme beruht.

3. Verminderung der Revisionssumme während der Revisionsinstanz infolge eines Vergleichs. **RG.** II. 24. 2. 11, JW. **11** 459, LeipzZ. **11** 460 Nr. 31, HansGZ. **11** Beibl. 278, R. **11** Nr. 1786. Zu berücksichtigen ist auch der von dem Revisionskläger bei der mündlichen Verhandlung in der Revisionsinstanz gestellte Antrag. Hat der Antrag keinen den Betrag der Revisionssumme erreichenden Wert, so ist die Revision jedenfalls dann unzulässig, wenn eine etwa im Laufe der Revisionsinstanz eingetretene Verminderung des Beschwerdewerts nicht ausschließlich auf Handlungen des Revisionsbeklagten, sondern auch auf das Verhalten des Revisionsklägers selbst zurückzuführen ist. Daher ist vorliegend der Vergleich, durch welchen im Laufe der Revisionsinstanz eine Herabsetzung des Wertes des Streitgegenstandes unter den Betrag der Revisionssumme bewirkt wurde, bei der Berechnung der Revisionssumme zu berücksichtigen. Da infolge des Vergleichs eine rechtliche Verpflichtung des Revisionsklägers zur Zahlung der Urteilssumme nicht mehr besteht, kann diese für den Wert des Beschwerdegegenstandes auch nicht maßgebend sein. Das sonstige nach § 3 zu schätzende Interesse des Revisionsklägers an der Aufhebung des Urteils besteht, abgesehen von den noch streitigen

Zinsen und Kosten, nur darin, daß die Gefahr einer Vollstreckung des Berufungsurteils bezüglich der Hauptsumme ihm gegenüber endgültig beseitigt wird.

4. Unzulässige Revision, wenn zwar nach der schriftlichen Revisionsbegründung die Revisionssumme erreicht, dies aber nach den in der mündlichen Verhandlung gestellten Anträgen und vorgetragenen Revisionsgründen nicht mehr der Fall ist; s. § 554 Nr. I 1.

5. Ausnahmsweise Zulässigkeit einer gegen die Entscheidung in der Hauptsache eingelegten, später auf die Entscheidung im Kostenpunkte beschränkten Revision. S. § 99 Nr. I 1.

§ 547. I. Ziff. 1. 1. **RG.** V. 26. 4. 11, **76** 176, JW. **11** 592, R. **11** Nr. 2367. Bei der Frage, ob die Sondergerichte (§ 14 GVG.), z. B. die Generalkommissionen, oder die ordentlichen Gerichte zuständig sind, handelt es sich um sachliche Zuständigkeit, nicht um Zulässigkeit des Rechtswegs. In älteren Entscheidungen des RG., welche die hier in Rede stehenden Auseinandersetzungsbehörden betreffen, handelt es sich, soweit in ihnen neben der Zuständigkeit auch vom ordentlichen Rechtswege gesprochen wird, nur um eine ungenaue Ausdrucksweise.

2. Ist die Revision gemäß § 545 Abs. 2 unzulässig, so kann die Zulässigkeit der Revision nicht durch die Vorschrift des § 547 Nr. 1 begründet werden. **RG.** II. 6. 12. 10, **74** 365, LeipzZ. **11** 300 Nr. 31, R. **11** Nr. 373. Die Vorschrift des § 547 Nr. 1 setzt voraus, daß nicht die allgemeinen Vorschriften des § 545 entgegenstehen. Nur in diesem Falle soll das Nichtvorhandensein des im § 546 bestimmten Wertes des Beschwerdegegenstandes kein Hindernis für die Zulässigkeit der Revision insoweit bilden, als es sich um die Unzulässigkeit der Berufung handelt. Vgl. § 545 Nr. II.

II. Ziff. 2. Vgl. § 70 GVG.

§ 549. 1. Ausländisches Recht. **RG.** I. JW. **11** 718, R. **11** Nr. 3523. Der Ausschluß der Revisibilität des ausländischen Rechtes ist absolut und nicht auf den Fall beschränkt, daß die Entscheidung auf besonderen Vorschriften des ausländischen Rechtes beruht. Die Irrevisibilität gilt auch dann, wenn die Entscheidung bloß auf allgemeine Rechtsgrundsätze gestützt ist, die nur auch für das ausländische Recht gelten. Die Auffassung von **RG. 5** 116 hat der Senat nicht aufrechterhalten.

2. Preußisches ALR. a) **RG.** III. JW. **11** 490, WarnE. **11** 336, R. **11** Nr. 1787 u. 3689. Das preußische ALR. ist im Bezirke des OLG. Frankfurt a. M. irrevisibel. Denn hier hat das ALR. nirgends Geltung gehabt. **b) RG.** III. JW. **11** 490, R. **11** Nr. 3690. Die bloße Übereinstimmung eines Rechtssatzes des preußischen ALR. mit dem gemeinen Rechte reicht nicht aus, die — sonst nicht vorhandene — Revisibilität des ALR. zu begründen. Was in **RG. 5** 405 hinsichtlich partikularrechtlicher Kodifikationen im Gebiete des gemeinen Rechtes ausgeführt ist, gilt nicht für das preußische ALR., das ein erschöpfendes, die Geltung des gemeinen Rechtes bis auf gewisse, zeitlich und örtlich beschränkte Ausnahmen völlig beseitigendes Recht geschaffen hat.

3. **RG.** II. WarnE. **11** 527, R. **11** Nr. 3933. Auf die Verletzung einer Rechtsnorm, deren Geltung auf räumlich begrenzte Teile einer preußischen Provinz beschränkt ist, kann die Revision nicht gestützt werden. Daher ist das PrG. vom 4. Juli 1840, betr. die Befugnis zum Übersetzen vom linken zum rechten Rheinufer nicht revisibel.

4. **RG.** III. R. **11** Nr. 1179. Art. 5 BadAGBGB. vom 17. Juni 1899 ist nicht revisibel.

5. **RG.** VII. WarnE. **11** 502. Das ElsLothVerkehrssteuerG. vom 14. November 1904 ist als Landesgesetz irrevisibel.

§ 550. **RG.** III. JW. **11** 180 Nr. 3. Die Nichtberücksichtigung des Gesamtinhalts des Vertrags bei dessen Auslegung enthält eine Verletzung von Rechtsnormen.

§ 553. 1. Über die Frage, ob die Nebenintervention mit der Einlegung der Revision auch seit den Novellen von 1905 und 1909 verbunden werden kann, vgl. § 66 Nr. III 1.

2. **RG.** V. JW. **11** 818 Nr. 33. Obwohl der Beklagte in der Revisionsbegründungsschrift nur den Antrag gestellt hatte, das Berufungsurteil aufzuheben und die Klage abzuweisen (ohne die Widerklage zu erwähnen), war, da die Entscheidung des Berufungsurteils sowohl zur Klage als auch zur Widerklage zuungunsten der Beklagten ergangen war, durch die hinsichtlich der Anfechtung des Berufungsurteils keine Einschränkung enthaltende Revisionsschrift die Revisionsinstanz für den ganzen Umfang des Berufungsurteils, also auch für die Widerklage, eröffnet. Der Antrag hinsichtlich der Widerklage konnte daher in der mündlichen Verhandlung noch ergänzt werden. (Die Begründung war für die Widerklage ohne weiteres gegeben.)

§ 554. I. Allgemeines. 1. Unzulässige Revision, wenn zwar nach der Revisionsbegründung die Revisionssumme erreicht, dies aber nach dem in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrage nicht mehr der Fall ist. **RG.** II. 25. 10. 10, **74** 325, JW. **11** 52 Nr. 48, R. **11** Nr. 189. Nach der Novelle von 1905 ist die schriftliche Revisionsbegründung freilich nicht mehr, wie früher, nur vorbereitender Natur (JDR. 8 § 554 Nr. 1), aber es ist auch nach ihr gemäß §§ 559, 557, 297 unveränderten Rechtens geblieben, daß für die Entscheidung des Revisionsgerichts nur die mündlich gestellten Anträge und das, was (innerhalb der durch § 559 selbst gezogenen Grenzen) mündlich vorgebracht ist, maßgebende Bedeutung hat. Ein Antrag oder eine Revisionsbegründung, die nicht mündlich gestellt bzw. vorgebracht sind, bestehen für das Revisionsgericht nicht. Für die Zulässigkeit der Revision ist daher nur der mündliche Antrag maßgebend.

2. Teil- und Schlußurteil. **RG.** V. JW. **11** 54 Nr. 53, GruchotsBeitr. **55** 654 (662), WarnE. **11** 43 (47). Da sich die Partei in einem früheren beim Reichsgericht eingereichten Schriftsatz die Revision gegen das Schlußurteil vorbehalten und darin gleichzeitig eine Begründung für die Anfechtung der Kostenentscheidung des Schlußurteils gegeben hatte, ist die demnächst eingereichte Revisionsschrift dahin aufzufassen, daß sie den Inhalt jenes Schriftsatzes als Revisionsbegründung in sich aufgenommen hat.

3. Klage und Widerklage. **RG.** II. JW. **11** 593 Nr. 44, R. **11** Nr. 2196. Wenn Klage und Widerklage verschiedene Dinge in dem Sinne betreffen, daß selbst, wenn die Revisionsklägerin bezüglich des Klaganspruchs obsiegen könnte damit keineswegs auch der Widerklage der Erfolg gesichert sein würde, so muß die Revision auch bezüglich der Widerklage selbständig begründet werden.

4. Begründung durch den Nebenintervenienten. **RG.** V. JW. **11** 223, LeipzZ. **11** 298 Nr. 23, R. **11** Nr. 3527. Der Nebenintervenient kann mit Wirkung für die Hauptpartei sowohl die von dieser als auch die für diese von ihm eingelegte Revision begründen (§ 67). Eine Handlung oder Erklärung des Beklagten (der Hauptpartei), mit der die Revisionsbegründung in Widerspruch stände, ist nicht ersichtlich. Ein solcher Widerspruch ergibt sich namentlich nicht daraus, daß der Beklagte die Revisionsbegründungsfrist nicht durch eine eigene Revisionsbegründung gewahrt hat.

II. Abs. 3 Nr. 2 a. BayObLG. **11** 111, R. **11** Nr. 1180. Wenn auch die Revisionsrüge, welche die Rechtsnormen eines ganzen Rechtsgebiets, z. B. die Rechtsnormen des Deutschen Privatrechts, des Eichstätter Landrechts, als durch das angefochtene Urteil verletzt bezeichnet, der Vorschrift des § 554 Abs. 3 Nr. 2 a ZPO.

nicht entspricht, so ist sie doch unschädlich, wenn aus der Revisionsausführung sich genügend erkennen läßt, wiefern die Entscheidung rechtsirrtümlich sein solle.

III. Abs. 3 Nr. 2b. 1. Verfahrensvorschrift? **RG.** II. LeipzZ. **11** 63 Nr. 25. Die Beschwerde, daß über die Frage, ob die Klägerin ein konkurrierendes Verschulden treffe, im gegenwärtigen Rechtsstreit überhaupt nicht mehr entschieden werden könne, da sie den Grund des Anspruchs betreffe, betrifft das Verfahren (§ 304).

2. Beweisanträge. **RG.** IV. WarnE. **11** 148. Die Beweisanträge, deren Übergehung gerügt wird, müssen mit ausreichender Deutlichkeit bezeichnet werden.

3. Bloße Anführung des Paragraphen. **RG.** VI. JW. **11** 103. Nur wenn sich die Tatsachen durch den Hinweis auf eine gesetzliche Vorschrift ohne weiteres ergeben, mag die einfache Anführung eines Paragraphen genügen.

IV. Abs. 3 Nr. 2c aF. **RG.** IV. JW. **11** 286. Die Bezugnahme auf einen umfangreichen die verschiedensten Behauptungen und Beweisanträge enthaltenden Schriftsatz kann als eine den gesetzlichen Vorschriften im § 554 Abs. 2 Nr. 2c aF. entsprechende Revisionsbegründung nicht angesehen werden; es hätten vielmehr die einzelnen Tatsachen und Anträge bezeichnet werden müssen, durch deren Übergehung der Kläger sich beschwert fühlt.

V. Abs. 7. 1. Hemmung der Frist durch Armenrechtsgesuch. **RG.** V. JW. **11** 593 Nr. 43, R. **11** Nr. 2368. Die vom Vorsitzenden zwecks Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses bestimmte Frist wird durch Einreichung eines Armenrechtsgesuchs gehemmt. Mit Zustellung des das Armenrecht ablehnenden Beschlusses läuft die Frist weiter.

2. Gebührenvorschuß in Ehesachen. **RG.** IV. R. **11** Nr. 187. Haben im Ehestreite beide Parteien Revision eingelegt, so wird durch die Einzahlung des eingeforderten Gebührenvorschusses für die Revisionsinstanz von seiten des Ehemannes der Gebührenvorschußpflicht der Ehefrau nur dann genügt, wenn der Ehemann erklärt, daß die Zahlung des Vorschusses auch zur Deckung des für das Rechtsmittel der Ehefrau erforderten Gebührenvorschusses erfolge.

3. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. a) **RG.** II. **77** 159, JW. **12** 42 Nr. 39, R. **11** Nr. 3935. Gegen die Versäumung der Frist zum Nachweis über die Zahlung des Gebührenvorschusses ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zulässig. b) **RG.** II. **77** 159, R. **11** Nr. 3936. Kein Wiedereinsetzungsgrund, wenn der Revisionskläger lediglich behauptet, er habe sich auf einer Reise befunden und die Verfügung des Vorsitzenden erst am Tage seines Gesuchs erhalten. Mi der Notwendigkeit der Fristbestimmung muß der Revisionskläger schon von vornherein bei Einlegung der Revision rechnen und er muß unter Anwendung der gebotenen Sorgfalt ohne weiteres die nötigen Vorkehrungen treffen, um den rechtzeitigen Nachweis über die Zahlung sicher zu stellen.

§ 559. Unzulässige Revision, wenn zwar nach der schriftlichen Revisionsbegründung die Revisionssumme erreicht, dies aber nach den in der mündlichen Verhandlung gestellten Anträgen und vorgetragenen Revisionsgründen nicht mehr der Fall ist; siehe § 554 Nr. I 1.

§ 562. 1. Privilegien. **RG.** V. JW. **11** 989, WarnE. **11** 503 Nr. 455, R. **11** Nr. 3694. Gesetze im Sinne der Vorschriften der §§ 549, 562 sind auch die staatlich erteilten Privilegien, z. B. die Verleihung besonderer absoluter Rechte am Stolpefluß an die Stadt Stettin seitens der Markgrafen Waldemar und Johann von Brandenburg als Landesherren. In Anbetracht des beschränkten Geltungsbereichs kann daher die Revision nicht auf die Verletzung der in dem Verleihungsakt enthaltenen Rechtsnormen gestützt werden und ist deshalb die Auslegung der Verleihungsurkunde für das RG. bindend.

2. Observanz. **RG.** JDR. **9** jetzt auch GruchotsBeitr. **55** 97.

§ 564. Über die Wirkung der Aufhebung bezüglich § 314 vgl. dort.

§ 565. I. Abs. 2. Bindung. 1. Ohne jede Ausnahme. **RG.** I. 3. 5. 11, **76** 189, JW. **11** 659 Nr. 37, R. **11** Nr. 2451. Sollte das Revisionsgericht bei seiner Entscheidung irgendeinen Satz des geschriebenen oder des ungeschriebenen Rechtes übersehen oder irrig angewandt haben, so kann das nichts daran ändern, daß diese rechtliche Beurteilung in dem Rechtsstreite maßgebend bleibt für die Parteien, das Berufungsgericht und für das RG. selbst. Das Berufungsgericht darf daher bei der erneuten Entscheidung wegen eines Gewohnheitsrechts, das früher nicht zur Sprache gebracht war, von der rechtlichen Beurteilung des Revisionsgerichts nicht abweichen. **RG. 40** 166 steht nicht entgegen, da dort gemäß § 529 die tatsächliche Unterlage des Rechtsstreits eine andere geworden war.

2. **RG.** V. JDR. **9** jetzt auch JW. **11** 55, HansGZ. **11** Beibl. 34.

3. Bindung nur an die entscheidende Rechtsansicht. **RG.** V. R. **11** Nr. 1608. Die Gebundenheit des Instanzgerichts reicht nicht über diejenige in dem Revisionsurteil enthaltene rechtliche Beurteilung hinaus, die zur Aufhebung des angefochtenen Urteils geführt hat; ist daher in dem Urteile des Revisionsgerichts gleichzeitig eine sonstige Rechtsansicht ausgesprochen, auf der indessen nicht die Aufhebung des angefochtenen Urteils beruht, so ist an die diesem Teil des Revisionsurteils zugrunde liegende Rechtsansicht das Instanzgericht nicht gebunden und ebensowenig das Revisionsgericht bei einer späteren neuen Revision.

4. BayObLG. **11** 732. Das Berufungsgericht ist nur verpflichtet, an Stelle der vom Revisionsgerichte für unrichtig erklärten rechtlichen Beurteilung die rechtliche Beurteilung zugrunde zu legen, auf der die Aufhebung des früheren Urteils beruht. Insoweit das Revisionsgericht der früheren rechtlichen Beurteilung des Berufungsgerichts zugestimmt hat, ist das Berufungsgericht nicht gebunden, es kann seine frühere Rechtsansicht ohne Rücksicht auf ihre Billigung durch das Revisionsgericht fallen lassen und in anderem Sinne entscheiden.

II. Zu Abs. 3. **RG.** VI. JW. **11** 192 Nr. 27. Da die Parteien offenbar nicht imstande waren, die Frage, ob und inwiefern den Kläger ein mitwirkendes Verschulden nach § 254 BGB. trifft, genügend aufzuklären, hatte das Revisionsgericht in der Sache selbst zu entscheiden und das mitwirkende Verschulden mangels Feststellung zu verneinen.

§ 566. 1. Rechtsmittelverzicht in Ehesachen vgl. vor § 606 Nr. II 5.

2. *Schultzenstein, BuschsZ. **41** 355: Daraus, daß die für die Berufung geltenden Vorschriften über die Verhandlung prozeßhindernder Einreden auf die Revision entsprechende Anwendung finden, folgt noch nicht die Zulässigkeit einer neuen Einrede des Schiedsvertrags in der Revisionsinstanz.

Dritter Abschnitt. Beschwerde.

§ 567. Literatur: Koppe, Das Reichsgericht als Beschwerdegericht in Zivilsachen, DJZ. **11** 1151.

Koppe, Auch die selbständigen Kostenurteile der OLG. (§ 99 Abs. 3) sind unanfechtbar, ebenso die Zwischenstreiturteile der §§ 71, 135, 387. Dagegen geht die Rechtshilfebeschwerde des § 160 GVG. nach wie vor an das RG.

§ 568. 1. Beschwerde in internationalen Rechtshilfesachen s. § 576.

2. Abs. 2. R. **11** Nr. 582 (BayObLG.). Beifügung eines weiteren Grundes unter Billigung der Gründe des ersten Richters macht die weitere Beschwerde nicht zulässig.

§ 569. Über die Frage, ob die Nebenintervention mit der Einlegung der Beschwerde auch seit den Novellen von 1905 und 1909 verbunden werden kann vgl. § 66 Nr. III 1.

§ 576. JW. **11** 167, OLG. **23** 192 (KG.). Die Bestimmung gilt nur für den Fall, daß das Prozeßgericht ein inländisches Gericht ist. In internationalen Rechtshilfesachen geht die Beschwerde daher gemäß der Regelbestimmung des § 568 Abs. 1 sofort an das zunächst höhere Gericht.

§ 577. Abs. 3. Abänderlichkeit der mit der sofortigen Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen des Vollstreckungsverfahrens. *Schultz, Das Verhältnis der Vollstreckungsbeschwerde des § 766 ZPO. zu der sofortigen Beschwerde des § 793 ZPO. (Berlin 1911, Vahlen) 451—462. Auch die mit der sofortigen Beschwerde des § 793 anfechtbaren Dekrete sind solange bis sie damit angefochten werden, für das Instanzgericht im Wege einer Entscheidung über eine Vollstreckungsbeschwerde (§ 766) abänderlich (451). Denn § 766 ist die lex specialis gegenüber der lex generalis des § 793, da der Anfechtung mit der sofortigen Beschwerde alle gerichtlichen Vollstreckungsakte mit Entscheidungsqualität unterliegen, während nur ein Teil von ihnen auch mit der Vollstreckungsbeschwerde anfechtbar ist. § 766 stellt sich somit als eine Ausnahmebestimmung dar, die das Prinzip des § 577 Abs. 3 durchbricht. Dabei wirkt aber dieser Ausnahmecharakter des § 766 nun nicht etwa auch nach der Richtung der Ausschließlichkeit hin. Es ist also keineswegs die Anfechtbarkeit mit der sofortigen Beschwerde denjenigen gerichtlichen Vollstreckungsakten gegenüber ausgeschlossen, die der Anfechtung mit der Vollstreckungsbeschwerde unterliegen. Vielmehr ist ein Nebeneinander beider Rechtsbehelfe sehr wohl möglich; m. a. W. § 766 bedeutet gegenüber § 793 nicht nur eine Ausnahme, sondern zugleich auch eine Ergänzung. Andererseits bewirkt aber diese Konkurrenz beider Rechtsbehelfe in Verbindung mit der Unabänderlichkeit des § 577 Abs. 3, daß eine Änderung der der sofortigen Beschwerde unterliegenden Entscheidungen jedenfalls dann ausgeschlossen ist, wenn sie bereits mit der sofortigen Beschwerde angefochten sind, sowie daß eine solche Änderung nicht von Amts wegen, d. h. nach Belieben des Gerichts, sondern nur auf Partei-antrag, für den die Form der Vollstreckungsbeschwerde des § 766 obligatorisch ist, und nur in dem dadurch ausgelösten besonderen Verfahren erfolgen kann (462, 463).

Viertes Buch. Wiederaufnahme des Verfahrens.

Vorbemerkung: Hingewiesen sei auf den lehrreichen Aufsatz von Wach (vor § 578) über die absolute Urteilsnichtigkeit.

Literatur: Wach, Urteilsnichtigkeit, RheinZ. 3 373—408.

Vor **§ 578.** Nichtige Urteile. Wach, RheinZ. 3 373—408. 1. Von zahlreichen Zivil- und strafprozessualen Schriftstellern wird die absolute Urteilsnichtigkeit anerkannt. Ebenso ist sowohl das Nichturteil wie das nichtige Urteil der Rechtsprechung des RG. geläufig, obwohl der Ausdruck vermieden wird. Zu beachten ist, daß alle, auch die sog. unheilbaren Mängel auf dem Wege des Rechtsmittelzuges beseitigt, daß also nichtige Urteile und Nichturteile durch Kassation und Zurückverweisung im Prozesse behoben werden können. Aber hieraus folgt nicht, daß, wenn der Defekt nicht beseitigt wird, das formell rechtskräftige Urteil gültig und vollwirksam sei. Es ist eine petitio principii, anzunehmen, daß in den Grenzen der Anfechtbarkeit mit der Unanfechtbarkeit die bindende Kraft eintrete. 2. Zu unterscheiden ist das Nichturteil vom nichtigen Urteil: a) Ein Nichturteil liegt vor, wenn ein wesentliches Erfordernis jedes Urteils fehlt. Diese Erfordernisse sind als Subjekt das Prozeßgericht, als Handlung eine Willenserklärung im Prozesse gegenüber den Parteien mit Urteilszweck und Urteilsform, d. h. mit dem Zwecke einer Entscheidung im schwebenden Prozeß, und in der Form, von deren Beobachtung die Existenz des Urteils abhängt (397). b) Das Urteil ist nichtig, wenn es die

wesentliche Urteilswirkung nicht zu üben vermag. Die Nichtigkeit liegt im Urteilsinhalte, nicht in der Urteilsexistenz. Nichtig ist das der materiellen Rechtskraft unfähige Urteil. — Jedoch für den entscheidenden Richter ist das nichtige Urteil (nicht das Nichturteil) bindend, § 318. Es ist auch nicht berichtigungsfähig nach § 319. Die Nichtigkeit kann nur durch Rechtsmittel oder durch die negative Feststellungsklage, actio, exceptio, replicatio nullitatis, geltend gemacht werden. 3. Die Nichtigkeitsgründe (401 ff.). Nichtig ist a) ein außerhalb der Grenzen der Gerichtsbarkeit erlassenes Urteil. Wo nur Strafgerichtsbarkeit, kein gültiges Zivilurteil und umgekehrt; b) das gänzlich unbestimmte, unverständliche, widerspruchsvolle Urteil; c) jedes der Prozeßordnung unbekannte Urteil z. B. in Ehesachen ein Vorbehaltsurteil; d) jedes Sachurteil gegenüber der nicht existenten Partei; e) ein Urteil, das gegen die guten Sitten oder den Zweck eines deutschen Gesetzes verstößt. Ein solches Urteil, z. B. die Verurteilung zur Lieferung gefälschter Banknoten, ist rechtlich unmöglich; f) ein Urteil, das zu einer physisch objektiv unmöglichen Leistung verurteilt.

§ 579. Nr. 4. **RG.** V. R. **11** Nr. 807. Einspruchseinlegung einer geschäftsunfähigen Partei wirkt nicht als Genehmigung.

§ 580. I. Gliederung des Verfahrens und der Entscheidungen s. § 589 Nr. 1.

II. Nr. 7 a. Ein früherer Schiedsspruch. *Schultzenstein, BuschsZ. **41** 358, 359: Wenn auch der Schiedsspruch wegen des § 1040 ein früher rechtskräftig gewordenes Urteil im Sinne der Nr. 7 a sein kann und ferner eine andere Urkunde im Sinne der Nr. 7 b ist, so fehlt doch stets die Voraussetzung der Nr. 7, daß das Urteil durch seine Rechtskraft den Richter beim Erlasse des anzufechtenden Urteils gebunden haben würde, wenn es schon früher bekannt oder zugänglich gewesen wäre, bzw. daß die Urkunde eine der Partei günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde. Denn beim Schiedsspruch ist das eine wie das andere dadurch bedingt, daß in dem zivilprozessualen Verfahren die Einrede des Schiedsvertrags erhoben wurde, und das ist eben nicht geschehen.

III. Nr. 7b. 1. Was gehört zur Entscheidung darüber, ob die neu aufgefundene Urkunde eine dem Restitutionskläger günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde? **RG.** IV. 1. 12. 10, **75** 53, JW. **11** 190. Um die sachliche Voraussetzung der Wiederaufnahme für erfüllt anzunehmen, daß irgendein wesentlicher Entscheidungsgrund des früheren Urteils zugunsten des Klägers durch das neue Vorbringen in seiner Standfestigkeit erschüttert werde, genügt es nicht, wenn das neue Vorbringen die Untersuchung auf einen Punkt hinlenkt, der in dem vorangegangenen Hauptverfahren eine Hervorkehrung überhaupt nicht gefunden hatte. Ergibt die Prüfung, das neue Urkundenmaterial berühre überhaupt nur den einen Entscheidungsgrund, dieser Grund wäre aber bei Bestand geblieben, auch wenn die damaligen Erwägungen auf das nunmehr in den Vordergrund gerückte neue Vorbringen erstreckt worden wären, es hätten die früheren Urteilsgründe alsdann unter einer auf dieses Vorbringen besonders zugeschnittenen Abwägung in ihren Endsätzen die gleichen bleiben müssen, so konnte dies nur dahin führen, die Wirksamkeit des Restitutionsgrundes zu verneinen, nicht aber auch das frühere Urteil aufzuheben und die Verhandlung zur Hauptsache mit einer Erstreckung auf alles, was zur Begründung des Anspruchs sonst noch vorgebracht war oder neu vorgebracht wurde, von neuem zu eröffnen.

2. BadRpr. **11** 229 (Karlsruhe). Die Restitutionsklage kann nicht darauf gestützt werden, daß die neuen Urkunden in Verbindung mit anderen vor der angefochtenen Entscheidung noch nicht beigebrachten Beweismitteln eine günstigere Entscheidung herbeizuführen geeignet gewesen wären.

3. BadRpr. **11** 229 (Karlsruhe). Die Photographie eines körperlichen Gegenstandes, der nur geeignet ist, als Abbildung die Besichtigung des Originals zu ersetzen,

aber nicht zur Verkörperung eines **Gedankens** in dauernd wahrnehmbaren Zeichen dient, ist keine Urkunde.

§ 581. **RG.** IV. JW. **11** 373 Nr. 37, SeuffA. **66** 374, PosMSchr. **11** 50, WarnE. **11** 337, R. **11** Nr. 1354. Die Restitutionsklage ist zulässig, auch wenn die Strafverfolgung des Zeugen wegen Meineids nur **einstweilen** wegen der Geisteskrankheit eingestellt worden ist (§ 203 StPO.).

§ 582. 1. **RG.** I. GruchotsBeitr. **55** 1070, BayRpflZ. **11** 186, WarnE. **11** 148, R. **11** Nr. 1026. Den Restitutionskläger trifft vorliegend der Vorwurf, die Urkunde — einen allerdings zwölf Jahre zurückliegenden Brief — aus Fahrlässigkeit zu spät gesucht zu haben. Er kannte das Vorhandensein der auf die Angelegenheit bezüglichen Schriftstücke im allgemeinen und hätte diese einer Durchsicht unterziehen müssen.

2. **RG.** IV. SächsRpflA. **11** 280 verneint das Verschulden hinsichtlich der erst später eingereichten Urkunde in einer Testamentssache.

§ 586. **RG.** V. LeipzZ. **11** 299 Nr. 28, R. **11** Nr. 808. Die Nichtigkeitsklage kann wirksam auch bereits vor Zustellung derjenigen Entscheidung erhoben werden, gegen die sie sich richtet, denn es fehlt hier eine den §§ 516 Abs. 2 und 552 Abs. 2 entsprechende Vorschrift.

§ 589. 1. **Gliederung des Verfahrens und der Entscheidungen.** **RG.** IV. 1. 12. 10, **75** 53, R. **11** Nr. 585, 587, 588. Das Wiederaufnahmeverfahren ist dreifach gegliedert: a) Zunächst ist über die prozessuale **Zulässigkeit** der Klage zu befinden (§ 589), d. h. ob die Formen und Fristen gewahrt sind und ob der geltend gemachte Grund an sich den Anforderungen der §§ 579, 580 entspricht, nicht auch, ob die Behauptungen zutreffen. b) Weiter handelt es sich dann um das **Vorhandensein des Wiederaufnahmegrundes**: in den Fällen des § 580 Abs. 1 Nr. 7 b ist jetzt zu prüfen, ob die neue Urkunde tatsächlich der erlassenen Entscheidung eine Wendung zugunsten des Restitutionsklägers gegeben haben würde. Ist der Wiederaufnahmegrund gegeben, so ist das Urteil im Umfange der Wirksamkeit des Anfechtungsgrundes aufzuheben, anderenfalls die Wiederaufnahmeklage zurückzuweisen. c) Die **Aufhebung** des Urteils (vgl. b) führt zu **neuer Verhandlung** (§ 590 Abs. 1) und unter allen Umständen zu **neuer Entscheidung**, diese kann eine Wiederholung der früheren sein, sofern das Ergebnis dasselbe bleibt.

2. **RG.** IV. R. **11** Nr. 1023. Im Wiederaufnahmeverfahren bedeutet es keinen Prozeßmangel, wenn die Restitutionsklage zugleich als unzulässig und als unbegründet erklärt wird. In jedem Falle ist die Geltendmachung des fraglichen Restitutionsgrundes für immer ausgeschlossen. Es erscheint auch nicht richtig, die Entscheidung darüber, ob die Voraussetzungen des § 580 Nr. 7 b gegeben sind, als eine von der Entscheidung über die Zulässigkeit der Restitutionsklage im Sinne des § 589 Abs. 1 wesentlich verschiedene Entscheidung hinzustellen. Auch bei der ersteren Entscheidung handelt es sich um die Zulässigkeit der Restitutionsklage, wenn auch nicht um die prozessuale, so doch um die sachliche Zulässigkeit.

Fünftes Buch. Urkunden- und Wechselprozeß.

§ 592. **RG.** I. LeipzZ. **11** 146 Nr. 37, R. **11** Nr. 375. Das Gericht ist nicht verpflichtet, auch da zu einer nochmaligen Vernehmung der Zeugen zu schreiten, wo der Gegner mit der Führung des Beweises durch Vorlegung von Urkunden über ihre Vernehmung einverstanden ist.

§ 596. Literatur: Wienstein, Kann derselbe Prozeß in gleicher Instanz teils als Wechselprozeß und teils im ordentlichen Verfahren geführt werden? DJZ. 11 146—147.

Wienstein: Werden die Forderungen aus **zwei** Wechseln mit **einer** im Wechselprozeß erhobenen Klage verfolgt, wird aber demnächst bezüglich der

einen Forderung vom Wechselprozeß Abstand genommen, so sind die Klagen gemäß § 145 zu trennen. Dies gilt auch, wenn es bezüglich der Nebenforderungen an der Glaubhaftmachung fehlt (§ 608 Abs. 2) und wegen dieser Nebenforderungen der Kläger vom Wechselprozeß Abstand nimmt. Dies nicht nur aus praktischen Gründen der Übersichtlichkeit (a. M. Gaupp-Stein), sondern auch weil die Trennung durch § 260 direkt vorgeschrieben ist.

§ 599. Literatur: Wienstein, Welche Rechtsbehelfe und Beweise sind im Nachverfahren des Wechselprozesses zulässig? DJZ. **11** 867—869.

1. Wienstein. Im Nachverfahren dürfen keine Rechtsbehelfe vorgebracht werden, welche im Wechselprozeß aus Rechtsgründen verworfen waren. Ferner gilt die Wirksamkeit der Eidesleistung, der Eidesverweigerung und des gerichtlichen Geständnisses auch für das Nachverfahren. Unrichtig ist dagegen die Ansicht, daß für das Nachverfahren auch alles erledigt sei, was im Wechselprozeß als tatsächlich voll bewiesen oder widerlegt erachtet worden sei. Auch für den Beweis durch Urkunden kann dieser Satz nicht anerkannt werden. Allgemein kann vielmehr behauptet werden, daß im Nachverfahren auf alle neuen Beweise einzugehen ist, falls durch deren Erhebung eine vom Urteile des Wechselprozesses abweichende Würdigung der Sachlage herbeigeführt werden kann, wie dies auch gegenüber Urkunden möglich ist, soweit solche als Beweismittel für Tatsachen in Betracht kommen. Man wird aber auch den richterlichen Eid im Nachverfahren, und zwar auch da zulassen müssen, wo nicht etwa schon eine im Nachverfahren stattgehabte Beweisaufnahme eine gegenüber dem Wechselprozesse veränderte Beweislage geschaffen hat.

2. Einfluß der rechtskräftigen Erledigung des Nachverfahrens auf ein im Wechselprozesse noch schwebendes Rechtsmittel gegen das Vorbehaltsurteil. a) **RG.** I. 4. 10. 11, **77** 95, JW. **11** 1016, R. **11** Nr. 3695. Wenn, bevor über ein Rechtsmittel gegen das Vorbehaltsurteil entschieden ist, die Klage im Nachverfahren rechtskräftig abgewiesen ist, so ist damit der ganze einheitliche Rechtsstreit beendigt und das Rechtsmittelverfahren über das Vorbehaltsurteil gegenstandslos geworden. Die Revision ist zurückzuweisen. b) Ebenso SeuffA. **66** 480 (München).

§ 602. 1. Wechselklage aus einem zerrissenen Wechsel. OLG. Hamburg JDR. **9** jetzt auch HansGZ. **11** Hptbl. 203.

2. Klage aus einem nichtigen Wechsel. R. **11** Nr. 1609 (Naumburg). Ist aus einem nichtigen Wechsel geklagt, so kann die Klage ohne Einwilligung des Beklagten nicht auf einen daneben ausgestellten Schuldschein gestützt werden. Die gewählte Prozeßart stände zwar nicht im Wege. Da der Wechselprozeß keine besondere Verfahrensart, sondern nur eine Abart des Urkundenprozesses ist, könnte der Kläger, ohne die Abstandnahme vom Wechselprozesse zu erklären, seinen Anspruch aus dem Schuldscheine herleiten. Dadurch macht er aber einen anderen Klagegrund geltend. Die Klagänderung würde die Verteidigung des Beklagten wesentlich erschweren. Durch die Berufung auf die Nichtigkeit des Wechsels erzielt er sofort ein obsiegendes Urteil, seine Einwendungen gegen den Schuldschein (Wucher) führen nicht ohne weiteres zur Abweisung der Klage.

§ 603. OLG. **23** 196 (Hamburg). § 603 regelt den Gerichtsstand ausschließend.

Sechstes Buch. Ehesachen. Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern. Entmündigungssachen.

Erster Abschnitt. Verfahren in Ehesachen.

Literatur: Klien, Besonderheiten des Eheprozesses, JW. **11** 522—526.

Vor **§ 606.** I. *Tacken, Ratschläge für das Assessorexamen (vgl. vor § 253) 98 ff. Die statusrechtlichen Feststellungsklagen nehmen eine Sonderstellung im Klagensystem ein. Sie gehören zu den speziell prozeß-

rechtlichen Feststellungsklagen, deren Eigenart darin liegt, daß sie eines materiellen fundamentum agendi entbehren. Sie entnehmen also ihre materielle Grundlage, soweit man von einer solchen überhaupt reden kann, dem Prozeßrechte. Sie stellen regelmäßig nur Tatsachen, nicht Ansprüche fest, z. B. Klage auf Feststellung des Nichtbestehens einer Ehe. Vgl. auch 79 und 67. — Aus der Tatsache, daß bestimmte Feststellungsklagen, z. B. solche von Geschwistern auf Feststellung des Geschwisterverhältnisses, im 6. Buche nicht erwähnt sind, folgt keineswegs die Unzulässigkeit dieser Klagen, sondern nur, daß diese Klagen dem § 256 ZPO. unterstehen (74).

II. Besonderheiten des Eheprozesses. 1. Klien, JW. **11** 522—526, gibt eine zusammenfassende Darstellung der Besonderheiten des Eheprozesses unter Gliederung nach folgenden drei Grundsätzen: 1. der Aufrechterhaltung der Ehe, 2. der Gesamtentscheidung (unter besonderer Berücksichtigung des Läuterungsverfahrens mit den hier zulässigen Einwendungen, sowie der Umwandlungsklage nach § 1567 BGB.), 3. der möglichst freien Stellung der Parteien im Eheprozesse. — Vgl. ferner oben § 146 Nr. 2, § 271 Nr. III 2, § 300 Nr. 3.

2. Rechtshängigkeit. PosMSchr. **11** 9 (Königsberg). In Ehesachen ist die Anhängigkeit der Ehescheidung in einem anderen Prozesse von Amts wegen zu berücksichtigen.

3. Kostenvorschuß. BraunschwZ. **11** 18 (Braunschweig). Keine Kostenvorschußpflicht des Ehemanns für die Frau in Eheprozessen bei Gütertrennung und bei den vor 1900 geschlossenen, nach § 73 BraunschwAGBGB. übergeleiteten Ehen.

4. **RG.** IV. WarnE. **11** 224. Auch in Ehesachen wird ein Verstoß gegen § 383 Abs. 2 — Unterbleiben des Hinweises auf das Recht, das Zeugnis zu verweigern — durch nicht rechtzeitige Rüge nach § 295 geheilt.

5. Rechtsmittelverzicht. BreslauAK. **11** 68 (LG. Breslau). Durch den Rechtsmittelverzicht wird die Rechtskraft des Scheidungsurteils nicht herbeigeführt. Dies folgt aus der Einschränkung des Parteibetriebs gemäß § 617. Der Verzicht kann nur als Einrede in der Rechtsmittelinstanz geltend gemacht werden.

6. Rechtsmittel. a) **RG.** IV. GruchotsBetr. **55** 1084, SeuffBl. **11** 635, BayRpflZ. **11** 403, PosMSchr. **11** 171, WarnE. **11** 429, R. **11** Nr. 3336. Der Kläger oder Widerkläger, auf dessen Antrag die Ehescheidung ausgesprochen ist, kann gegen das Scheidungsurteil Berufung oder Revision auch lediglich zu dem Zwecke einlegen, um nachträglich den Scheidungsantrag in den Antrag auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft umzuwandeln. Auch in der Revisionsinstanz ist dann aber der Gegner zu dem Verlangen auf Scheidung gemäß § 1575 Abs. 1 Satz 2 BGB. berechtigt. **b) RG.** IV. BayRpflZ. **11** 137, SeuffA. **66** 291, WarnE. **11** 112, R. **11** Nr. 580. Einlegung eines Rechtsmittels in Ehesachen lediglich zwecks Rücknahme der Klage oder Verzichts auf den Klaganspruch ist zulässig. Der Anspruchsverzicht ist auch in der Revisionsinstanz noch zu berücksichtigen.

7. Restitutionsklage. a) **RG.** IV. R. **11** Nr. 1024. Die Restitutionsklage darf in Ehesachen auch lediglich mit dem Antrag erhoben werden, die schon im Scheidungsprozesse beantragte Erklärung der Mitschuld des Gegners auszusprechen. Der Restitutionskläger braucht nur diejenige Entscheidung zu beantragen, die nach Durchführung des Prozesses als Entscheidung erlassen werden soll. b) **RG.** IV. R. **11** Nr. 1025. Das RG. läßt dahingestellt, ob die Restitutionsklage in Ehesachen lediglich zu dem Zwecke erhoben werden darf, eine im Scheidungsprozesse nicht beantragte Mitschulderklärung zu erreichen.

§ 606. Abs. 4. 1. Feststellung von Amts wegen. **RG.** IV. JW. **11** 55, WarnE. **11** 64, PosMSchr. **11** 10, R. **11** Nr. 376. Die Feststellung der

Staatsangehörigkeit der Parteien in Ehesachen und die Prüfung der Gerichtsbarkeit hat von Amts wegen in allen Instanzen zu erfolgen.

2. Scheidung ungarischer Staatsangehöriger im Deutschen Reiche. **RG.** IV. JW. **11** 55, WarnE. **11** 64, PosMSchr. **11** 10, R. **11** Nr. 377. Da nach ungarischem Rechte (Ehegesetz Art. XXXI vom Jahre 1894 § 114) in dem Eheprozeß eines ungarischen Staatsbürgers nur das Urteil des ungarischen Gerichts wirksam ist, so sind die deutschen Gerichte, wenn der beklagte Ehemann Ungar ist, nicht zuständig. Die besonderen Bestimmungen des Haager Abkommens vom 12. Juni 1902 kommen nicht zur Anwendung, da Österreich-Ungarn dieses Abkommen bisher nicht ratifiziert hat.

3. Scheidung von Österreichern in Deutschland. Sächs. OLG. **32** 434 (Dresden). Unzuständigkeit der deutschen Gerichte für die Scheidungsklage einer Österreicherin gemäß §§ 76, 100 ÖstJurisdiktionsnorm (G. vom 1. August 1895). Der § 76 betrifft nur die Fälle, wo der letzte gemeinsame Wohnsitz im österreichischen Inlande liegt.

4. Zuständigkeit deutscher Gerichte für die Scheidung schweizerischer Eheleute. MecklZ. **29** 305 (Rostock). Die Schweiz nimmt die ausschließliche Gerichtsbarkeit bezüglich der Ehescheidung schweizerischer Staatsangehöriger nicht in Anspruch. Dies ergibt zweifelsfrei ein Gutachten des Schweizerischen Bundesgerichts vom 14. Mai 1906, betreffend Art. 43 Abs. 2 Schweiz. ZivilstandsG., vgl. BöhmsZ. **18** 510. Die Schweizer Gesetze stehen also der Zuständigkeit deutscher Gerichte nicht entgegen.

§ 615. **RG.** IV. JW. **11** 369 Nr. 28, PosMSchr. **11** 152. Die Anstrengung der Herstellungsklage, obwohl dem Kläger die Scheidungstatsachen bereits bekannt sind, steht der späteren Scheidungsklage rechtsgrundsätzlich nicht entgegen. Eines Vorbehalts der künftigen Geltendmachung der Scheidungstatsachen bedarf es nicht.

§ 617. Rechtsmittelverzicht in Ehesachen vgl. vor § 606 Nr. II 5.

§ 620. 1. **RG.** IV. JW. **12** 46, PosMSchr. **11** 170, R. **11** Nr. 3937. Die Aussetzung von Amts wegen ist dann, wenn die Scheidungsklage nicht nur auf § 1568, sondern auch auf einen absoluten Scheidungsgrund gestützt ist, nicht zulässig.

2. HansGZ. **11** Beibl. 204, OLG. **23** 199 (Hamburg). Aussetzung des Verfahrens in Ehesachen ist auch vor Erhebung der Beweise zulässig.

§ 624. Feststellung des Ehebruchs, wenn andere Gründe festgestellt sind? a) **RG.** IV. JW. **11** 718, GruchotsBeitr. **55** 1072, WarnE. **11** 460, BayRpflZ. **11** 404, R. **11** Nr. 3530. An der Rechtsprechung, wonach der Ehescheidungskläger, der außer Ehebruch noch andere Scheidungsgründe geltend gemacht hat, nicht beschwert wird durch eine Entscheidung, welche nur wegen des anderen Grundes und nicht auch wegen Ehebruchs die Ehe scheidet, ist festzuhalten (**RG. 55** 244). b) Ebenso **RG.** IV. R. **11** Nr. 3847. Das Ehegericht ist nicht verpflichtet, einen bestimmten Ehebruch festzustellen, sobald andere Scheidungsgründe spruchreif sind.

§ 627. 1. HansGZ. **11** Beibl. 215 (Hamburg). Die Regelung des Verkehrs getrennt lebender Eltern mit ihren Kindern ist auch während des Ehescheidungsprozesses ausschließlich Sache des Vormundschaftsgerichts.

2. OLG. **23** 199 (KG.). Der Antrag wegen der Kosten unterliegt denselben Voraussetzungen wie der materielle Teil des Antrags. Es ist daher von der Lage des einzelnen Falles abhängig zu machen, inwieweit die Voraussetzungen aus § 940 auch bezüglich des Kostenpunkts gegeben sind. In der Regel werden diese Voraussetzungen zu verneinen sein.

3. Ausländer. a) KGBl. **11** 122 (KG.). Handelt es sich um die Regelung des Unterhaltsanspruchs einer in Deutschland lebenden Ausländerin gegen ihren Ehemann in einem vor einem deutschen Gerichte anhängigen Verfahren der einst-

weiligen Verfügung, so kommt deutsches Recht zur Anwendung. b) RheinA. **108** I 186 (Düsseldorf). Die vorläufige Regelung der Unterhaltspflicht zwischen österreichischen Ehegatten, die im Scheidungsprozesse stehen, hat nach österreichischem Rechte (§§ 117, 91 ÖstABGB.) zu erfolgen.

Zweiter Abschnitt. Verfahren in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande haben.

Vorbemerkung: Auch juristisch macht der Kwilecki-Prozeß von sich reden. Er hat das **RG.** IV (§§ 640 ff. Nr. 1 a) zur Aufstellung neuer, aber keineswegs einwandfreier Rechtsgrundsätze veranlaßt. Der Widerspruch von Josef dürfte begründet sein.

Literatur: Josef, Das vorläufige Ende des Kwileckiprozesses (Ein zivilistischer Beitrag zur Lehre von der Kindesunterschiebung), KGBl. **11** 117—120.

§§ 640 ff. 1. Kwilecki-Prozeß. a) **RG.** IV. 13. 5. 11, **76** 283, JW. **11** 715 Nr. 17, PosMSchr. **11** 73, R. **11** Nr. 2741, 2749. Die Klage der angeblich unehelichen Mutter auf Herausgabe ihres Kindes gegen den im Verhältnisse zum Kinde berechtigten und berechtigt bleibenden Inhaber der elterlichen Gewalt, zumal wenn sie von einer Ausländerin angestrengt wird, ist unzulässig, wenn nicht zuvor oder gleichzeitig gemäß §§ 640 ff. die allgemein, insbesondere aber dem Kinde gegenüber gültige Feststellung erwirkt wird, wem das Elternrecht über das Kind zusteht, von wem das Kind abstammt. Eine der Klage entsprechende Verurteilung würde das künftige Schicksal des Kindes ganz im ungewissen lassen und in ihren Folgen unerträglich sein. Wann der Weg, den die §§ 640 ff. zeigen, beschritten werden muß, ist im Gesetz allerdings nicht besonders geordnet. Die Gründe aber, die in Ehesachen zu den §§ 1329, 1343 Abs. 2 geführt haben, treffen ebenso auf das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern zu. b) Hiergegen Josef, KGBl. **11** 117—120. Eine Vorschrift, wonach die uneheliche Mutter gleichzeitig durch Klage gegen das Kind selbst dessen uneheliche Geburt feststellen lassen müsse, besteht nicht. Schwierigkeiten können sich hieraus nicht ergeben; denn zwar wird durch das auf die Herausgabeklage ergehende Urteil die Unehelichkeit nur gegenüber dem Vater festgestellt; auf Grund dieses Urteils wird aber das Personenstandsregister dahin berichtigt, daß der dort bezeugte Geburtsfall tatsächlich nicht erfolgt ist. — Das Amtsgericht, das gemäß § 66 PStG. über die Berichtigung zu entscheiden hat, hat den Sachverhalt gemäß § 12 FGG. selbständig festzustellen und ist an ein Urteil des Prozeßgerichts rechtlich nicht gebunden.

2. SeuffA. **66** 251 Nr. 126, MecklZ. **29** 302 (Rostock). Das durch nachfolgende Ehe legitimierte Kind kann nicht gegen die Mutter und die in der Ehe geborenen Geschwister auf Feststellung der Legitimation klagen. Da die Klage nicht auch gegen den — verstorbenen — Vater gerichtet ist, hat das Urteil die Wirkung aus § 643 ZPO. nicht. Die Eintragung im Standesregister kann das Kind dennoch nicht erreichen. Es fehlt also am rechtlichen Interesse. Ob ein etwaiges Bestreiten der Legitimation durch die Parteien zur Begründung des Interesses ausreichen würde, kann unerörtert bleiben, da ein Bestreiten nicht erfolgt ist.

Dritter Abschnitt. Verfahren in Entmündigungssachen.

Literatur: Levis, Streitfragen aus dem internationalen Entmündigungsrechte, R. **11** 49—56. — May, Ist das Entmündigungsverfahren als Feriensache zu behandeln? DJZ. **11** 870—871.

§§ 645 ff. 1. Levis erörtert folgende Fragen: a) Welcher Staat ist zuständig und welches Recht anwendbar? b) Wie weit reicht die Ausnahmebestimmung des Art. 8 EGBGB.? c) Anwendbarkeit des § 328 ZPO. auf Entmündigungserkenntnisse. d) Gibt es eine territorial beschränkte Entmündigung?

2. May, DJZ. **11** 870—871. Das Entmündigungsverfahren ist keine Feriensache.

§ 650. R. **11** Nr. 380 (Colmar). Unzulässig ist die Überweisung, wenn die Vernehmung des zu Entmündigenden durch einen ersuchten Richter voraussichtlich zu demselben Ergebnisse wie die Vernehmung durch den erkennenden Richter führen würde. Es müssen besondere Umstände vorhanden sein, die gerade im einzelnen Falle es erforderlich erscheinen lassen, daß der zu Entmündigende durch den erkennenden Richter unmittelbar vernommen wird.

§ 654. **RG.** IV. JW. **11** 190, GruchotsBeitr. **55** 1075, BayRpflZ. **11** 137, Pos. MSchr. **11** 10, R. **11** Nr. 809, WarnE. **11** 149. Der Entmündigte ist im Verfahren auf die Anfechtungsklage nicht bloß in erster, sondern auch in der Berufungsinstanz unter Zuziehung eines Sachverständigen persönlich zu vernehmen, wenn nicht die im § 654 Abs. 3 vorgesehenen Ausnahmefälle vorliegen. Die erneut vorgenommene Prüfung der schon oft entschiedenen Frage gibt dem Senate keinen Anlaß, von der bisherigen Ansicht abzugehen.

§ 658. ThürBl. 58 245 (Jena). Die Staatskasse hat dem zu Entmündigenden seine Kosten (z. B. Anwaltskosten) zu erstatten, wenn der Antrag zurückgenommen wird. Die Kostenerstattungspflicht besteht nicht nur im Anfechtungsprozeßverfahren, sondern auch im amtsgerichtlichen Teile des Entmündigungsverfahrens. — Für die Festsetzung gelten die §§ 103 ff.

§ 672. Satz 3. OLG. **23** 200 (KG.). Einstweilige Verfügungen aus § 672 Satz 3 können noch vor der Entscheidung der Hauptsache getroffen werden.

Siebentes Buch. Mahnverfahren.

Literatur: Berolzheimer, Verjährungsunterbrechung im Mahnverfahren, SeuffBl. **11** 621—625. — Gros, Die Behandlung der Mahnsachen und der Feriensachen nach der Novelle zur ZPO. vom 1. Juni 1909, BayRpflZ. **11** 355—360, 379—383, 395—397. — Ferner vgl. Literatur vor § 495.

§§ 688 ff. Berolzheimer, SeuffBl. **11** 621—625, erörtert die Änderungen der Novelle 1909 und ihren Einfluß auf die Unterbrechung der Verjährung durch Zustellung eines Zahlungsbefehls (vgl. oben Ziff. 1 zu § 209 BGB.).

§ 689. Abs. 2. Versäumnisurteil. a) Jastrow, JW. **11** 20. Ist das Mahngesuch an einem besonderen Gerichtsstand anhängig gemacht worden, so ist, wenn der Beklagte nach erhobenem Widerspruche nicht erscheint, für den Erlaß des Versäumnisurteils bei strenger Auslegung zu verlangen, daß der Kläger gemäß § 335 Nr. 3 dem Beklagten einen Schriftsatz zustellen läßt, der die erforderliche Behauptung, z. B. der Verabredung des Erfüllungsorts enthält. Die Mitteilung dieser Behauptung im Zahlungsbefehl oder in der Ladungsschrift genügt nicht, da sie vom Gericht ausgeht. b) Dagegen Gros, BayRpflZ. **11** 355. Die Mitteilung durch den Zahlungsbefehl genügt, da im Mahnverfahren der Zahlungsbefehl die Klageschrift vertritt, vgl. § 693 Abs. 2.

§ 693. Literatur: von Fehrentheil und Gruppenberg, Über die Zustellung des Zahlungsbefehls nach dem in Preußen geltenden Rechte, R. **11** 155. — Meyer, R. **11** 259.

a) von Fehrentheil. Der Zahlungsbefehl muß dem Schuldner meist dreimal zugestellt werden, von Amts wegen gemäß § 693, dann gemäß § 699 und schließlich durch den Gerichtsvollzieher gemäß § 750 zwecks Vollstreckung. b) Hiergegen Meyer. Der Zahlungsbefehl wird dem Schuldner nur einmal zugestellt gemäß § 693. Die zweite Zustellung betrifft den Vollstreckungsbefehl, der im Parteibetriebe zugestellt wird. Eine weitere Zustellung ist unnötig, da der Gläubiger bloß die Zustellungsurkunde dem Gerichtsvollzieher vorzulegen braucht.

§ 695. Meinzolt, Kann der Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl zurückgenommen werden? SeuffBl. **11** 591, bejaht die Zulässigkeit.

§ 696. Literatur: Frank, Vorläufige Vollstreckbarkeit von Versäumnisurteilen, SeuffBl. **11** 274—276. — Vogt, Vorläufige Vollstreckbarkeit von Versäumnisurteilen, SeuffBl. **11** 532—533.

Frank. Ist im Mahngesuche der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit des eventuellen nach Widerspruch ergehenden Versäumnisurteils nicht enthalten, so darf letzteres nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Es fehlt an der nach § 335 Abs. 1 Ziff. 3 erforderlichen Zustellung. Steins abweichende Meinung, wonach der Antrag in dem Zahlungsbefehle „bei Vermeidung sofortiger Zwangsvollstreckung" bzw. in dem vorhergehenden Gesuch enthalten ist, ist unrichtig. — Hiergegen wendet sich Vogt.

§ 697. Literatur: Deiler, Nochmals das Versäumnisurteil nach vorangegangenem Mahnverfahren, JW. **11** 527—530. — Grosebert, Zur Auslegung des § 697 ZPO., PosMSchr. **11** 25. — Levin, Nochmals das Versäumnisurteil nach vorangegangenem Mahnverfahren, JW. **11** 531—532. — Muskat, Das Versäumnisurteil nach vorangegangenem Mahnverfahren, DJZ. **11** 1248—1252. — Schrödter, Nochmals das Versäumnisurteil nach vorangegangenem Mahnverfahren, JW. **11** 530—531.

1. Grosebert, PosMSchr. **11** 25. Der Verweisungsbeschluß ist in jedem Falle für das LG. bindend.

2. Das Versäumnisurteil nach vorangegangenem Mahnverfahren. a) Für Zulässigkeit. α. Muskat, DJZ. **11** 1248—1252. Das Versäumnisurteil ist zulässig, nicht weil die Prüfung der Zuständigkeit unterbleiben kann, sondern weil hier ausnahmsweise stillschweigende Prorogation zu unterstellen ist. Denn der Beklagte, der es unterläßt, gemäß § 697 Abs. 2 die Verweisung zu beantragen und ihn dann auch in dem Termine nicht nachholt, gibt damit sein stillschweigendes Einverständnis mit dem Gerichtsstande zu erkennen. Bei Ansprüchen jedoch, die ausschließlich zur Zuständigkeit des LG. gehören, kann das AG. niemals zuständig werden. β. Levin, JW. **11** 531—532, hält bei dem negativen Ergebnis einer Prüfung der Entstehungsgeschichte des Gesetzes und der gegenwärtigen Fassung des Gesetzes die Rechtsprechung für befugt, die, wie allseitig anerkannt wird, befriedigende und den Bedürfnissen der Praxis allein entsprechende Auslegung zu wählen und tritt deshalb für die Zulässigkeit des Versäumnisurteils ein. γ. JW. **11** 125 (AG. Leer). Dagegen b) Gegen die Zulässigkeit. α. JW. **11** 416 (LG. Naumburg). Das AG. hat beim Ausbleiben des Beklagten seine Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen und bei sachlicher Unzuständigkeit die Klage abzuweisen. β. Deiler, JW. **11** 527—530. γ. Schrödter, JW. **11** 530—531, spricht sich wiederum gegen die Zulässigkeit des Versäumnisurteils aus. δ. Gros, BayRpflZ. **11** 356.

3. Zu Abs. 2. a) Grosebert, PosMSchr. **11** 25. Auch der nachträglich gestellte Antrag des Schuldners genügt (vgl. JDR. **9** Nr. 3). b) Ebenso Gros, BayRpflZ. **11** 359. Auch einem nicht mit dem Mahngesuch oder dem Widerspruche verbundenen Verweisungsantrag ist ohne mündliche Verhandlung stattzugeben.

§ 698. 1. NaumburgAK. **11** 76 (Naumburg). Erstattungsfähigkeit der Kosten des Amtsgerichtsanwalts für das Mahnverfahren neben den beim LG. erwachsenen Kosten vgl. § 91 Nr. VII 7.

2. R. **11** Nr. 2197 (Colmar). Die Kosten des Mahnverfahrens sind dann nicht als ein Teil des durch den Widerspruch des Schuldners entstehenden Rechtsstreits anzusehen, wenn nach Wechsel des Wohnorts desselben der Gläubiger ungeachtet des § 263 Nr. 2 ZPO. den Prozeß nicht vor dem Gerichte des Mahnverfahrens fortsetzt, sondern vor dem Gerichte des neuen Wohnorts des Schuldners eine neue Klage wegen der den Gegenstand des Zahlungsbefehls bildenden Forderung einleitet.

§ 699. Literatur: von Hindenburg, Zu § 699 ZPO. neuer Fassung, DJZ. **11** 1385—1386.

1. Kann das Gesuch auf Erlaß des Vollstreckungsbefehls gleichzeitig mit dem Gesuch auf Erlaß des Zahlungsbefehls gestellt werden? a) Für die Zulässigkeit. BuschsZ. **41** 411 (LG. Dresden). Das Gesuch auf Erlaß des Vollstreckungsbefehls kann gleichzeitig mit dem Gesuch auf Erlaß des Zahlungsbefehls gestellt werden. Das Gesuch um den Vollstreckungsbefehl ist der eigentliche Sachantrag des Mahnverfahrens und muß als solcher gleich bei der Einleitung des Verfahrens gestellt werden können. b) Gegen die Zulässigkeit. α. JW. **11** 125 (LG. Braunschweig, Aurich, Oldenburg, Dresden), JW. **11** 416 (LG. Frankfurt a. M., Hanau). β. Gros, BayRpflZ. **11** 379.

2. von Hindenburg, DJZ. **11** 1385—1386, empfiehlt folgenden Zusatz: „Insoweit bei Erteilung des Vollstreckungsbefehls die Berechtigung von Parteikosten zu prüfen ist, sind die Vorschriften über die Kostenfestsetzung entsprechend anwendbar."

Achtes Buch. Zwangsvollstreckung.

Erster Abschnitt. Allgemeine Bestimmungen.

§ 704. RJA. **11** 225, KGJ. **41** A 144 (KG.). Feststellungsurteile und Urteile auf Rechtsgestaltungsklagen sind zwangsweiser Verwirklichung nicht fähig. Sie erzeugen nur Vollstreckungswirkungen im weiteren Sinne, die an den Eintritt der Rechtskraft geknüpft sind. Solche Urteile dürfen daher überhaupt nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden (Gaupp-Stein [8/9] 355, 379). Ist dies doch geschehen, so ist es für den Registerrichter unbeachtlich (aM. KGJ. **14** A 236). Auf Grund eines nur vorläufig vollstreckbaren Urteils kann deshalb die Auflösung einer GmbH. und die Bestellung von Liquidatoren nicht eingetragen werden (ebenso Staub-Hachenburg [3] Anm. 10 zu § 61 GmbHG., Brand Anm. 4 c zu § 133 HGB.).

§ 706. OLG. **22** 357 (KG.). Der Nachweis der Zustellung einer abgekürzten Ausfertigung des Urteils genügt für die Erteilung des Notfristzeugnisses (§ 496 Abs. 6 Satz 2). Sind bei der Rechtsmittelinstanz die Geschäfte sachlich verschiedenen Abteilungen zugewiesen, so ist es Sache des mit der Ausstellung des Notfristzeugnisses befaßten Gerichtsschreibers, sich selbst (z. B. durch Einforderung der Akten) Gewißheit darüber zu verschaffen, ob er nach der Geschäftsverteilung zur Erteilung der Bescheinigung zuständig ist. Eine Mitwirkung der Partei hierbei kann nicht verlangt werden. — S. auch JDR. **9** Nr. 1.

§ 707. (§ 719.) 1. OLG. **23** 195 (München). Wird ein im Wechselprozeß ergangenes Vorbehaltsurteil im Nachverfahren durch Urteil erster Instanz aufgehoben, so kann die Zwangsvollstreckung aus diesem Urteile nicht auf Antrag des Gläubigers gemäß §§ 707, 719 eingestellt werden, um die Rückgabe der vom Schuldner zur Abwendung der ZwV. aus dem Vorbehaltsurteile geleisteten Sicherheit zu verhindern. Denn §§ 707, 719 gelten nur für den verurteilten Beklagten, nicht für den Gläubiger.

2. BreslauAK. **11** 68 (LG. Gleiwitz). Die Einstellung der ZwV. aus dem Urteile bewirkt zugleich die der ZwV. aus dem Kostenfestsetzungsbeschlusse, der es ergänzt.

§§ 708 ff. Literatur: Strauß, Erweiterung der vorläufigen Vollstreckbarkeit der Urteile de lege ferenda, RheinARV. **28** 118—122.

§ 708. Nr. 7. 1. ElsLothJZ. **11** 225 (Colmar). § 708 Nr. 7 gilt trotz § 4 ElsLothAGZPO. auch gegenüber Gemeinden.

2. OLG. **23** 207 (Jena). Wird ein Urteil des OLG. gemäß § 708 Nr. 7 für vorläufig vollstreckbar erklärt, ohne daß in ihm ein Vorbehalt zugunsten des Schuldners aus § 713 Abs. 2 gemacht wird, so fällt die dem Schuldner im Urteile des LG. gewährte Hinterlegungsbefugnis fort. Denn § 708 Nr. 7 erstreckt sich nicht nur auf die Kosten der Berufungsinstanz, sondern auch auf die Verurteilung in der Hauptsache.

3. KGBl. **11** 110 (KG.). Die vorläufige Vollstreckbarkeit der Urteile der Oberlandesgerichte nach § 708 Nr. 7 hat zur Folge, daß die Veranlassung zur Sicherheitsleistung zwecks Herbeiführung der ZwV. aus dem bestätigten Urteile des LG. fortgefallen ist. Der Gläubiger kann dann nach § 109 Rückgabe der von ihm hinterlegten Sicherheit verlangen.

§ 710. 1. SeuffA. **66** 254, SchlHolstAnz. **11** 39 (Kiel). Ob ein Gläubiger, der zur Durchführung der vorläufigen Vollstreckbarkeit Sicherheit leistet, Anspruch auf Ersatz des ihm durch die Hinterlegung entstehenden Zinsverlustes hat, hängt von der Beurteilung des Einzelfalls ab. Ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Schaden und dem Verzuge des Schuldners ist nur dann vorhanden, wenn die Vollstreckung nach Lage des Falles zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich war.

2. KGBl. **11** 83 (KG.). Für die zur Vorbereitung der ZwV. vorgenommene Hinterlegung einer Sicherheit steht dem Anwalte die Gebühr aus § 87 RAGebO. nicht zu (ebenso **RG. 9** 330, **11** 364, OLG. **13** 265, **17** 236, **19** 259, KGBl. **09** 128). — S. auch JDR. **8** Nr. 2.

§ 713. Abs. 2. OLG. **22** 358 (Hamburg). Ist in Abänderung des verurteilenden Erkenntnisses erster Instanz die Klage durch vorläufig vollstreckbares Berufungsurteil abgewiesen, so ist damit zugleich die vorläufige Vollstreckbarkeit des ersten Urteils weggefallen, auch wenn Revision eingelegt wird. Der Kläger muß deshalb die Sicherheit, die zur Abwendung der vorläufigen Vollstreckbarkeit des ersten Urteils vom Beklagten geleistet wurde, freigeben, ohne daß es erst einer Fristsetzung zur Klagerhebung nach § 109 bedarf.

§ 714. HansGZ. **11** Beibl. 24 (Hamburg). Ein nach Schluß der mündlichen Verhandlung erfolgendes Anerbieten einer Sicherheitsleistung ist bedeutungslos.

§ 715. a) BayRpflZ. **11** 143 (Nürnberg) tritt der herrschenden Meinung bei, daß dem Rechtsanwalte für den Antrag auf Anordnung der Rückgabe einer Sicherheit nach § 715 eine besondere Gebühr neben der Prozeßgebühr nicht zusteht (ebenso Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren [7] 193 Anm. 2 zu § 24, 165 Anm. II 3 h zu § 13 RAGebO., OLG. **13** 259, **17** 239). Ebenso OLG. **23** 132 (München). b) HessRspr. **12** 26 (Darmstadt). Für den Antrag aus § 715 steht dem Anwalte die Gebühr aus § 24 RAGebO. nur zu, wenn sich seine Tätigkeit auf diesen Antrag beschränkt. Sonst fällt der Antrag unter den durch die Prozeßgebühr gedeckten Prozeßbetrieb. Über die Streitfrage vgl. JDR. **1** 3, **3** 3, **4** 3, **5** 2, **6** 2 a, **8**, **9** 2.

§ 716. Literatur: Wedell, Findet bei Übergehung der Schutzanträge des Schuldners aus §§ 712 und 713 Abs. 2 ZPO. eine Ergänzung des Urteiles gemäß § 716 ZPO. statt? JW. **11** 797—800.

Wedell. § 716 ist auf eine Übergehung der Schutzanträge des Schuldners aus §§ 712 und 713 Abs. 2 analog anwendbar. Ebenso Wilmowski-Levy, Struckmann-Koch (9) § 716 Anm. II, OLG. **18** 390 (Hamburg). AM. Gaupp-Stein (8/9), Bem. II zu § 716, Seuffert (10) 322, Falkmann (2) 43 Anm. 16, Neukamp (2) Anm. 2 zu § 716, OLG. Düsseldorf in zwei Entsch.: JW. **11** 797, auch OLG. **23** 204. Das Bedürfnis zur Urteilsergänzung in diesem Falle wird durch die Befugnis des Schuldners, nach § 719 Einstellung der ZwV. zu erwirken, abgeschwächt. S. auch JDR. **3** 1, **6**, **7**, **8**.

§ 717. I. Abs. 1. **RG.** R. **11** Nr. 3848. Die Aufhebung eines die Berufung zurückweisenden Urteils nach § 565 enthält nicht zugleich die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils.

II. Abs. 2. 1. **RG.** R. **11** Nr. 2369. Wer aus § 717 Abs. 2 Schadensersatz verlangen kann, ist nicht verpflichtet, sich deswegen an die vom Gegner gemäß § 710 geleistete, ihm als Pfand haftende Sicherheit zu halten.

2. **RG.** JW. **11** 943, R. **11** Nr. 3532. Dritte, in deren Vermögen versehentlich vollstreckt ist, können auf Grund des § 717 Abs. 2 keine Schadensersatzansprüche erheben.

3. Einwendungen. a) **RG. 76** 406, JW. **11** 769, LeipzZ. **11** 779. Gegenüber einem Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 ist — anders als früher gegenüber dem Erstattungsanspruch aus § 655 Abs. 2 aF. (**RG. 34** 354) — die Aufrechnung unbeschränkt zulässig. § 393 BGB. greift nicht Platz. S. auch JDR. **4** 2 a, **5** Abs. 2, 4, **6** II 5 c, **9** 5. b) OLG. **22** 253 (KG.). Hat der Beklagte (Mieter) auf Grund eines vollstreckbaren Räumungsurteils des AG. ausziehen müssen, so kann, wenn demnächst das Urteil in II. Instanz aufgehoben wird, der Kläger (Vermieter) gegenüber dem Anspruch aus § 717 Abs. 2 weitere Räumungsgründe geltend machen.

4. Streitwert. HessRspr. **11** 165 (LG. Gießen). Bedient sich der Beklagte des Rechtsbehelfs aus § 717 Abs. 2 Satz 2, so bleibt Gegenstand des Rechtsstreits nur der vom Kläger geltend gemachte Anspruch (**RG. 63** 367). Anders, wenn deshalb selbständige Klage oder Widerklage erhoben wird. S. auch JDR. **6** 7, **8** Abs. 2, 4.

§ 718. OLG. **22** 358 (KG.). Der im ersten Rechtszuge versäumte Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit kann im Wege der Anschlußberufung nachgeholt werden. Ebenso Gaupp-Stein I 2 4 zu § 714, OLG. **7** 302 (Dresden). Der Gegengrund des OLG. **17** 185 (Hamburg), dies sei unzulässig, weil der Anschließungskläger nicht beschwert sei, ist nicht ausschlaggebend: § 529 Abs. 2 läßt auch sonst — ausnahmsweise — neue Ansprüche in der Berufungsinstanz zu. Über die Anschlußberufung kann durch Teilurteil vorab entschieden werden. S. auch JDR. **1**, **3** 1, **5** 2, **6** 2, **7**, **8**, **9** 1.

§ 719. R. **11** Nr. 1182 (BayObLG.). Das Revisionsgericht hat nach § 719 Abs. 2 die ZwV. ohne Rücksicht auf die Erfolgsaussicht des Rechtsmittels einstweilen einzustellen, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde. — S. auch oben zu § 707.

§ 722. Literatur: Haeger, Die Vollstreckung von Urteilen und Schiedssprüchen im internationalen Rechtsverkehr. Berlin 1910. — Ergänzende Hinweisungen dazu in der Besprechung Sperls, GoldschmidtsZ. **69** 273.

1. Sperl, AÖstGZ. **11** 369, 380, 387, 401, 411, erörtert die Vollstreckung österreichischer Exekutionstitel in Deutschland und umgekehrt.

2. ElsLothJZ. **11** 245 (Colmar). Die Vollstreckbarkeit französischer Urteile richtet sich in Elsaß-Lothringen nicht nach §§ 328, 722 f. ZPO., sondern ausschließlich nach dem Staatsvertrage vom 16. April 1846, der nach Art. 18 Abs. 4 der Zusatzkonvention vom 11. Dezember 1871 zum Friedensvertrage zwischen Deutschland und Frankreich vom 10. Mai 1871 als Reichsgesetz gilt. Der Beisatzbefehl ist danach auch zu erteilen, wenn das französische Urteil den inländischen Gesetzen oder den guten Sitten zuwiderläuft. — ElsLothJZ. **11** 524 und 528 (Colmar) lassen die Frage der Anwendbarkeit des § 722 neben jenem Rechtshilfevertrag unentschieden. — S. auch JDR. **3** 3.

§ 726. 1. **RG.** WarnE. **11** 112, R. **11** Nr. 589 hält daran fest, daß gegenüber der Verfallsklausel bei unpünktlicher Zinszahlung die Beweislast für rechtzeitige Zinszahlung dem Schuldner obliegt. S. auch JDR. **1** 1, **3** 1, **6** 2, **7** 1.

2. RheinA. **108** I 258 (Düsseldorf). Ist vom Gerichtsvollzieher in der Zustellungsurkunde beurkundet, daß er ein Kündigungsschreiben „im Auftrage" des Gläubigers zugestellt habe, so ist der nach § 726 erforderliche Nachweis durch eine öffentliche Urkunde geführt. Einer öffentlichen Beglaubigung der Unterschrift des Kündigungsschreibens bedarf es nicht. Ebenso Gaupp-Stein bei Anm. 29 zu § 726, Neumüller, SeuffBl. **04** 563; SeuffBl. **06** 126 (BayObLG.) — JDR. **5** 1 — betraf einen Fall, wo der Auftrag zur Zustellung von einem Anwalt erteilt war, der eine unbeglaubigte Vollmacht hatte, und auch nicht beurkundet war, daß „im Auftrage" des Gläubigers zugestellt werde. S. auch JDR. **3** 2.

§ 727. Literatur: Deumer, Behandlung der auf den Zwangsverwalter lautenden Vollstreckungsklausel nach Beendigung der Zwangsverwaltung, BuschsZ. **41** 59—66.

1. Anwendungsfälle. a) BuschsZ. **41** 202 (Cassel). Jede nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit stattgehabte Rechtsnachfolge kann die Grundlage einer Umschreibung der Klausel nach § 727 bilden, auch wenn die Rechtsnachfolge an sich schon im Urteile hätte berücksichtigt werden müssen (Gaupp-Stein, ZPO. § 727 Anm. II 2 a). **b)** OLG. **22** 359, SeuffA. **66** 122 = BayObLG. **11** 221 s. JDR. **9** 1 b. Der Pfandgläubiger einer vollstreckbaren Forderung ist Rechtsnachfolger im Sinne des § 727. **c)** *Reichel, Prozesse des vorläufigen Erben 57. Auch dem bloß vorläufigen Erben des Gläubigers kann Vollstreckungsklausel erteilt werden. **d)** OLG. **23** 134 (Braunschweig). Daß ein Armenanwalt die Kosten von vornherein für sich festsetzen lassen darf (§ 124), schließt die Umschreibung eines auf die arme Partei lautenden Festsetzungsbeschlusses auf seinen Namen nicht aus; denn der Armenanwalt steht vermöge der ihm im § 124 erteilten Ermächtigung, sich wegen und mittels des Rechtes der armen Partei an den Gegner zu halten, einem Pfändungsgläubiger nach erfolgter Überweisung gleich. Ebenso im Ergebnisse Raddatz, GruchotsBeitr. **39** 329, **RG.** JW. **96** 146, OLG. **1** 381 (Posen), **17** 315 (Kiel); aM. OLG. **6** 130 (Dresden). S. JDR. **3** 4, **6** 3 g, **7** 4, **9** 4 und zu § 124. **e)** Deumer. Gegen die herrschende Ansicht, nach welcher der Zwangsverwalter als Rechtsnachfolger im Sinne des § 727 anzusehen ist (OLG. **9** 144 [Kiel], **15** 34 [Köln], Fischer-Schäfer, ZVG. § 152 Anm. 7, v. d. Pfordten § 152 Anm. 5, Reinhard § 152 Nr. 6, Gaupp-Stein), wird ausgeführt, der Zwangsverwalter sei nur ein im Rahmen des § 152 ZVG. bestellter Parteivertreter, der im Prozesse nicht Sachlegitimation, sondern nur Prozeßlegitimation besitze. Nach Beendigung der Zwangsverwaltung könne daher ohne Umschreibung der Klausel aus einem für oder gegen den Zwangsverwalter lautenden Titel für und gegen den Schuldner vollstreckt werden. **f)** OLG. **23** 204 (KG.). Der Zwangsverwalter ist insoweit Rechtsnachfolger des Schuldners im Sinne des § 727, als die Zwangsverwaltung dessen Verfügungsbefugnis einschränkt. S. auch JDR. **6** 3 d. **g)** OLG. **22** 359 (München) = BayRpflZ. **10** 388 s. JDR. **9** 1 c. Konkursverwalter Rechtsnachfolger im Sinne des § 727. S. auch JDR. **1** 4, **5** 2, **6** 3 e, **7** 3 b, **9** 1 c.

2. Anwendbarkeit verneint. SächsOLG. **32** 52 (Dresden) = ZBl. FG. **11** 42 s. JDR. **9** 2 b. Zu einem gegen eine offene Handelsgesellschaft ergangenen Urteile kann nach Auflösung der Gesellschaft keine vollstreckbare Ausfertigung gegen die Gesellschafter erteilt werden.

3. BayRpflZ. **11** 142 (München). Ist der Eigentümer eines Grundstücks als solcher zur Beseitigung einer Einrichtung verurteilt worden, so wirkt das Urteil nach § 325 nur in der Hauptsache gegen den Rechtsnachfolger im Eigentume. Nur insoweit, also nicht wegen der Kosten, kann deshalb nach § 727 gegen diesen vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden. S. auch JDR. **6** 3 h.

4. RheinA. **108** I 184 (Düsseldorf). Die Vollstreckungsklausel ist auf Antrag auch gegen einzelne Miterben zu erteilen, wenn auch nach § 747 vor der Tei-

lung zur ZwV. in den Nachlaß eine gegen alle Erben laufende Vollstreckungsklausel erforderlich ist; denn die Miterben haften nach § 2058 BGB. als Gesamtschuldner (Seuffert Anm. 5 a, Gaupp-Stein Anm. II 2 c zu § 727).

5. SeuffA. **66** 326 (Dresden). Die Abtretung einer von der Ehefrau gegen ihren Mann erstrittenen vollstreckbaren Forderung bedarf der Zustimmung des Mannes, da es sich um eine nicht unter § 1407 BGB. fallende Verfügung über eingebrachtes Gut handelt. Bevor diese Zustimmung nachgewiesen ist, darf deshalb die Vollstreckungsklausel nicht umgeschrieben werden.

6. Inhalt der Klausel. ThürBl. **58** 126 (Jena). In der Vollstreckungsklausel brauchen die Urkunden, auf Grund deren die Rechtsnachfolge als erwiesen angesehen ist, nicht bezeichnet zu werden (aM. Gaupp-Stein, Petersen). Nur im Falle des Abs. 2 müssen die Grundlagen für die Offenkundigkeit angegeben werden. ➠ Die Erwähnung der Urkunden ist aber im Hinblick auf § 750 Abs. 2 auch im Falle des § 727 Abs. 1 wünschenswert. Red. ⟵

§ 730. 1. WürttZ. **11** 11 (LG. Ellwangen). Darf die Klausel nur auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt werden, so ist sie mangels Erwähnung dieser Anordnung unwirksam.

2. R. **11** Nr. 381 (München). Gegen die Versagung der Vollstreckungsklausel ist nach erfolgloser Anrufung des Prozeßgerichts die einfache, nicht die sofortige Beschwerde gegeben. Es greift deshalb auch § 577 Abs. 4 nicht Platz.

§ 731. Literatur: Roeger, Wann ist die Klage aus § 731 ZPO. mangels Rechtsschutzbedürfnisses abzuweisen? GruchotsBeitr. **55** 326—331.

*Roeger. Die Klage aus § 731 ist abzuweisen, wenn ein Rechtsschutzbedürfnis für die Erteilung der Klausel nicht vorliegt. Ist ein solches vorhanden, so ist das Klageverfahren (§ 731) aber nicht etwa dem Antragsverfahren (§§ 724, 730) gegenüber subsidiär. Beide Rechtsbehelfe stehen dem Gläubiger dann vielmehr in jedem Falle nebeneinander zur freien Auswahl. Wird das Klageverfahren gewählt, obwohl das Antragsverfahren möglich war, so treffen doch den Kläger nicht etwa die dadurch entstehenden Mehrkosten. S. auch JDR. **7** 1.

§ 732. *Schultz, Vollstreckungsbeschwerde (s. zu § 766). Die Einwendungen im Sinne von § 732 müssen zwar nicht notwendig innerhalb des Vollstreckungsverfahrens erfolgen, sie können es aber. Mithin ist die Entscheidung über sie mit der sofortigen Beschwerde des § 793 anfechtbar (121). Eine Konkurrenz des Rechtsbehelfs des § 732 mit der sofortigen Beschwerde des § 793 ist somit möglich, eine solche mit der Vollstreckungsbeschwerde des § 766 aber ausgeschlossen, da die Anwendbarkeit der Vollstreckungsbeschwerde den Beginn der Zwangsvollstreckung voraussetzt, die Einwendungen nach § 732 aber Akte betreffen, die zwar im Zwangsvollstreckungs verfahren, aber vor Beginn der Zwangsvollstreckung selbst liegen (124).

§ 733. BadRpr. **11** 255 (Karlsruhe). Ob der Antrag auf Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung zurückzuweisen ist, wenn der Gerichtsvollzieher nach Empfang der Leistung die erste Ausfertigung nebst Quittung dem Schuldner ausgeliefert hat (vgl. hierzu Gaupp-Stein [8, 9], Anm. I Abs. 3, Petersen [5], Anm. 1 zu § 733), kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist ein solcher Antrag nicht schon dann gerechtfertigt, wenn ein Dritter als Eigentümer der versteigerten Gegenstände gegen den Gläubiger die Bereicherungsklage erhoben hat; denn erst mit der Herauszahlung des Erlöses wacht die frühere Forderung wieder auf (**RG. 40** 292).

§ 735. OLG. **23** 90 (Hamburg). Zur ZwV. gegen eine Reederei genügt ein gegen sie gerichtetes Urteil.

§§ 737 ff. Literatur: Hein, Duldung der Zwangsvollstreckung. Berlin 1911. Heft 34 der Leonhard'schen Studien z. Erl. d. b. R.

§ 737. Hein 2. Zur Pfändung des Wertersatzanspruchs des Bestellers gegen den Nießbraucher an einem Vermögen in Ansehung der verbrauchbaren Sachen bedarf es eines doppelten Titels gemäß § 737.

§ 739. 1. **a)** OLG. **22** 367 (KG.). Die Duldungsklage gegen den Mann ist kein bloßes „Anhängsel" der Leistungsklage gegen die Frau. Beide sind gewöhnliche Streitgenossen im Sinne des § 60. Für jeden Streitgenossen sind die Prozeßvoraussetzungen, darunter die Frage der örtlichen Zuständigkeit, selbständig zu prüfen (Gaupp-Stein Anm. 7, 8 zu § 59, II zu § 60, IV 4 zu § 739). S. auch JDR. **1** 2, **3** 8, **4** 3, **5** 3. **b)** PosMSchr. **11** 180 (LG. Graudenz). Der zur Duldung der ZwV. in das eingebrachte Gut verurteilte Ehemann ist, soweit es sich um Frauengut handelt, auch selbst Vollstreckungsschuldner, deshalb insoweit zur Leistung des Offenbarungseids (auch aus § 883) verpflichtet.

2. **a)** Hein 21. Besteht Gütertrennung, so ist eine Klage gegen den Mann auf Duldung der ZwV. unzulässig. Der Gläubiger muß zur Brechung des ehemännlichen Besitzes und des darauf gestützten Widerspruchs (§ 809) in den Anspruch der Frau auf Herausgabe der Sachen vollstrecken (§ 846). Die Möglichkeit, daß der Mann im Zeitpunkte der ZwV. das Mitverwaltungsrecht habe, bildet keine genügende Grundlage für die Duldungsklage (aM. OLG. **15** 161, **20** 334 [KG.]), auch die Nichteintragung der Gütertrennung rechtfertigt sie nicht (aM. SächsRpfl. **27** 356 [Dresden]). §§ 1435, 1562f. BGB., nach denen der Güterstand zur Sicherung des Rechtsverkehrs Dritten erkennbar gemacht werden soll, sind Schutzvorschriften. Verweigert der Mann Auskunft über den Güterstand, so verletzt er mindestens fahrlässig ein Schutzgesetz (§ 823 Abs. 2 BGB.). **b)** AM. R. **11** Nr. 1357 (Cöln). Auch bei Gütertrennung ist die Klage gegen den Mann auf Duldung der ZwV. in das Vermögen der Frau zulässig, wenn sich bei der ZwV. Schwierigkeiten daraus ergeben, daß der Gläubiger das Bestehen der Gütertrennung nicht nachweisen kann. S. JDR. **6** 3, **9** 1.

3. Walter, BayNotZ. **12** 114, spricht sich im Hinblick auf die Entsch. des BayObLG. (BayRpflZ. **10** 315, s. JDR. **9** 6) de lege ferenda für eine Vereinfachung des Kostenfestsetzungsverfahrens nach Art. 50 BayNotG. aus.

§ 740. 1. Hein 204. Während der Gütergemeinschaft ist eine Klage auf Duldung der ZwV. in das Gesamtgut weder gegen die Frau noch gegen den Mann zulässig. Die Duldungsklage ist auch nicht notwendig, weil auf Grund des gegen den Mann oder gegen die Geschäftsfrau vorliegenden Leistungsurteils auch die in der tatsächlichen Gewalt des anderen Gatten befindlichen Gesamtgutssachen gepfändet werden dürfen. Ein Gesamtgutsrecht, das im Grundbuch auf den Namen des im Leistungstitel nicht benannten Gatten eingetragen ist, kann erst gepfändet werden, nachdem der Gläubiger die Berichtigung des Grundbuchs herbeigeführt hat.

2. RJA. **11** 75, KGJ. **40** A 157, ZBlFG. **12** 96 (KG.). § 740 ist auf gerichtliche Vergleiche dann nicht anwendbar, wenn in dem Vergleiche der Mann über Sachen oder Rechte verfügt hat, die der Verfügungsgewalt des Mannes nach §§ 1444 ff. BGB. nur mit Zustimmung der Frau unterworfen sind.

§ 741. Hein 186. Neben dem Urteile gegen die Geschäftsfrau ist zur ZwV. in das eingebrachte Gut in allen durch § 774 gedeckten Fällen die Erwirkung des Duldungstitels zulässig. Soweit § 774 nicht zutrifft, gilt folgendes: Der Mann kann auf Feststellung seiner Haftung oder auf Duldung der ZwV. verklagt werden; zum Zugriff auf das in der Hand des Mannes befindliche eingebrachte Gut bedarf es keines besonderen Titels gegen den Mann.

§ 750. 1. OLG. **23** 206 (Braunschweig). Ist im Urteil eine Firma als Partei bezeichnet, so hat das Vollstreckungsorgan zu prüfen, wer zur Zeit der Rechtshängigkeit Inhaber der Firma war (Seuffert, Struckmann-Koch zu § 750 ZPO.; Staub zu § 17 HGB.; **RG. 66** 416). Besteht die offene Handelsgesell-

schaft, auf deren Firma das Urteil lautet, nicht mehr, so ist ZwV. aus dem Urteil unzulässig. S. auch JDR. **3** 2, **7** 1.

2. R. **11** Nr. 1968 (Colmar). Ein auf Grund eines Privatklageverfahrens ergangener Kostenfestsetzungsbeschluß muß, wenn man in ihm überhaupt eine zur ZwV. geeignete Urkunde sieht, dem Schuldner persönlich zugestellt werden, wenn sein Verteidiger nicht zur Entgegennahme von Zustellungen bevollmächtigt ist.

3. **a**) KGBl. **11** 58 (KG.). Eine Verletzung der den Beginn der ZwV. betreffenden Vorschriften der §§ 750 ff. hat Nichtigkeit des Vollstreckungsakts zur Folge (Falkmann, ZwV. I 152, Müller, Wirksamkeit d. Pfändungspfandrechts 145 ff., Neukamp, GruchotsBeitr. **35** 575, Gaupp-Stein § 750 I, Seuffert Anm. 7, Petersen-Anger Anm. 3; **RG. 6** 388, **8** 431, **20** 334, 435, **25** 370, GruchotsBeitr. **36** 467, **45** 1156; aM. Riehl, BuschsZ. **17** 58). Eine Bestrafung aus § 137 StGB. kann nicht eintreten, wenn die vom Täter verletzte Beschlagnahme nicht den Vorschriften der §§ 750 ff. entsprach (**RG.** [Straff.] **14** 152). Diese Nichtigkeit ist weder im Verhältnisse zu anderen Gläubigern und Dritten (ebenso **RG.** GruchotsBeitr. **28** 845, **36** 467, **RG. 25** 371) noch im Verhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner (aM. **RG.** aaO.) durch Nachholung des bisher fehlenden Erfordernisses heilbar. § 751 Abs. 1 wäre illusorisch, wenn der bloße spätere Eintritt des Kalendertags die Nichtigkeit einer früheren Vollstreckung im Verhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner heilen könnte; auch die Ausnahmevorschrift des § 929 wäre nicht verständlich, wenn die Nachholung regelmäßig zulässig wäre. **b**) OLG. **22** 400 (Colmar). Auch dem Schuldner gegenüber kann die mangels Zustellung des Vollstreckungstitels nach § 750 ungültige Vollstreckungshandlung nicht durch nachträgliche Zustellung gültig werden. **c**) *Schultz, Vollstreckungsbeschwerde. Die Ansicht, die vor Zustellung von Titel und Klausel vorgenommene Pfändung sei zwar unwirksam, konvaleszziere aber mit der nachträglichen Zustellung, ist abzulehnen, da sie der Rechtsunsicherheit Tür und Tor öffnet. Eine solche Pfändung bleibt vielmehr ungültig, einerlei, ob die Zustellung nachgeholt wird oder nicht (247/248). **d**) OLG. **23** 205 (Posen). Im Verhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner kann die mangels Nachweises der Sicherheitsleistung zunächst unwirksame ZwV. durch nachträgliche Beibringung des Nachweises geheilt werden. **e**) BuschsZ. **41** 207 (Colmar). Wenn auch nach der Ansicht des RG. die Versäumung der in den §§ 750, 751 geforderten Zustellungen die ZwV. nicht schlechthin unwirksam macht, eine nachträgliche Heilung des Mangels vielmehr zulässig ist, so kann doch das Fehlen des zur Einleitung der ZwV. erforderlichen Titels niemals nachträglich geheilt werden. Im Falle des § 743 kann daher eine ZwV. in das Gesamtgut erst wirksam vorgenommen werden, wenn gegen beide Ehegatten ein Titel vorliegt. S. auch JDR. **1** 2, **6**, **8**.

§ 751. Abs. 2. OLG. **23** 205 (Posen). Ist die Hinterlegungserklärung nachträglich berichtigt, so muß nachgewiesen werden, daß die die Berichtigung enthaltende Urkunde ebenfalls der Hinterlegungsstelle zugestellt ist.

§§ 753 ff. 1. a) Kraft, Haftpflicht der Justizbeamten, RheinA. **108** I 19 bis 79 erörtert u. a. (58—67) die Haftpflicht des Gerichtsvollziehers an zahlreichen Einzelfällen aus der Rechtsprechung. **b**) Wreschner, DJZ. **11** 1475 bespricht die Neuerungen, welche das Gerichtsvollzieherwesen in Württemberg durch die JMinVf. vom 22. Juli 1911 (Amtsbl. 259) erfahren hat.

2. **RG.** R. **11** Nr. 3116. Hat ein Gerichtsvollzieher einen für seinen Auftraggeber gepfändeten Geldbetrag, statt ihn an den Auftraggeber abzuliefern, unter Nichtachtung der Frist des § 798 für eine Kostenforderung des Vollstreckungsschuldners gepfändet und diesem wieder zurückgegeben, so haftet er dem ursprünglichen Auftraggeber für den aus dem vertrags- und amtswidrigen Verhalten erwachsenen Schaden. Insoweit der Auftraggeber durch die Handlungsweise des Gerichtsvollziehers von einer Schuld befreit ist, ist ihm ein Schaden nicht entstanden.

3. RheinA. **108** I 288 (Cöln). Der Gerichtsvollzieher hat bei der Vornahme der Pfändung den objektiven Verkaufswert der Gegenstände nach freiem Ermessen zu schätzen. Für ein Versehen hierbei haftet er nur bei grobem Verschulden. Er handelt nicht schuldhaft, wenn er bei der Versteigerung auf ein Gebot den Zuschlag nicht erteilt, weil der anwesende Gläubiger mit dem Schuldner oder einem Dritten in nicht aussichtslose Vergleichsverhandlungen eingetreten ist, der Nichterteilung des Zuschlags auch nicht widersprochen hat.

4. ElsLothJZ. **11** 204 (Colmar). Da der Gerichtsvollzieher nur Pfändungsbeauftragter, nicht aber Stellvertreter des Gläubigers ist, so schadet eine Kenntnis des Gerichtsvollziehers von der Zahlungseinstellung dem Gläubiger nicht (ebenso **RG. 9** 361, **16** 396 und die herrschende Meinung).

§ 755. *Schultz, Vollstreckungsbeschwerde. Das Fehlen der vollstreckbaren Ausfertigung ist ein rein formaler Mangel, der die Wirksamkeit der trotzdem vorgenommenen Vollstreckungshandlungen nicht berührt (263). — Der Mangel des Auftrags bei Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung ist kein Nichtigkeitsgrund, wohl aber ein Anfechtungsgrund, der vom Schuldner oder Dritten mit der Vollstreckungsbeschwerde des § 766 geltend gemacht werden kann. Geschieht dies, so wird die Pfändung ex tunc unwirksam (263/265). — Ebenso sind die Vollstreckungshandlungen, die der Gerichtsvollzieher ohne Auftrag und ohne vollstreckbare Ausfertigung vornimmt, nur anfechtbar, nicht aber nichtig. Jedoch kann in diesem Falle, da Satz 2 des § 755 nicht einschlägt, auch der Gläubiger den Mangel des Auftrags geltend machen (264).

§ 756. RheinARV. **28** 92 (LG. u. OLG. Cöln). Ist eine Partei verurteilt, Zug um Zug gegen Rückgabe eines der Gegenpartei gelieferten Gegenstandes den Kaufpreis zurückzuzahlen, so ist sie verpflichtet, den Gegenstand abzuholen. Um sie in Annahmeverzug zu setzen, genügt daher eine Aufforderung seitens des Gerichtsvollziehers, der wegen der Kaufpreisforderung vollstrecken soll, den Gegenstand abzuholen (§ 295 BGB.).

§ 758. 1. *Schultz, Vollstreckungsbeschwerde. Die Nichtbeachtung der Vorschriften der §§ 758, 759, 813 hat nicht die Nichtigkeit, sondern nur die Anfechtbarkeit der Pfändung zur Folge (314). — Die Ansicht dagegen, diese Bestimmungen seien lediglich Ordnungsvorschriften, die Rüge ihrer Verletzung sei auf den Disziplinarweg zu verweisen, ist abzulehnen (322). — Verzicht des Schuldners, ausdrücklicher und stillschweigender, ist wirksam, berührt aber die Rechte des Gläubigers nicht (323).

2. OLG. **22** 359, HansGZ. **11** Beibl. 100 (Hamburg). Gelingt es dem Schuldner, den vom Gerichtsvollzieher bereits ergriffenen Gegenstand dem Beamten wieder zu entreißen und einem Dritten zuzustecken, so kann der Gerichtsvollzieher diesem die Sache sofort wieder gewaltsam abnehmen. Es liegt ein einheitlicher bei dem Schuldner selbst vorgenommener Vollstreckungsakt vor.

§ 761. OLG. **22** 360, R. **11** Nr. 2198 (Colmar). § 761 ist stets anwendbar, wenn der Gläubiger ohne eine solche Anordnung gar nicht oder doch nur mit großen Schwierigkeiten und Weiterungen die Vollstreckung betreiben kann. Ob der Schuldner die ZwV. an Wochentagen zu vereiteln beabsichtigt, ist unerheblich. — Gegen die Entscheidung aus § 761 findet die sofortige Beschwerde statt.

§ 764. 1. KGBl. **11** 78 (LG. I Berlin). Die ZwV. wegen Geldforderungen gegen den Fiskus erfolgt nach § 15 Ziff. 3 EGZPO., § 33 I 35 AGO., Anh. § 242 dazu (unter Berücksichtigung der Beseitigung des dort erwähnten Erinnerungsbeschlusses durch § 15 PrG. vom 20. März 1854 und der inzwischen eingetretenen Veränderung der Behördenverfassung) zunächst in der Weise, daß die zuständige Finanzbehörde von dem ZwV.antrage durch das zuständige Vollstreckungsgericht benachrichtigt wird. Zuständig ist dasjenige Vollstreckungsgericht, in dessen Bezirk die zur Zahlungsanweisung berufene Verwaltungsbehörde ihren Sitz hat.

Die AVf. vom 25. April 1906 betr. den Gerichtsstand für die Behörden in Berlin (JMBl. **06** 128) findet Anwendung.

2. KGBl. **11** 33 (LG. I Berlin). Finden infolge Wohnsitzwechsels des Schuldners die Vollstreckungshandlungen in den Bezirken verschiedener Gerichte statt, so ist für jede einzelne Vollstreckungshandlung dasjenige Amtsgericht Vollstreckungsgericht, in dessen Bezirk die Handlung vorgenommen worden ist.

§ 766. Literatur: Schultz, Das Verhältnis der Vollstreckungsbeschwerde des § 766 ZPO. zu der sofortigen Beschwerde des § 793 ZPO. Berlin 1911.

1. Allgemeines. *Schultz aaO. Zwangsvollstreckung ist die Summe der staatlichen Zwangsakte (161). „Art und Weise der Zwangsvollstreckung" im Sinne von § 766 bedeutet die Art und Weise, in der die einzelnen Zwangsmittel gegenüber dem widerstrebenden Schuldner angewendet werden und in der der hierdurch erzielte Erfolg zur Befriedigung des Gläubigers verwertet wird (204). Dabei kennt die ZPO. keinen Gegensatz zwischen den Begriffen „Art und Weise der Zwangsvollstreckung" und „Verfahren". Dieses wird von jener mit umfaßt, einerlei, ob der Gerichtsvollzieher vollstreckt oder das Gericht (207). — In allen denjenigen Fällen, in denen ein und dieselbe Tatsache, z. B. Erlaß, Zahlung die Grundlage sowohl für die Vollstreckungsbeschwerde als auch für die Vollstreckungsgegenklage bilden kann, unterscheiden sich beide Rechtsbehelfe folgendermaßen: Wird der Einwand in Form der Gegenklage vorgebracht, so wird die Vollstreckbarkeit im ganzen angegriffen und, falls die Klage durchdringt, beseitigt (sei es definitiv, sei es vorläufig). Damit wird jedes weitere Vollstreckungsverfahren für den fraglichen Titel unmöglich (sei es dauernd, sei es für gewisse Zeit), wobei zugleich auch das Erlöschen oder die Hemmung des Anspruchs festgestellt wird. Die Geltendmachung des Einwandes in der Form der Vollstreckungsbeschwerde beseitigt bestenfalls nur das konkrete Vollstreckungsverfahren, manchmal sogar nur den einzelnen Vollstreckungsakt, gegen den sie sich richtet, ohne daß die Vollstreckbarkeit des Titels beseitigt würde. Wird alsbald dieselbe Vollstreckungshandlung nochmals vorgenommen, so muß der Schuldner von neuem die Vollstreckungsbeschwerde erheben. — Die herrschende Ansicht, die die Vollstreckungsakte des Gerichts bei fehlendem vorgängigen Gehöre des Schuldners von dem Begriffe der „Entscheidung" ausnimmt und lediglich als „Anordnung" bezeichnet, mithin dagegen nur die Vollstreckungsbeschwerde zuläßt, die sofortige Beschwerde aber ausschließt, ist ebenso abzulehnen, wie die Gegenansicht (Niedieck, BuschsZ. **18** 369 ff., Seuffert, Komm. bis zur 7. Aufl.), die Vollstreckungsakte des Gerichts seien ausschließlich mit der sofortigen Beschwerde, nicht aber auch mit der Vollstreckungsbeschwerde anfechtbar, da § 766 lediglich auf die Vollstreckungshandlungen des Gerichtsvollziehers zu beschränken sei (463/475). Schultz läßt aus praktischen Gründen dem Beschwerdeführer die Wahl, ob er die Vollstreckungsbeschwerde oder die sofortige Beschwerde einlegen will.

2. Anwendungsfälle. **a**) R. **11** Nr. 190 (Cöln). Der Dritte, der lediglich Verletzung seines Besitzes rügt, ohne ein die Veräußerung hinderndes Recht (§ 771) oder ein Pfand- oder Vorzugsrecht (§ 805) geltend zu machen, hat ausschließlich den Rechtsbehelf des § 766. Eine Besitzstörungsklage (§§ 861 f. BGB.) steht ihm weder gegen den Vollstreckungsgläubiger, noch gegen den Gerichtsvollzieher, noch gegen den von diesem bestellten Verwahrer zu. **b**) OLG. **23** 207 (Jena). Ist dem Schuldner nachgelassen, die ZwV. durch Sicherheitsleistung abzuwenden, so hat er die Sicherheitsleistung dem Vollstreckungsorgane nachzuweisen (§§ 775 Nr. 3, 776). Lehnt dieses die Einstellung ab, weil die Abwendung im Titel nicht nachgelassen oder nach einem inzwischen ergangenen Urteile des Berufungsgerichts nicht mehr zulässig sei (vgl. § 708 Nr. 7), so steht dem Schuldner hiergegen eine Erinnerung aus § 766 zu (Gaupp-Stein IV 1[2] bei Note 41 vor § 704, KGBl. **11** 59).

Eine Klage ist unzulässig, da es sich nicht um Beseitigung der Unklarheit eines Urteils (GruchotsBeitr. **32** 427, **44** 1193) handelt. **c**) *Biedermann, Mitt. f. d. öffentl. FeuerversAnst. **11** 208. Werden Wiederherstellungsgelder in der Feuerversicherung vor dem Wiederaufbau von anderen als den im § 98 VVG. genannten Personen, also unzulässiger Weise, gepfändet, so steht die Einwendung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung auch dem Versicherer zu. **d**) WürttRpflZ. **11** 130 (Stuttgart). Gibt der Schuldner, der zur Herausgabe einer Sache verurteilt ist, diese ohne den Anspruch anzuerkennen, zur Vermeidung von Zwangsmaßregeln freiwillig heraus, so liegt gleichwohl eine ZwV.handlung des Gerichtsvollziehers vor, gegen die Erinnerung zulässig ist. **e**) OLG. **22** 360, HansGZ. **11** Beibl. 69 (Hamburg). Das Gerichtsvollzieheramt hat gegen Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts ein selbständiges Beschwerderecht nur dann, wenn seine eigenen Interessen, insbesondere solche vermögensrechtlicher Natur, betroffen werden. **f**) *Scheffler, Die Besonderheiten der Vollstreckungsgegenklage gegenüber vollstreckbaren Urkunden 28. Sind bei einer vollstreckbaren Urkunde die Formvorschriften des § 794 Ziff. 5 verletzt, so ist nur Erinnerung möglich. Die Vollstreckungsgegenklage ist hier unzulässig; sie setzt eine formell gültige Urkunde voraus. Vor Beginn der Zwangsvollstreckung ist eine Erinnerung aus § 732 gegeben.

3. Anwendbarkeit verneint. **a**) SächsOLG. **32** 55 = SeuffBl. **10** 654 (Dresden) s. JDR. **9** 4 a. Der Drittschuldner der gepfändeten Forderung hat regelmäßig kein rechtliches Interesse an der Beseitigung einer unvorschriftsmäßigen Pfändung. **b**) OLG. **22** 362 (KG.). Ebensowenig wie der Schuldner mit der Erinnerung geltend machen kann, die gepfändete Sache gehöre einem Dritten (**RG. 42** 344), kann er einwenden, die Sache sei Eigentum des Gläubigers. In beiden Fällen (vgl. **RG. 60** 70) wird geltend gemacht, daß ein wirksames Pfandrecht nicht entstanden sei. Wie der Dritte auf die Widerspruchsklage kann auch der Gläubiger auf die Geltendmachung der aus seinem Eigentum entstehenden Rechte verzichten. Die Rechtslage des Schuldners ist in beiden Fällen die gleiche. **c**) Schl. HolstAnz. **11** 147 (Kiel). Einwendungen aus § 766 stehen nur demjenigen Dritten zu, dessen Recht unmittelbar durch die ZwV. berührt wird — wie z. B. dem dritten Besitzer bei einer gegen seinen Willen erfolgten Pfändung, dem Hypothekengläubiger bei Pfändung von Grundstückszubehör, dem Gläubiger bei ordnungswidriger Pfändung der ihm tatsächlich zustehenden Forderung (**RG. 34** 377) —, nicht demjenigen, der nur mittelbar ein wirtschaftliches Interesse an der Aufhebung der Pfändung hat. **d**) SächsOLG. **32** 133 (Dresden). Da nur die „angeblich" dem Schuldner zustehende Forderung gepfändet wird, kann der Schuldner eine Erinnerung aus § 766 nicht darauf stützen, daß ihm die Forderung nicht zustehe. Es muß vielmehr dem Dritten, der die Forderung für sich in Anspruch nimmt, überlassen bleiben, Klage aus § 771 zu erheben (**RG. 42** 344).

4. **a**) **RG.** ZBlFG. **11** 744, JW. **11** 277, WarnE. **11** 211. Die Zulässigkeit der Rechtsbehelfe der §§ 767, 766 hindert nach der ständigen Rechtsprechung des RG. (**RG. 56** 70, **55** 207, **26** 399, **20** 436, **11** 402) nicht einmal den Schuldner, geschweige denn einen Dritten an der Geltendmachung anderweitiger, das Vorhandensein von Pfändungspfandrechten negierender Rechtsmittel (Bereicherungs-, Negatorienklage) oder gar an der Erhebung von Einreden gegenüber einer von dem Gläubiger erhobenen Pfandklage. **b**) R. **11** Nr. 2950 (Colmar). Das Recht des Schuldners, die Unpfändbarkeit einer bei ihm gepfändeten Sache gemäß § 766 geltend zu machen, ist unabhängig von dem Rechte eines Dritten (z. B. seiner Ehefrau) zur Widerspruchsklage (§ 771).

5. SeuffBl. **11** 744 (LG. Kempten u. OLG. Augsburg). Versäumt der Dritte, rechtzeitig vor der Versteigerung Erinnerung aus § 766 zu erheben, so kann er die Wirksamkeit der vollständig durchgeführten Mobiliarvollstreckung nachträglich nicht

durch die Behauptung in Frage stellen, daß von vornherein eine wirksame Mobiliarvollstreckung nicht vorgelegen habe.

6. SeuffBl. **11** 142 (Bamberg). Gegen eine auf Beschwerde des Gläubigers vom Beschwerdegericht erlassene Forderungspfändung findet Erinnerung nach § 766 vor dem Vollstreckungsgerichte statt. **RG.** JW. **93** 486 spricht nur aus, daß weitere Beschwerde nicht unzulässig sei. BayObLG. **13** 334 weist allerdings darauf hin, daß gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts das untergeordnete Vollstreckungsgericht nicht angegangen werden könne. Beide Gerichte haben aber für den ähnlichen Fall des Widerspruchs gegen eine vom Beschwerdegericht erlassene einstweilige Verfügung den gegenteiligen Grundsatz anerkannt (**RG.** **29** 398, SeuffBl. **65** 197 [BayObLG.]). Die Versagung der Erinnerung würde auch für den Fall, daß erst auf die weitere sofortige Beschwerde der Pfändungsbeschluß erlassen wird, zur Rechtlosigkeit des bis dahin nicht gehörten Schuldners führen.

7. a) MecklZ. **29** 217 (Rostock). Im Verfahren aus § 766 kann auch Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung nach dem Anfechtungsgesetze geltend gemacht werden. Ihre tatsächlichen Voraussetzungen müssen aber ebenso wie im Prozesse festgestellt, nicht nur glaubhaft gemacht werden. Im Falle des § 3 Nr. 2 AnfG. muß deshalb zunächst der Gegner gehört werden. b) OLG. **22** 364 (Rostock). In dem Verfahren nach § 766 hat jede Partei die zu ihrer Beweislast stehenden Behauptungen nicht nur glaubhaft zu machen, sondern in gewöhnlicher Weise zu beweisen (Gaupp-Stein § 766 Abs. 2 zu Note 42).

8. Mamlok, DJZ. **11** 1148. Das Vollstreckungsgericht sollte bei Erlaß von Entscheidungen aus § 811, durch die die ZwV. für unzulässig erklärt wird, um die Gläubiger vor Schaden zu bewahren, regelmäßig von der Bestimmung des § 572 Gebrauch machen und von Amts wegen zugleich mit dem Erlasse seiner Entscheidung anordnen, daß die Vollstreckung derselben bis zu ihrer Rechtskraft auszusetzen sei. Sonst besteht die Gefahr, daß nach Aufhebung der ZwV.maßregeln (§§ 776, 775 Nr. 1) der Schuldner anderweitig über die gepfändeten Gegenstände verfügt, oder daß ein nachstehender Pfändungsgläubiger vorrückt.

9. OLG. **22** 361 (KG.). Die gemäß § 766 erlassenen Beschlüsse können zwar nach Ablauf der Notfrist der §§ 577, 793 nicht mehr angefochten werden; ihnen wohnt aber materielle Rechtskraft nicht inne. Dem Gläubiger steht daher jederzeit eine Erneuerung seines formell-rechtskräftig abgewiesenen Zwangsvollstreckungsantrags, dem Schuldner jederzeit die Erneuerung seiner rechtskräftig abgewiesenen Erinnerung frei. AM. OLG. **1** 168, Falkmann, ZwV. § 35 Ziff. 4, Seuffert.

10. Landesrecht. BadRpr. **11** 47 (LG. Heidelberg). Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde für die Entscheidung über Erinnerungen gegen die Pfändung nach Maßgabe des G. vom 12. April 1899, die ZwV. wegen öffentlich-rechtlicher Geldforderungen betreffend.

§ 767. Literatur: Oertmann, Die rechtliche Natur der Vollstreckungsgegenklage, AZivPr. **107** 199—245. — Scheffler, Die Besonderheiten der Vollstreckungsgegenklage gegenüber vollstreckbaren Urkunden.

1. Allgemeines. a) Oertmann verteidigt, ausgehend von der Unabhängigkeit des Vollstreckungsrechts vom materiellen Anspruche, die Auffassung von der spezifisch prozeßrechtlichen auf ein rechtsgestaltendes Urteil hinführenden Natur der Vollstreckungsklage gegen die Theorien der Feststellungsklage (bes. Schmidt, Lehrb. [2] 1012, 1013), der Leistungsklage (bes. Wilmowsky-Levy § 686 aF. Anm. 3), die Theorie, die in der Vollstreckungsgegenklage einen unmittelbaren Anwendungsfall der condictio erblickt (bes. Oetker, Rostocker Festschr. f. Windscheid 86) (200—234) und gegen die vermittelnde Theorie von Goldschmidt, Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb 56 (240—245). — Die

Klage aus § 767 beschäftigt sich nur mit der einen Hauptwirkung des Urteils, seiner Vollstreckungsfähigkeit, während die Rechtskraft und die damit verbundenen Nebenwirkungen davon unberührt bleiben, ebenso die Entscheidung über die Prozeßkosten. Hat daher der rechtskräftig Verurteilte gezahlt, so kann er das Gezahlte auch dann nicht als nicht geschuldet zurückfordern, wenn er auf Grund der Zahlung erfolgreich aus § 767 geklagt hatte. Solcher Rückforderung gegenüber würde der Empfänger sich auf die verbliebene Rechtskraft des Urteils berufen können, denn das Urteil aus § 767 wirkt rechtsgestaltend nur auf die Vollstreckbarkeit des früheren Urteils (236). Der Klagantrag hat dahin zu lauten, der Richter solle die Vollstreckung für unzulässig erklären (237). Da das Klagerecht aus § 767 kein privatrechtlicher Anspruch ist, unterliegt es nicht der Verjährung aus §§ 194 ff. BGB. — Das Urteil auf die Klage aus § 767 hat keine rückwirkende Kraft (ebenso Hellwig, Grenzen d. Rückwirkung, Gießener Festschrift 1907, 23; aM. Gaupp-Stein § 767 Anm. I) (238). Das rechtsgestaltende Urteil enthält nicht zugleich eine negative Feststellung wegen des materiellen Anspruchs (239). **b)** *Tacken, Ratschl. f. d. AssEx. (Berlin 1910) 84. Die Vollstreckungsgegenklage ist eine besondere negative Feststellungsklage. Nur solche ist logisch möglich. § 767 bedeutet eine Einschränkung der exceptio rei iudicatae. Er gestattet, den rechtskräftig entschiedenen Prozeß von neuem anhängig zu machen. § 767 enthält nur ein Klageformular. Den materiellen Inhalt entlehnt die Klage dem sonstigen Rechte, und zwar ist das fundamentum agendi identisch mit dem des Vorprozesses und, da die Klage eine Verteidigung in Angriffsform bedeutet, dem Vorbringen des Beklagten zu entnehmen. Die Klage geht bloß auf Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung. Soll mehr, z. B. das Erlöschen der Schuld, festgestellt werden, so liegt die allgemeine negative Feststellungsklage nach § 256 ZPO. vor, die — freilich nur bei Feststellungsinteresse — unzweifelhaft neben der Vollstreckungsgegenklage zulässig ist. **c)** **RG. 75** 199. Die Vollstreckungsgegenklage führt nicht zu einer neuen Entscheidung des rechtskräftig entschiedenen Prozesses nach Maßgabe des geänderten Sachverhalts, sondern die Entscheidung bleibt bestehen und es wird nur, weil die neuen Einwendungen ergeben, daß der Anspruch nachträglich weggefallen ist, die Wirkung der Entscheidung als Vollstreckungstitel für diesen Anspruch aufgehoben. Daraus folgt, daß die Beseitigung der Vollstreckbarkeit des Urteils den auf Grund desselben ergangenen Kostenfestsetzungsbeschluß nicht berührt.

2. Anwendungsfälle. **a)** SächsOLG. **32** 436, SeuffA. **66** 214 (Dresden). Einwendungen gegen den Kostenerstattungsanspruch selbst (z. B. auf Grund eines nach Erlaß des Urteils geschlossenen Vergleichs) sind nicht mit Beschwerde gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß, sondern durch Klage aus § 767 gegen die Vollstreckung aus diesem zu verfolgen. Ein damit verknüpfter Anspruch auf Herausgabe des vollstreckbaren Kostenfestsetzungsbeschlusses braucht nicht in dem Gerichtsstand des § 767 geltend gemacht zu werden. Zu seiner Sicherung ist auch eine einstweilige Verfügung zulässig. **b)** ElsLothJZ. **11** 644 (Colmar). Auch im Hypothekenlöschungsverfahren gemäß §§ 34 ff. ElsLothAGZVG. ist eine Gegenklage aus § 767 gegen den aus § 36 aaO. gestellten Zwangsversteigerungsantrag zulässig. **c)** KGBl. **11** 60 (LG. I Berlin). Die Vereinbarung, daß während schwebender Vergleichsverhandlungen keine Vollstreckungsmaßregel vorgenommen, insbesondere das Offenbarungseidsverfahren nicht weiter betrieben werden soll, enthält eine Stundung des Anspruchs. Sie betrifft nicht ein prozessuales Erfordernis der ZwV., sondern die materielle Tragweite des Anspruchs (OLG. **20** 339). Sie kann daher nur im Klagewege nach § 767 geltend gemacht werden.

3. **RG.** R. **11** Nr. 3346. In der vergleichsweisen Gewährung bestimmter Zahlungstermine für eine vollstreckbare Forderung liegt im Zweifel kein völliger Verzicht auf das Vollstreckungsrecht.

4. SächsRpflA. **11** 222 (Dresden). Solange der Gläubiger noch im Besitze des Schuldtitels ist und dieser selbst über die erfolgte Zahlung des Schuldners keine Auskunft gibt, ist der Schuldner jederzeit der erneuten ZwV. aus dem Titel ausgesetzt (vgl. §§ 724, 755 Satz 1, 794 Ziff. 2 a, 795). Solange kann deshalb auch der Schuldner ZwV.gegenklage erheben. Er braucht sich nicht mit einer einstweiligen Einstellung gemäß §§ 775 Nr. 5, 776 zu begnügen.

5. KGBl. **11** 94 (KG.). Begehrt der Kläger mit der Vollstreckungsgegenklage, daß die ZwV. für unzulässig erklärt — nicht nur eingeschränkt — werde, so ist er mit der Klage ganz abzuweisen, wenn er nur nachweist, daß die Vollstreckung teilweise unzulässig ist.

6. Verhältnis zu anderen Klagen. a) **RG.** R. **11** Nr. 2190. Die Möglichkeit einer Verbindung der Klage aus § 323 mit der aus § 767 rechtfertigt allein noch nicht die Annahme, daß auch die Klage aus § 767 erhoben sei. Ist die ZwV. weder in der Klagebegründung noch im Antrag erwähnt, so kann eine Klage aus § 767 nicht als erhoben angesehen werden. b) OLG. **22** 365 Anm. 1, R. **11** Nr. 191 (Hamburg). Die Klage, durch die nur Klarstellung des im Vorprozeß ergangenen Urteilsinhalts verlangt wird, ist von der Klage aus § 767 begrifflich verschieden und im allgemeinen Gerichtsstande zu verfolgen. c) OLG. **22** 366, PosMSchr. **11** 51 (Königsberg). Solange die Vollstreckung nicht durchgeführt ist, ist eine materiell-rechtliche Bereicherungsklage neben der Klage aus § 767 nicht zulässig. Nach Beendigung der ZwV. kann der Schuldner mit einer gewöhnlichen Zivilklage vom Gläubiger Rückgabe des ohne Grund Beigetriebenen oder Schadensersatz beanspruchen (**RG. 55** 194). Mit der Eintragung einer Zwangssicherungshypothek ist die ZwV. durchgeführt (§§ 865, 869). d) OLG. **22** 365 (Dresden). Dem Gläubiger, der in der Lage ist, aus einer vollstreckbaren Urkunde zu vollstrecken, fehlt regelmäßig ein Interesse an der alsbaldigen Feststellung der Zulässigkeit seines Vorgehens durch besondere Feststellungsklage (§ 256). Er kann abwarten, ob der Schuldner Gegenklage aus §§ 767, 797 erhebt.

7. Abs. 2. KGBl. **11** 109 (KG.). Unter Einwendungen, die „mittels Einspruchs nicht mehr geltend gemacht werden können", sind nur solche Einwendungen zu verstehen, die, als sie entstanden, mittels Einspruchs nicht mehr geltend gemacht werden konnten (**RG. 40** 352, **55** 188). Mit Einwendungen, deren Gründe zur Zeit ihrer Entstehung noch mit dem Einspruche geltend gemacht werden konnten, kann der Schuldner später jedenfalls dann nicht gehört werden, wenn er seinerzeit hinreichende Veranlassung hatte, sich des Einspruchs zu bedienen. Dies trifft zu, wenn der Gläubiger durch Zustellung des Versäumnisurteils zu erkennen gibt, daß er Rechte aus ihm geltend machen will. S. auch JDR. **3** Abs. 2 Nr. 3, **5** 2 a, b.

§ 769. 1. a) **RG.** SeuffA. **66** 375 = JW. **10** 829 f. JDR. **9** 1. Bei Einwendungen aus § 767 nur Einstellung der ZwV. aus § 769, nicht einstweilige Verfügung zulässig. b) Ebenso SchlHolstAnz. **11** 364 (Kiel). c) SächsOLG. **32** 137, SeuffBl. **11** 181 (Dresden). Wird auf Grund eines Tatbestandes der im § 767 bezeichneten Art die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt, so kann dem Antrage durch eine Anordnung nach § 769 entsprochen werden (**RG. 30** 394). S. auch JDR. **1** 8, und **9** § 771 Nr. 9.

2. WürttRpflZ. **4** 321, 358, R. **11** Nr. 2952 (Stuttgart). § 769 findet nach § 795 entsprechende Anwendung auf eine ZwV. aus einem angefochtenen gerichtlichen Vergleiche (§ 794 Nr. 1 ZPO.), wenn das Verfahren fortgesetzt wird.

3. BadRpr. **11** 68 (AG. Waldshut). Die Einstellung der ZwV. gemäß § 769 schließt nicht aus, daß das Vollstreckungsgericht auf Grund des § 766 wegen drohenden Verderbes der Pfandstücke deren Versteigerung und Hinterlegung des Erlöses anordnet. Hierfür spricht die im § 930 Abs. 3 zutage tretende Rechtsauffassung.

4. R. **11** Nr. 2370 (Colmar). Nur wenn Einwendungen gemäß §§ 767, 768 erhoben werden, sind Anordnungen aus § 769 zulässig, nicht, wenn ohne einen Antrag auf Unzulässigkeitserklärung der ZwV. nur gemäß § 256 auf Feststellung des Nichtbestehens der Urteilsschuld geklagt wird.

5. OLG. **22** 367 (München). Einstweilige Anordnungen aus § 769 sind nur bis zur Erlassung des Urteils über die Einwendungen oder den Widerspruch zulässig. Ist das Urteil ergangen, so ist der Instanzrichter und das im Beschwerdeverfahren an seine Stelle tretende Gericht zur Erlassung einer solchen Anordnung nicht mehr befugt.

6. ElsLothJZ. **11** 643 (Colmar). Ob ein vom Prozeßgericht erlassener Einstellungsbeschluß aus § 769 nachträglich abgeändert werden kann, ist streitig (Gaupp-Stein Anm. IV). Jedenfalls ist dies nur wegen „veränderter Umstände" zulässig. Solche liegen nur vor, wenn nach Erlaß des Beschlusses Verhältnisse eintreten oder zur Kenntnis der Partei kommen, welche eine Änderung des Beschlusses rechtfertigen. Nachträglicher Gebrauch eines schon früher benutzbaren Beweismittels stellt keinen veränderten Umstand dar.

§ 771. Literatur: Otte, Heilung einer unwirksamen Pfändung durch Anfechtung außerhalb des Konkurses. Berlin 1911. — Smoira, Die Haftung des redlichen Gläubigers nach beendigter ZwV. in bewegliche dem Schuldner nicht gehörige Sachen. Berlin 1911.

1. Allgemeines. *Tacken, Ratschl. f. d. AssEx. 86. § 771 gibt nur ein Klageformular, keine besondere prozeßrechtliche Klage. Die Interventionsklage entlehnt also ihren Inhalt dem materiellen Rechte. Trotzdem ist sie auch dem gegeben, der nur einen persönlichen Herausgabeanspruch in bezug auf den Vollstreckungsgegenstand hat. Das ergibt sich aus dem Vergleiche mit § 43 KO. Aussonderungsklage und Interventionsklage sind wesensgleich. Steht fest, daß die eine zulässig ist, so ist damit die Zulässigkeit der anderen erwiesen. Im Vollstreckungsfall intervenieren und im Konkursfall aussondern kann derjenige, der geltend macht, entweder daß der Gegenstand dem Schuldner (Gemeinschuldner) nicht gehöre und dem Kläger ein dinglicher oder persönlicher Herausgabeanspruch (z. B. als Eigentümer oder Vermieter) zustehe (arg. aus § 43 KO.), oder daß er zwar dem Schuldner (Gemeinschuldner) gehöre, daß dem Kläger aber ein die Veräußerung hinderndes Recht (z. B. als Nießbraucher oder Fiduzianten) zustehe (arg. aus § 771 ZPO.). — Mit der Interventionsklage kann lediglich ein Widerspruch gegenüber dem Gläubiger geltend gemacht werden. Richtet sie sich gemäß § 771 Abs. 2 zugleich gegen den Schuldner, so liegt diesem gegenüber die materielle Klage in der Leistungsform oder der Feststellungsform nach § 256 vor. — Macht der Kläger lediglich die Unzulässigkeit der Vollstreckung geltend, so liegt die materielle Klage in Form der Interventionsklage vor, macht er aber mehr oder etwas anderes geltend, so liegt insoweit die Klage in Form der allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO. vor, was natürlich ein Feststellungsinteresse voraussetzt (94).

2. Anwendungsfälle. **a)** **RG.** R. **11** Nr. 1028. Auch die sog. Sicherungsabtretung begründet ein die Veräußerung hinderndes Recht. Daß dem Zessionare durch das der Abtretung zugrunde liegende Kausalgeschäft die Verpflichtung auferlegt wird, das Erlangte in beiderseitigem Interesse zu verwenden und einen etwaigen Überschuß an den Zedenten herauszugeben, steht der Annahme einer wirksamen Abtretung (§ 398 BGB.) nicht entgegen (vgl. **RG. 59** 190, Gruchots Beitr. **49** 900). **b)** KGBl. **11** 57 (KG.). Die Widerspruchsklage kann auf obligatorische Ansprüche nur dann gestützt werden, wenn sie die Herausgabe (Freigabe) von nicht zum Vermögen des Schuldners gehörigen Vermögensstücken zum Gegenstande haben (Gaupp-Stein [8/9], Anm. II 1 c). **c)** SächsOLG. **32** 134 (Dresden) hält an der herrschenden Meinung fest, daß derjenige, welcher die ge-

pfändete Forderung für sich in Anspruch nimmt, Widerspruchsklage aus § 771 erheben kann. Denn wenn auch der wirklich Berechtigte trotz der Pfändung die Forderung wirksam einziehen und der Drittschuldner wirksam an ihn leisten kann, so können doch für den wirklich Berechtigten auch in solchen Fällen Weiterungen und Nachteile aus der Pfändung erwachsen (**RG. 49** 347, OLG. **14** 210, **16** 374 unter Hinweis auf § 372 BGB.). S. auch JDR. **1** 2 a, **3** Abs. 1 I 5, **8** 2 c, d, e, **9** 2 c. **d**) SächsRpflA. **11** 516 (Dresden). Gegen die Pfändung einer Forderung kann Widerspruchsklage mit der Begründung erhoben werden, sie stehe nicht dem Schuldner, sondern einer Erbengemeinschaft, an der der Schuldner beteiligt sei, zu. **e**) BuschsZ. **42** 195 (Hamm). Ist eine Forderung gepfändet, so ist auch der im Pfändungsbeschluß als Drittschuldner Aufgeführte befugt, Widerspruchsklage zu erheben, wenn er die Pfändung für unzulässig erachtet, weil ihm ein die Veräußerung hinderndes Recht an dem Gegenstande der ZwV. zusteht (aM. Gaupp-Stein [8/9] Anm. II 4, Petersen [5] Anm. II 3, Neukamp [2] Anm. 1Aα zu § 771).

3. Anwendbarkeit verneint. **a**) OLG. **22** 369, BayRpflZ. **11** 71 (München). Der Anspruch auf Übertragung einer Forderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§ 816 BGB.) gibt kein Recht zur Widerspruchsklage gegen die Pfändung der Forderung. **b**) **RG.** R. **11** Nr. 3347. Dem Auftraggeber steht kein Widerspruchsrecht gegen die Pfändung von Forderungen zu, die der Geschäftsbesorger in Ausführung des ihm erteilten Inkassoauftrags (§§ 662, 675) zunächst auf seinen eigenen Namen erworben hat. Eine dem § 392 Abs. 2 HGB. entsprechende Bestimmung fehlt für die Geschäftsbesorgung des BGB. (vgl. **RG. 54** 106, **58** 276). **c**) OLG. **22** 369 (KG.). Der Schuldner ist zur Widerspruchsklage auch dann nicht legitimiert, wenn er geltend macht, die gepfändete Forderung stehe ihm und einem Mitgesellschafter zur gesamten Hand zu. Nur der Mitgesellschafter ist aktiv legitimiert (vgl. OLG. **17** 190, JDR. **7** II 2 b). **d**) WürttJ. **23** 148 (Stuttgart). Das Anfechtungsrecht des Konkursverwalters aus §§ 29 ff. KO. ist kein die Veräußerung hinderndes Recht eines Dritten im Sinne des § 771 ZPO. Es entsteht durch die Pfändung, bildet also für sie kein Hindernis; es ist auch kein Recht am Gegenstande der ZwV. Der Konkursverwalter ist auch für die Pfändung nicht Dritter, sondern Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners. Abweichend die herrschende Meinung (s. JDR. **9** 4 a).

4. **a**) OLG. **22** 368 (KG.). Erhebt bei einer gegen die Frau gerichteten Pfändung ein Dritter Widerspruchsklage, so kann der Gläubiger ihm nicht entgegenhalten, daß er — der Dritte — das Pfandstück in anfechtbarer Weise vom Ehemann erworben habe. **b**) *Otte leugnet den Einfluß einer Anfechtung nach Maßgabe des AnfG. im Interventionsprozesse auf Grund sowohl der „Dinglichkeits-" wie der „Obligationstheorie". Nur die Tatsache der schon vollzogenen Anfechtung und die dadurch hervorgerufene Vernichtung des Interventionsrechts könnte im Interventionsprozesse vorgebracht werden. Dies ist aber nur möglich, wenn man die Anfechtung nicht nur im Wege der Klage oder Einrede, sondern in jeder Form für zulässig hält (§ 143 BGB.), z. B. durch Erklärung in der Klagebeantwortung.

5. SächsOLG. **32** 135 (Dresden). Auch die Pfändungsankündigung (§ 845) begründet für einen Dritten, der die gepfändete Forderung für sich in Anspruch nimmt, schon das Recht zur Widerspruchsklage.

6. SächsRpflA. **11** 363 (LG. Dresden) bejaht die **RG. 60** 75 nicht entschiedene Frage, ob die gleichzeitige oder nachträgliche Genehmigung der an einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache vorgenommenen Pfändung durch den Eigentümer das Pfandrecht nachträglich wirksam werden läßt. Denn der Dritte kann auf die Klage aus § 771 und die Bereicherungsklage verzichten. §§ 184, 185 BGB. finden entsprechende Anwendung.

7. HansGZ. **11** Beibl. 231 (Hamburg). Die Weiterveräußerung einer mit der Widerspruchsklage herausverlangten Sache hat regelmäßig auf den Prozeß keinen Einfluß. Nur sofern das ergehende Urteil nach § 325 Abs. 2 gegen den Rechtsnachfolger nicht wirksam sein würde, kann dem Kläger gemäß § 265 Abs. 3 der Einwand entgegengesetzt werden, daß er zur Geltendmachung des Anspruchs nicht mehr befugt sei.

8. *Smoira verteidigt die herrschende Ansicht, die die Haftung des redlichen Gläubigers aus der Bereicherung nach beendigter Zwangsvollstreckung in bewegliche, dem Schuldner nicht gehörige Sachen bejaht (s. näher unten zu § 804). S. auch IDR. **3** Abs. 1 IV, **5** II 5, **6** 8, **8** 8.

9. a) **RG.** JW. **11** 978 führt über die Schadensersatzpflicht wegen Pfändung fremder Sachen aus: Es läßt sich immer nur nach der konkreten Sachlage beurteilen, wann der Gläubiger bei ernstlicher Erwägung aller Verhältnisse dem Intervenienten gegenüber zurücktreten muß, und ob der Gläubiger fahrlässig oder gar vorsätzlich im Sinne des § 276 BGB. handelt, wenn er den Kampf mit dem Intervenienten aufnimmt oder fortsetzt. b) **RG.** OLG. **22** 404 Anm. 1. Der Pfändungsgläubiger handelt nicht fahrlässig, wenn er angesichts fortgesetzter Widersprüche des Intervenienten über Art und Zeit seines Eigentumserwerbes in den Aufforderungen zur Freigabe, in den eidesstattlichen Versicherungen und in der Klageschrift nicht freigibt. S. auch IDR. **5** II 5 b. c) OLG. **22** 403 (Colmar). Betr. Schadensersatzpflicht des Vollstreckungsgläubigers für fahrlässig dem Widerspruchskläger vorenthaltene Freigabe der Pfandstücke, wenn der Gläubiger aus einem ihm vorgelegten Kaufvertrag ersehen muß, daß die Pfandstücke auch früher nicht Eigentum des Schuldners waren.

§ 772. Kormann, BuschsZ. **41** 333. Absolute Veräußerungsverbote machen die ZwV. unwirksam. Ebenso Oertmann, Allg. Teil des BGB. II 420, Crome § 378 Anm. 25.

§ 773. OLG. **22** 370 (KG.). Nach § 773 soll nur die Veräußerung oder Überweisung eines zur Vorerbschaft gehörigen Gegenstandes unterbleiben. Die Pfändung kann nicht abgelehnt werden. Dem Nacherben steht nur die Widerspruchsklage zu.

§ 774. Hein 11. Wirksamkeit des Urteils und Wirksamkeit der Verbindlichkeit gegenüber dem Manne müssen getrennt werden (§§ 1401, 1399 Abs. 2, 1400, 1402 BGB.). § 774 ist dahin auszulegen, daß die Widerspruchsklage gegeben ist, wenn das Urteil nicht wirksam ist oder eine Minderschuld der Frau betrifft.

§ 775. *Schultz, Vollstreckungsbeschwerde. Im Falle der Verletzung der Vorschriften des § 775 Nr. 4 und 5 seitens des Gerichtsvollziehers steht dem Schuldner die Vollstreckungsbeschwerde, daneben aber auch zur Geltendmachung der Befriedigung oder Stundung die Vollstreckungsgegenklage zu, beide Rechtsbehelfe konkurrieren also miteinander (398/404).

§ 777. R. **11** 2454 (Stuttgart). § 777 ist ausdehnend dahin auszulegen, daß gegenüber einer beabsichtigten ZwV. der Gläubiger auch auf einen zu seinen Gunsten hinterlegten Geldbetrag verwiesen werden kann, dessen Eigentum nach den über die Hinterlegung bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften in das Eigentum des Staates übergegangen ist.

§ 778. 1. *Reichel, Prozesse des vorläufigen Erben (1911) 60 ff. Ist ein bloß vorläufiger Erbe fälschlich (§ 1958) wegen Nachlaßschuld verurteilt, so ist Vollstreckung in den Nachlaß unzulässig; arg. §§ 1958 BGB., 778 Abs. 2 ZPO.

2. *Schmidt-Rimpler, Eigentümerdienstbarkeit. § 1991 Abs. 2 BGB. findet hier entsprechende Anwendung (135 f.).

§ 780. 1. Hein 42. Die Einrede aus § 1973 BGB. wird im Gegensatze zu der aus § 1990 durch den allgemeinen Vorbehalt des § 780 nicht gedeckt, da es

sich um eine materiell-rechtliche Einrede handelt. AM. Hagen, JheringsJ. **42** 140, Kreß, Erbengemeinschaft 154, OLG. **9** 385 (KG.), Dernburg V 467, Petersen-Anger (5) II 408, HansGZ. **27** Beil. 171 (Hamburg), Staudinger (3/4) V 150, 212, Kretzschmar, SeuffBl. **73** 781.

2. (§ 731.) a) RheinA. **108** I 184 (Düsseldorf). Der Einwand der beschränkten Erbenhaftung kann auch mittels Einrede im Rechtsstreit auf Erteilung der Vollstreckungsklausel geltend gemacht werden (ebenso die herrschende Meinung: Struckmann-Koch, Anm. 2, Seuffert, Anm. 4, Gaupp-Stein, Anm. III zu § 731, **RG. 34** 347, OLG. **15** 280, JDR. **6** 5 b [Celle]). **b**) PosMSchr. **11** 157 (Posen). Die Vorschrift, daß der als Erbe des Schuldners verurteilte Beklagte die Haftungsbeschränkung nur auf Grund eines im Urteil ausgesprochenen Vorbehalts geltend machen kann, gilt auch gegenüber dem wegen Erteilung der Vollstreckungsklausel nach § 731 verklagten Erben des bereits verurteilten Schuldners. S. auch JDR. **6** 5 a, **7** 4.

3. **RG.** JW. **11** 948, R. **11** Nr. 3432. Der Vorbehalt der Haftung „als Erbe" genügt zum Vorbehalte der Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß nicht. Der Anwalt, der sich mit einem Vorbehalt ersterer Art begnügt, macht sich schadensersatzpflichtig. S. auch JDR. **8** 3.

4. a) OLG. **22** 371 (Braunschweig). Auf die Verurteilung des Erben zur Tragung der Prozeßkosten erstreckt sich die Haftungsbeschränkung nicht, da die Kostenpflicht nicht eine Erweiterung der die Hauptsache darstellenden Verbindlichkeit bildet, sondern auf den besonderen Kostenbestimmungen der ZPO. beruht (ebenso Gaupp-Stein I zu § 780, Seuffert, Abschn. 2 Tit. 5 Anm. 5, Hellwig, Prozeßrecht I 228; aM. Binder, Rechtsstellung des Erben II 47). **b**) Ebenso **RG.** R. **11** Nr. 3923.

5. a) **RG.** R. **11** Nr. 3849 und **b**) PosMSchr. **11** 172 (Posen). Das Gericht ist befugt, aber nicht verpflichtet, schon in dem Rechtsstreite gegen den Erben des Schuldners über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der materiellen Voraussetzungen der Haftungsbeschränkung zu entscheiden (**RG. 69** 291).

§ 785. SeuffBl. **11** 547, R. **11** Nr. 2951 (München). Die Haftungsbeschränkung des Erben gegenüber den vom Erblasser geschuldeten Gerichtskosten kann nicht mittels Erinnerung nach § 4 GKG., sondern nur durch Gegenklage geltend gemacht werden.

§ 788. 1. *R. Mueller, Das Pfandrecht an den Rechten aus einem Lebensversicherungsvertrage, ZVersWiss. **11** 13 ff. Zu den Kosten können Prämien, die der Pfändungspfandgläubiger bei Pfändung der Ansprüche aus einem Lebensversicherungsvertrage verlegt, nicht gerechnet werden.

2. Amberg, SeuffBl. **11** 58, führt gegen SeuffA. **57** 230 (Hamburg), Sächs. OLG. **22** 514 (Dresden), OLG. **16** 326 (Kiel) und BadRspr. **02** 64 (Karlsruhe) aus, daß Beklagte, die als Gesamtschuldner verurteilt seinen, nach § 100 Abs. 4 auch für die Kosten der ZwV. als Gesamtschuldner haftbar seien. Sorgfältig sei — insbesondere bei Durchführung einer ZwVersteigerung oder ZwVerwaltung gegen einen der Gesamtschuldner — zu prüfen, ob das Verfahren gegen ihn notwendig gewesen sei. Die Notwendigkeit sei zu verneinen, wenn das Verfahren offenbar aussichtslos gewesen sei. Kosten, welche durch Beteiligung des Gläubigers am Konkurs über das Vermögen des einen Gesamtschuldners entständen, seien als Kosten der ZwV. nicht anzusehen. S. auch JDR. **1** 7, **9** 4.

3. ElsLothJZ. **11** 87 (Colmar). Für die den Schuldner nach § 788 treffenden Kosten der Arrestvollziehung bildet der Arrestbefehl einen gesetzlichen Titel. Die Festsetzung der Kosten erfolgt durch das Prozeßgericht (Quednau zu § 788 ZPO. 39 b, Gaupp-Stein §§ 788 Abs. 1, 928 Nr. 6, Freuden-

thal zu § 928 Nr. 2 aE., JW. **28** 483, GruchotsBeitr. **30** 1168, **38** 501). S. auch JDR. **4** 5.

4. SeuffA. **66** 114 führt der VII. Sen. des OLG. Dresden gegen andere Senate desselben Gerichts (SächsOLG. **27** 190, OLG. **13** 267) aus, daß die Partei Anspruch auf Erstattung der Inkassogebühr ihres Anwalts nur hat, wenn die Erhebung durch den Anwalt zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war (**RG. 22** 323, SächsOLG. **27** 189, 191, 192 [Dresden], OLG. **3** 123 [KG.]). S. auch JDR. **6** 4.

5. OLG. **23** 209, R. **11** Nr. 2371 (Braunschweig). Konnte der Gläubiger annehmen, der Schuldner werde ohne Zwang dem Urteile nicht genügen, so fallen dem Schuldner die Kosten des Antrags auf ZwV. aus § 888 auch dann zur Last, wenn er vor Entscheidung des Gerichts dem Urteile genügt (Falkmann, ZwV. 357, **RG. 49** 400, JW. **98** 658).

§ 791. 1. a) Sassen, DJZ. **11** 1215, erörtert das Verfahren zwecks Herbeiführung der ZwV. in den deutschen Kolonien im Anschluß an seinen Aufsatz in der Z. f. Kolonialrecht **10** 685. Gegen seine Annahme, daß die deutschen Schutzgebiete Ausland im Sinne des § 791 seien, **b)** Forkel. DJZ. **11** 1553. Die deutschen Schutzgebiete sind im Sinne des § 791 nicht ausländische Staaten. Die Zwangsvollstreckung aus heimatlichen Schuldtiteln erfolgt daher, ohne daß das Prozeßgericht erster Instanz in Deutschland in Anspruch genommen zu werden braucht, durch ein Gesuch um Vornahme der Zwangsvollstreckung bei dem Kaiserlichen Bezirksgericht in den Schutzgebieten unter Vorlegung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Schuldtitels. ➠ Wie Sassen auch Gaupp-Stein (8/9) vor § 704 IX. ⟵

2. Lebrecht, BayRpflZ. **11** 360—362, erörtert die Vollstreckbarkeit deutscher Vollstreckungstitel in Österreich.

§ 792. Freymuth, JW. **11** 294. „Schuldner" im Sinne des § 792 ist nicht die im vollstreckbaren Titel als Schuldner bezeichnete Person, sondern derjenige, gegen die sich die Vollstreckung richtet.

§ 794. Literatur: Lehmann, Der Prozeßvergleich (Heft 22 von Fischers Abhandlungen zum PrR. u. ZP.). München 1911. — Simon, Die Lehre vom Prozeßvergleiche. Berlin 1911.

1. Nr. 1. a) SächsRpflA. **11** 414 (Dresden). Während früher die Rechtsauffassung vorherrschte, ein Prozeßvergleich liege nur da vor, wo die Parteieinigung in sachlicher (materieller) Beziehung ein gegenseitiges Nachgeben in sich schließe (Nachweise bei Lehmann, Prozeßvergleich 1, Paul, Vergleich im Zivilprozesse 2, Staudinger [5/6], Vorbem. II vor § 779 und C zu § 779 BGB., JW. **01** 138), wird neuerdings der prozessuale Inhalt des Prozeßvergleichs teils für mindestens mitbestimmend angesehen (vgl. Kretzschmar, Vergleich im Zivilprozesse 75, Troeltsch, Prozeßvergleich 12, Hein, Handbuch 7, Lehmann aaO. 207 ff., Wach, Handbuch I 25), teils für ausschlaggebend angesehen (Paul aaO. 40 ff., Kleinfeller, Lehrb. d. ZPR. [2] 487 ff.). Fast allgemein wird jedoch jetzt dem prozessualen Sondercharakter des Prozeßvergleichs insoweit Rechnung getragen, daß das Aufgeben von bloß prozessualen Berechtigungen durch den einen Streitteil für sich allein als ein zur Verwirklichung des Tatbestandes des gegenseitigen Nachgebens (§ 779 BGB.) ausreichendes Zugeständnis zugelassen wird (Gaupp-Stein, Seuffert, Lehmann aaO. 63, WenglersA. NF. **5** 144). Danach stellt eine nach streitiger Verhandlung erklärte Einigung der Parteien dahin, daß der Kläger unter Kostenübernahme die Klage zurücknimmt, einen Prozeßvergleich im Sinne des § 794 Nr. 1 dar. **b)** *Simon 41. Der materiell-rechtliche Bestandteil des Prozeßvergleichs ist nicht mit dem Vergleich im Sinne des § 779 BGB. identisch. Er setzt weder gegenseitiges Nachgeben, noch

Bestrittenheit oder Unsicherheit des Rechtsverhältnisses voraus. Als materiell-rechtlicher Prozeßvergleichsvertrag ist vielmehr jeder zwischen den Parteien oder zwischen einer Partei und einem Dritten abgeschlossene Vertrag anzusehen, auf Grund dessen die Prozeßbeendigung herbeigeführt wird. Für den Inhalt dieses (privatrechtlichen) Vertrags ist allein seine Zweckbestimmung maßgebend. S. auch JDR. **3** 1a zu § 794 ZPO. und zu § 779 BGB. — (59): Da der Verlautbarungsakt eine Prozeßhandlung darstellt, kann vor den Kollegialgerichten ein Prozeßvergleich nur durch Anwälte herbeigeführt werden. (78): Das Vergleichsprotokoll ist nicht als gerichtliche Urkunde im Sinne des § 797 anzusehen. (73): Der Prozeßvergleich kommt mit der Verlautbarung, nicht erst mit der Protokollierung des verlautbarten Vertrags zustande. Anderer Ansicht OLG. **1** 328 (Posen). **c**) RJA. **11** 235 (Dresden). Nach Reichsrecht (§ 925 BGB.) kann eine Auflassung nicht in einem Prozeßvergleiche vorgenommen werden. Dies ist nur zulässig, soweit nach Landesrecht (Art. 143 EGBGB.) die Auflassung außer vor dem Grundbuchamt auch „vor Gericht" vorgenommen werden kann (ebenso Planck [3], Anm. 3 zu Art. 143 EGBGB., Güthe, GBO. Anm. 34 zu § 20, Fuchs-Arnheim, GrundbR. II 292, Lehmann, Prozeßvergleich **2** 203; aM. Dronke, BuschsZ. **30** 56, Joseph, GruchotsBeitr. **53** 790, Turnau-Förster, LiegenschR. [3] I 442, Seuffert [11], Anm. 2e zu § 794 ZPO.). S. auch oben zu § 160 Abs. 2 Nr. 1. **d**) BadRpr. **11** 137 (Karlsruhe). Ein gerichtlicher Vergleich liegt nicht vor, wenn er von einer Partei innerhalb der gesetzten Frist widerrufen wird, dann aber nachträglich beide Parteien anzeigen, daß sie sich wieder geeinigt hätten. **e**) Lehmann unterscheidet: 1. die auch privatrechtlich wirksamen, 2. die auch auf dem Gebiete des materiellen öffentlichen Rechtes wirksamen Prozeßvergleiche (z. B. der Vergleich im Rechtsstreit aus § 58 KrankVG., 3. die rein prozessual wirksamen Prozeßvergleiche (z. B. die Einigung gemäß § 876 im Rechtsstreite gemäß § 878 ZPO.). — Ist der Prozeßvergleich unwirksam, so ist das alte Verfahren fortzusetzen. **f**) SeuffA. **66** 207, ThürBl. **58** 116 (Jena). Über die Frage, ob ein Prozeßvergleich mit Erfolg angefochten ist, ist stets in dem verglichenen Prozesse zu entscheiden, nicht nur dann, wenn die Nichtigkeit von vornherein aus Rechtsgründen unzweifelhaft ist (wie **RG. 65** 420, GruchotsBeitr. **50** 425 annimmt). **g**) SeuffBl. **11** 253 (München). Nur ein formell und materiell gültiger Prozeßvergleich kann einen anhängigen Rechtsstreit endgültig erledigen. Streitigkeiten über die Gültigkeit eines Vergleichs sind deshalb, sofern nicht die Vollstreckungsgegenklage in Frage kommt, unter Fortsetzung des Verfahrens zum Austrage zu bringen. **h**) AM. *Simon 84. Die Geltendmachung des Nichteintritts der Prozeßbeendigung im Falle eines nichtigen Prozeßvergleichs bedarf bei Vorliegen illiquider Parteibehauptungen einer in einem besonderen Verfahren zu erzielenden Entscheidung, daß der Prozeß nicht beendigt ist. Illiquide Parteibehauptungen liegen dann vor, wenn das den Nichteintritt der Prozeßbeendigung behauptende Vorbringen der neuladenden Partei bestritten wird und die Möglichkeit wirksamen Bestreitens besteht. Anderenfalls kann der Prozeß durch einfache Neuladung wieder aufgenommen werden. S. auch JDR. **4** I 3, **5** I 2, **6** I 6, **7** I 2, **8** Ziff. 1 b c und oben zu § 256 III 6, § 263 Nr. 4 a, b.

2. Nr. 5. **a**) *Scheffler, Die Besonderheiten der Vollstreckungsgegenklage gegenüber vollstreckbaren Urkunden. Die vollstreckbare Urkunde ist nach außen hin weder ein Schuld- noch ein Unterwerfungsvertrag, sondern eine einseitige Erklärung des Schuldners. Es muß ihr jedoch stets ein Unterwerfungsvertrag zugrunde liegen. Die Annahme eines einseitigen Verzichts auf das Erkenntnisverfahren (Asbahs, JheringsJ. **51** 127) findet im Gesetze keinen Anhalt. Die Fälle, in denen zur Aufgabe eines Rechtes einseitige Erklärung genügt, sind ausdrücklich hervorgehoben (§ 1945 BGB.). Der § 306 ZPO. kommt nicht zur Anwendung. Der Anspruch, welcher einer abstrakten oder konkreten Forderung entspringt, muß bei Be-

gründung des Exekutionsvertrags vorhanden sein. Analogie aus § 1113 BGB. Abs. 2 erscheint ausgeschlossen. Die Ausdehnung vollstreckbarer Urkunden auf ein Schiffspfandrecht ist nicht zulässig (15 ff.). **b)** MecklZ. **30** 51 (Rostock). Ein Minderjähriger bedarf zur Unterwerfung unter die sofortige ZwV. der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. Liegt sie nicht vor, so kann das ersuchte Gericht die Aufnahme der Urkunde ablehnen. **c)** OLG. **23** 210 (Dresden). Die vollstreckbare Urkunde aus § 794 Nr. 5 bildet einen Vollstreckungstitel ohne Rücksicht auf die der einseitigen Erklärung zugrunde liegende Vereinbarung. Zur Erteilung der Vollstreckungsklausel zu einer solchen Urkunde, in der sich der Erzeuger eines unehelichen Kindes zur Zahlung eines bestimmten Unterhaltsbeitrags verpflichtet, bedarf es deshalb nicht des Nachweises der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (§ 1714 BGB.). Ebenso BayObLG. **3** 567, Bechmann, BayRpflZ. **05** 234, Gruber, ZBlFG. **7** 688, Falkmann, ZwV. 76. **d)** **RG.** ZBlFG. **11** 744. Ermächtigt der Schuldner in der vollstreckbaren Urkunde den Gläubiger, sich ohne Nachweis der die Fälligkeit begründenden Tatsachen Vollstreckungsklausel erteilen zu lassen, so hat das nicht zur Folge, daß auch in einem durch die Zwangsvollstreckung veranlaßten Rechtsstreite der Gläubiger des Nachweises der Fälligkeit oder gar des Bestehens der Forderung überhoben ist. **e)** BadRpr. **11** 116 (Karlsruhe). Nach Art. 141 EGBGB., § 35 Abs. 3 BadRechtspolizeiG. vom 17. Juni 1899 sind in Baden die Amtsgerichte zur Aufnahme von Urkunden, in denen sich der Schuldner der sofortigen ZwV. unterwirft, nicht zuständig (vgl. **RG. 71** 303 für Elsaß-Lothringen).

§ 795. Literatur: Scheffler, Die Besonderheiten der Vollstreckungsgegenklage gegenüber vollstreckbaren Urkunden. Kattowitz 1911.

1. *Scheffler 28. Die entsprechende Anwendung des § 767 auf vollstreckbare Urkunden aus § 794 Nr. 5 ist nur dahin zu verstehen, daß materielle Einwendungen ihnen gegenüber gleichfalls durch Klage geltend zu machen sind. Die Gegenklage gegenüber vollstreckbaren Urkunden ist deshalb in Ermangelung einer besonderen Regelung selbständig zu entwickeln. Vgl. zu § 797.

2. Einstellung der ZwV. aus einem Vergleiche (§ 794 Nr. 1) gemäß § 769 s. dort Nr. 2.

§ 797. 1. **a)** Mayr, BayRpflZ. **11** 44. Nachdem § 797 durch das G. vom 1. Juni 1909 dahin geändert ist, daß die vollstreckbare Ausfertigung von dem Gerichtsschreiber des Gerichts zu erteilen ist, welches die Urkunde verwahrt, ist die Erteilung einer solchen Ausfertigung im Inland unmöglich, wenn die Urkunde auf Ersuchen eines ausländischen — insbesondere Vormundschafts- — Gerichts aufgenommen und diesem in Urschrift übersandt ist. Es empfiehlt sich deshalb, entsprechend dem preußischen Brauche, auch für Bayern, die Urschrift zurückzubehalten und dem ausländischen Gerichte nur eine beglaubigte Abschrift mitzuteilen. **b)** Herbertz, RheinARV. **29** 109. Die vor dem 1. Oktober 1879 im Bezirke des Appellationsgerichtshofs Cöln errichteten notariellen Urkunden sind nach § 22 der Übergangsvorschr. z. ZPO. vom 31. März 1879 in der durch die bisherigen Vorschriften bestimmten Form auszufertigen. Die dementsprechenden Ausfertigungen vertreten, soweit sie vollstreckbar sind, die Stelle der jetzigen vollstreckbaren Ausfertigungen. **c)** Beweislast bei „kassatorischer Klausel" s. oben zu § 726 Nr. 1.

2. **a)** Jastrow, Deutsch-Pr. Notariatsrecht I 272. Die vollstreckbare Ausfertigung darf nur auf Antrag desjenigen erteilt werden, der bei der Errichtung des Aktes mitgewirkt hat; wenn also die Urkunde einseitig vom Schuldner errichtet ist, nur auf seinen Antrag. — Dagegen Loewe, DNotV. **11** 562. Dem Gläubiger ist auch dann eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde zu erteilen, wenn er bei dem Akte nicht mitgewirkt, der Schuldner auch keinen Antrag auf Erteilung einer Ausfertigung für ihn gestellt hat. Dies folgt aus §§ 795, 727. Nach § 727 ist das Recht des Gläubigers, Ausfertigung zu verlangen, vorausgesetzt. **b)** RheinA.

108 I 258 (Düsseldorf). Über die Weigerung des Notars, zu einer Ausfertigung die Vollstreckungsklausel zu erteilen, entscheidet nach Art. 51 Abs. 2 PrFGG. die Zivilkammer des LG., in dessen Bezirk der Notar seinen Sitz hat, da zwischen einfachen und vollstreckbaren Ausfertigungen nicht unterschieden ist [RheinA. **105** 170, vgl. auch OLG. **5** 446 (Posen), **14** 166 (KG.)]. Über die Beschwerde dagegen entscheidet nicht das KG., sondern das örtlich zuständige OLG., da es sich nicht um eine weitere Beschwerde (Artt. 7, 8 PrFGG.) handelt. **c**) HessRspr. **11** 149. Nach Art. 105 HessAGFGG. ist im gleichen Falle das AG. des Sitzes des Notars zuständig. **d**) Rhein. A. **108** I 266 (Düsseldorf). Gegen die Entscheidung des LG., durch die der Notar gemäß Art. 51 Abs. 2 PrFGG. angewiesen wird, die Vollstreckungsklausel zu erteilen, steht nur demjenigen Beschwerde zu, dessen Recht durch die Entscheidung beeinträchtigt wird (Art. 6 Abs. 2 PrFGG., § 20 FGG.). Danach hat der angewiesene Notar kein Beschwerderecht. **e**) Dagegen OLG. **23** 383 (Breslau). Art. 51 Pr. FGG. findet keine Anwendung, da er sich nur auf reine Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit bezieht. Dahingestellt bleibt, ob Dienstaufsichtsbeschwerde oder Klage gemäß § 797 Abs. 5 zulässig ist. S. auch JDR. **1**, **3** 2, **9** 1.

3. *Scheffler. Die Gegenklage ist gegenüber vollstreckbaren Urkunden beim Fehlen einer Entscheidung kein Rechtsbehelf, sondern eine reguläre Klage, eine Feststellungsklage. Unter Einwendungen gegen den Anspruch fallen hier auch die gegen die prozessuale Erklärung (Unterwerfungsklausel). Die Unterwerfungsklausel gibt dem Gläubiger nur ein prozessuales Nebenrecht, der Forderung eine neue Eigenschaft; es wird also der Anspruch in einer bestimmten Richtung, in seiner Vollstreckbarkeit, angefochten. Bei Errichtung der Urkunde getroffene materielle Nebenabreden sind im Gegenklageprozesse zu berücksichtigen, prozessuale grundsätzlich nicht. Gemäß § 797 Abs. 4 kann der Schuldner auch das gesamte, dem Anspruche zugrunde liegende Schuldverhältnis aufrollen (29 ff.).

4. **a**) Dietmayr, BayRpflZ. **11** 279. Für die Bewilligung der öffentlichen Zustellung vollstreckbarer Urkunden nebst Vollstreckungsklausel ist, auch wenn diese nicht erst im Klagewege erstritten wird, das in den §§ 797 Abs. 5 und 800 Abs. 3 bestimmte Gericht als Prozeßgericht (KGBl. **19** 26 [KG.]) zuständig. S. auch JDR. **5** III 2, **9** 3. **b**) OLG. **22** 401, ElsLothJZ. **11** 497, R. **11** Nr. 2358 (Colmar). Für die Anordnung der Zustellung einer notariellen Urkunde im Auslande durch Erlassung des betreffenden Ersuchensschreibens ist nicht das Vollstreckungsgericht, sondern der Vorsitzende desjenigen Gerichts zuständig, bei dem Klage wegen des verbrieften Anspruchs erhoben werden müßte (§§ 199, 202). Ebenso Gaupp-Stein § 797 Anm. V; aM. Wilmowski-Levy u. Petersen.

§ 798. 1. **RG.** R. **11** Nr. 3117. Eine unter Nichtachtung der Frist des § 798 bewirkte Pfändung konvalesziert mit Ablauf der Frist (**RG. 25** 371).

2. KGBl. **11** 5 (LG. II Berlin). Die ZwV. wegen der in einem Kostenfestsetzungsbeschluß unter Vorbehalt des Zahlungsnachweises mitfestgesetzten Kosten ist erst zulässig, nachdem dem Schuldner der Nachweis der Zahlung erbracht und alsdann die Frist des § 798 verstrichen ist. Nachweis gegenüber dem Gerichtsvollzieher genügt nicht.

§ 799. Scherer, SeuffBl. **11** 123. Zur ZwV. aus einer vor Anlegung des Grundbuchs errichteten bayerischen Hypothekenurkunde, in welcher sich der Eigentümer nicht der sofortigen ZwV. unterworfen hat (Art. 127 BayAGZPO.), ist in entsprechender Anwendung des § 799 ZPO. die Zustellung der die Rechtsnachfolger des Gläubigers nachweisenden öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden nicht erforderlich, wenn der Rechtsnachfolger des Gläubigers in das Hypothekenbuch eingetragen worden ist.

§ 800. 1. BayObLG. **11** 577, SeuffA. **66** 293 = BayRpflZ. **10** 368 s. JDR **9** § 800 Nr. 1 b. Unzulässigkeit der dinglichen Vollstreckungsklausel bei einer Reallast.

2. OLG. **22** 371 (KG.). Der Gerichtsstand des § 800 Abs. 3 geht dem des § 797 Abs. 5 vor, gleichviel ob der ursprüngliche Eigentümer die Einwendungsklage erhebt oder sein Rechtsnachfolger (OLG. **19** 151).

Zweiter Abschnitt. Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

Erster Titel. Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.

I. Allgemeine Bestimmungen.

§§ 803 ff. Zwangsvollstreckung gegen Kaliwerksbesitzer s. unten zu § 857.

§ 803. (§§ 866, 867.) RJA. **11** 136 (KG.). Eine dem § 803 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Vorschrift fehlt für die ZwV. in das unbewegliche Vermögen. Es kann deshalb für eine vollstreckbare Forderung eine Zwangssicherungshypothek auch dann eingetragen werden, wenn eine Befriedigung des Gläubigers in der bereits vorgenommenen ZwV. in das bewegliche Vermögen des Schuldners zu erwarten ist (vgl. Fischer-Schäfer [2] Anm. 5 zu § 866).

§ 804. 1. *Smoira (s. zu § 771). Durch Pfändung einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache erwirbt der Gläubiger kein materiell wirksames Pfändungspfandrecht (3, 11—43). Dies wird insbesondere unter Bekämpfung der Lehre Müllers von der bloßen Anfechtbarkeit des Pfändungspfandrechts an fremder Sache (s. JDR. **6** § 804 Ziff. 1 und § 771 Ziff. 1) dargelegt. § 804 setzt Eigentum des Vollstreckungsschuldners am gepfändeten Gegenstande voraus. § 808 betrifft nur die Voraussetzungen der Gewährung des staatlichen Rechtsschutzes. Auch wenn diese erfüllt sind, kann die Pfändung im Hinblicke auf die materielle Anspruchsbetätigung unberechtigt sein. In § 771 handelt es sich nicht um die Anfechtung eines materiell wirksamen Pfandrechts, vielmehr um die Beseitigung der auch bei Pfändung fremder Sachen als Folge staatlicher Pfändungsmaßregeln entstandenen Pfandverstrickung. § 771 hat auch nicht präklusivische Wirkung für die materiellen Ansprüche der Dritteigentümer nach beendigter Zwangsvollstreckung. — Für diese ergibt sich folgendes: Bei Pfändung von Geld, das dem Schuldner nicht gehört, geht mit der Ablieferung an den Gläubiger auf diesen das Eigentum nicht über. § 815 Abs. 3 setzt Eigentum des Schuldners am gepfändeten Gelde voraus. Daher hat der Dritteigentümer gegen den Gläubiger bis zur Vermischung des Geldes mit dem seinigen den Anspruch aus § 985 BGB., nach Vermischung aus §§ 947, 948, 951 BGB., nach Verausgabung aus § 816 BGB. (44—51). Bei Pfändung und Versteigerung anderer dem Schuldner nicht gehöriger Sachen tritt nach § 1247 Satz 2 BGB., dessen Anwendbarkeit auf diesen Fall im Anschluß an Wolff (vgl. JDR. **4** Ziff. 1 b zu § 816 BGB.) dargelegt wird, kraft dinglicher Surrogation der Erlös an Stelle der Sachen. § 819 ZPO. setzt ein gültiges Pfändungspfandrecht voraus und steht nicht als lex specialis der Anwendung des § 1247 BGB. entgegen. Die sich daraus ergebenden Ansprüche der Dritteigentümer sind die gleichen wie bei Pfändung von Geld (52—72). — Vom Ausgangspunkte der herrschenden Lehre, wonach das Eigentum am Versteigerungserlös auch aus dem Schuldner nicht gehörigen Sachen auf den Gläubiger übergeht, läßt sich eine Bereicherungshaftung des Gläubigers aus den §§ 816 und 812 BGB. begründen, da die Vollstreckungsforderung des Gläubigers bestehen bleibt (73—112) — dies insbesondere gegen Oertmann, AZivPr. **96** 1 ff. (JDR. **3** § 816 Ziff. 1). ➸ Über den Anspruch aus § 816 BGB. vgl. jetzt auch Komm. der Reichsgerichtsräte Anm. 2 zu § 816 BGB. ⇽ Ein Anspruch ist dem Dritteigentümer dann zu versagen, wenn er mit der nachträglichen Belangung des Gläubigers sich in einen gegen Treu und Glauben verstoßenden Widerspruch zu seinem früheren Verhalten setzt (112—120).

2. KGBl. **11** 47 (KG.). Die Pfändung von Sachen, welche dem Schuldner nicht gehören, wird in dem Augenblicke wirksam, wo der Schuldner Eigentum an den Sachen erwirbt.

§ 805. 1. **a)** Stern, JW. **11** 423, vertritt gegen die herrschende Meinung (**RG.** **51** 189, Gaupp-Stein Anm. I zu § 805, Brückner, R. **05** 180, Metzges, GruchotsBeitr. **49** 507, Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen 12) die Ansicht, daß durch § 805 das Recht des Vermieters zum Pfandverkaufe der seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen des Mieters (§§ 559, 1233 ff. BGB.) nicht aufgehoben werde. **b)** OLG. **22** 251, HansGZ. **11** Beibl. 217 (Hamburg). Die Wegschaffung der eingebrachten Sachen auf Grund einer von dritter Seite vorgenommenen ZwV. beeinträchtigt das Vermieterpfandrecht materiell nicht (§ 560 BGB.). S. auch JDR. **1** 2, **3** 1, **4** 1, **5** 1, 2, **6** 1, **7** 2, **8** 2, **9** 1, und oben Ziff. **1** zu § 561 BGB.

2. KGBl. **11** 71 (LG. I Berlin). Als Erlös im Sinne des § 805 gilt nicht der nach Abzug sämtlicher mit der Versteigerung verbundenen Kosten des Gläubigers (Gebühren, Auslagen) verbleibende Betrag, sondern der Überschuß, der sich nach Abzug lediglich der Versteigerungskosten ergibt.

§ 807. Literatur s. unten zu §§ 899 ff.

1. Mampe, R. **11** 136. Für § 807 genügt es nicht, daß die Pfändung überhaupt an einem Orte, an dem sich Vermögen des Schuldners befand, versucht ist, sondern sie muß an dem Orte, an dem die meiste Aussicht auf ein befriedigendes Ergebnis bestand, in der Regel also am Wohnsitze des Schuldners, bei mehreren Wohnsitzen an dem, an welchem sich aller Wahrscheinlichkeit nach der größere Teil des Vermögens des Schuldners befand, gänzlich oder teilweise erfolglos vorgenommen sein.

2. KGBl. **11** 95 (LG. I Berlin). Ist die ZwV. gegen einen Gesamtschuldner fruchtlos ausgefallen, so muß dieser den Offenbarungseid auch dann leisten, wenn die ZwV. gegen einen anderen Gesamtschuldner möglicherweise Erfolg verspricht.

3. **a)** HessRspr. **11** 193, R. **11** Nr. 3348 (Darmstadt). In das Vermögensverzeichnis muß die Beteiligung des Schuldners an einer offenen Handelsgesellschaft aufgenommen werden. Die Vermögensstücke der Gesellschaft brauchen nicht aufgenommen zu werden. **b)** KGBl. **11** 6 (LG. III Berlin). In dem Vermögensverzeichnisse muß auch der Ort angegeben werden, wo sich die Vermögensstücke befinden, wenn der Schuldner sie nicht im Besitze hat. **c)** *Cahn, Bay. RpflZ. **11** 59. Der Schuldner hat schon nach jetzigem Rechte die Pflicht, Rechenschaft über die zweifelhaften Verträge zu geben.

4. *Warschauer, BuschsZ. **42** 286 schlägt eine Gesetzesänderung dahin vor, daß der Offenbarungseid vom Schuldner erst dann verlangt werden dürfe, wenn eine unmittelbare Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, ihm sein Vermögen außergerichtlich zu offenbaren, fruchtlos geblieben ist.

II. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen.

§ 808. 1. **a)** ElsLothJZ. **11** 204 (Colmar). Die Pfändungsanzeige muß deutlich sichtbar angebracht sein und über die Identität der gepfändeten Sachen keinen Zweifel lassen. **b)** ElsLothJZ. **11** 154 (Colmar). Grundsätzlich ist jede Pfändung so ersichtlich zu machen, daß jede Veränderung der hierzu getroffenen Maßnahmen sofort in die Augen fällt. Die bloße Anheftung von Pfandanzeigen in den Räumen des Schuldners mag bei lebenden Tieren (GruchotsBeitr. **44** 1195) oder großen Mengen besonders schwerer Gegenstände (**RG.** GruchotsBeitr. **41** 1188, JW. **97** 135) genügen. Bei Pfändung eines gewöhnlichen Warenlagers ist die Anbringung von Siegeln, wenn auch nicht an jedem Stücke, so doch an den Umhüllungen, sonstigen Behältnissen, nötigenfalls nach vorheriger Umschnürung, derart möglich — und deshalb erforderlich —, daß die Waren nicht ohne Verletzung der Pfandzeichen entfernt werden können (ElsLothJZ. **20** 232 [Colmar], RheinA. **88** 222 [Cöln]). S. auch JDR. **1** 2 a, **3** 7, **4** 1, **5** 4, **8** 4, **9** 2.

2. Wurzer, R. **11** 828. Das von der gepfändeten Kuh nach der Pfändung geworfene Kalb fällt nach § 1212 BGB. ohne Weiteres unter das Pfändungspfandrecht, auch wenn die nach § 808 Abs. 2 vorgeschriebene Kenntlichmachung fehlt.

3. Wegen der ZwV. in Leihmöbel und in den Anspruch aus dem Möbelleihvertrage s. unten zu § 857 II.

§ 810. Literatur: Oertmann, Die Pfändung stehender Früchte. BuschsZ. **41** 1—46.

1. Oertmann. Die Pfändung stehender Früchte ist eine Sach- und keine Anspruchspfändung (19). Der Pfändungsakt begründet jedoch noch kein sofortiges Pfandrecht (Vollrecht) (herrschende Ansicht, **RG. 18** 365), sondern nur eine Anwartschaftsrecht (17, 19 ff.). Der Rang bestimmt sich aber nach dem Zeitpunkte der Pfändung (40). Das Pfandrecht des Verpächters geht dem Pfändungspfandrechte vor (ebenso Planck § 585 BGB. Nr. 2 a α, Oertmann [3] das. Nr. 1 d, Struckmann-Koch, Petersen-Anger, Seuffert zu § 810 ZPO., Bunsen, ABürgR. **29** 37, v. Thur, Allg. Teil d. bürg. Rechtes 187, Weißmann, Lehrb. II 130, OLG. **19** 6 [Posen]; aM. Dernburg, Bürg. Recht III § 284 Anm. 8, Gaupp-Stein § 810 Nr. II, Jäger § 49 KO. Anm. 32, 51, Staudinger zu § 585 BGB. Nr. II 1 c, OLG. **13** 202 [Braunschweig]). — Das Pfändungspfandrecht entsteht, sofern die Früchte abgetrennt werden und mit der Trennung in das Eigentum des Vollstreckungsschuldners gelangen. Willkürliche Handlungen des letzteren und auf sein Recht gestützte Rechtshandlungen Dritter können die Entstehung des Pfandrechts nicht ausschließen, wohl aber objektive Ereignisse, die das Fruchtziehungsrecht vor der Trennung vernichten (z. B. Tod des Nießbrauchers, Kündigung seitens des Verpächters, gutgläubiger Erwerb des Grundstücks durch einen Dritten) (42, 43).

2. **RG. 74** 247 = R. **10** Nr. 4150 s. JDR. **9** 1. Fortbestand des Pfandrechts an Früchten, die auf dem Halme gepfändet sind, nach dem Abernten und Ausdreschen.

§ 811. I. Allgemeines. 1. **a)** HessRspr. **12** 119 (LG. Darmstadt). Unpfändbar ist auch der Anspruch auf Herausgabe einer unter § 811 fallenden individuell bestimmten Sache, nicht jedoch eine Geldforderung, welche dem im § 811 Nr. 2 bezeichneten Geldbetrag entspricht. **b)** Wegen Unpfändbarkeit des Anspruchs auf Leistung einer nach § 811 unpfändbaren Sache s. auch § 847.

2. *Schultz, Vollstreckungsbeschwerde. Der Schuldner kann einen Verzicht auf das Pfändungsverbot nur dadurch betätigen, daß er die Verletzung des Verbots zu rügen unterläßt. Ein ausdrücklicher Verzicht vor oder bei der Pfändung ist unwirksam. Trotz eines solchen Verzichts kann mithin der Schuldner nachträglich die Unzulässigkeit der Pfändung mit der Vollstreckungsbeschwerde des § 766 geltend machen.

3. Verfahren bei Erinnerung aus §§ 811, 766 s. oben zu § 766.

II. Nr. 1. 1. **a)** R. **11** Nr. 3534 (Naumburg). Vorübergehende Vermietung beweist nur, daß der Schuldner eine Zeitlang ohne die Gegenstände auskommen kann, nicht, daß sie zur Erhaltung eines angemessenen Hausstandes nicht notwendig sind. **b)** BadRpr. **11** 163 (LG. Karlsruhe). Bei der Frage der Unpfändbarkeit sind auch die einem Dritten durch Besitzkonstitut übereigneten, dem Schuldner auf unbestimmte Zeit belassenen fremden Gegenstände mit in Betracht zu ziehen.

2. **a)** HessRspr. **11** 179 (LG. Darmstadt). Pfändbar Nähmaschine im Haushalte der Schuldnerin, die nur mit ihrer Tochter zusammenlebt. **b)** Crasemann, DJZ. **11** 867. Ob eine Taschenuhr Hausgerät ist, hängt von den Umständen ab. Dient sie den Zwecken des Haushalts, so ist noch zu prüfen, ob der Schuldner der Uhr bedarf oder sie zur Erhaltung eines angemessenen Hausstandes unentbehrlich ist. Dabei ist insbesondere zu prüfen, ob andere Uhren dem Schuldner oder seinen

Angehörigen zur Verfügung stehen. Wird die Unentbehrlichkeit für den Hausstand bejaht, kommt es auf den Wert der Uhr nicht an.

III. Nr. 2, 3. OLG. **22** 373, ZBlFG. **11** 658 (Cassel). § 811 Nr. 2, 3 finden bei Zwangsverwaltung von Grundstücken keine entsprechende Anwendung. Das im § 149 ZVG. bestimmte Wohnrecht ist das einzige Recht, daß dem Schuldner im Interesse seiner und seiner Familie Erhaltung eingeräumt ist (aM. *Jäckel-Güthe*).

IV. Nr. 7, 8.* *Eckstein*, AÖffR. **27** 567, 568. Die Bestimmungen der §§ 811 Nr. 7, 8, 850 Nr. 8 beziehen sich auf alle Beamtenkategorien außer auf Partialbeamte (Beamtenbegriffe s. o. zu §§ 839 Ziff. 1 und 1315 BGB.), § 910 auch auf letztere.

V. 1. *Grundsätze*. **a**) *Crasemann*, R. **11** 611. Für den Kreis der Personen, denen das Pfändungsprivileg zugute kommt, ist entscheidend die Art ihres Erwerbes, ob dieser auf Handarbeit oder sonstigen persönlichen Leistungen beruht, gleichgültig, ob die Erwerbstätigkeit selbständig oder im Betrieb eines anderen, ob sie als Hauptberuf oder im Nebenberuf ausgeübt wird. Materialien und Vorräte sind unpfändbar, wenn sie zur *persönlichen* Fortsetzung der Erwerbstätigkeit, also nicht zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs oder für die Beschäftigung von Gehilfen unentbehrlich sind. Waren und fertige Arbeitsprodukte sind dagegen pfändbar. Die Unentbehrlichkeit ist nach dem Zeitpunkte der Pfändung zu beurteilen; der Wert des Gegenstandes kommt nicht in Betracht, auch ist es gleichgültig, ob der Gegenstand dem Schuldner gehört oder nicht. **b**) ElsLothJZ. **11** 519 (Colmar). Kaufleute sind von der Vergünstigung des § 811 Nr. 5 nicht grundsätzlich ausgeschlossen, zumal die ausdrücklich erwähnten Handwerker auch Kaufleute sind. Entscheidend ist das Kriterium des Erwerbes durch persönliche Leistungen. Unpfändbar danach Geschirr und Wagen eines allein für sich arbeitenden Kohlenhändlers. **c**) OLG. **22** 374 (Rostock). § 811 Nr. 5 findet auf *Minderkaufleute* mit stehendem Gewerbebetriebe keine Anwendung, da bei ihnen gegenüber dem kaufmännischen Warenvertriebe die persönlichen Dienstleistungen nur untergeordnete Bedeutung haben. **d**) OLG. **22** 375 (KG.). Da unter „sonstigen persönlichen Leistungen" nur eine der Handarbeit nahestehende Erwerbstätigkeit zu verstehen ist, so kommt die Pfändungsbeschränkung des § 811 Nr. 5 weder dem *Schriftsteller* noch dem Redakteur einer Zeitung zugute. Bei Möglichkeit anderweitiger leihweiser Beschaffung sind die Bücher eines Redakteurs auch nicht „unentbehrlich". **e**) Schl. HolstAnz. **11** 314 (Kiel). Führt der Schuldner das Gewerbe als *Geschäftsführer seiner Frau*, so steht ihm das Pfändungsvorrecht in Ansehung der zum Betriebe des Geschäfts durch den Inhaber erforderlichen Gegenstände nicht zu. **f**) HessRspr. **11** 179 (LG. Darmstadt). Maßgebend ist nur der durch die persönliche Tätigkeit bedingte Umfang des Geschäfts. Die für *Gehilfen* und Lehrlinge notwendigen Gerätschaften sind pfändbar, z. B. der zweite Wandspiegel eines Friseurgeschäfts. **g**) HessRspr. **12** 140 (LG. Darmstadt). Zu den nach § 811 Nr. 5 unpfändbaren Gegenständen gehören auch die *Materialien und Vorräte*, deren der Schuldner zur persönlichen Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit bedarf (Begr. zur Nov. von 1898, 130, *Gaupp-Stein* zu § 811 Nr. 5). Danach unpfändbar zwei Sophagestelle, die den augenblicklichen Arbeitsbedarf eines Tapeziers decken. **h**) HessRspr. **11** 180 (Darmstadt). Für die Frage der Unentbehrlichkeit sind auch die *fremden* in nicht nur vorübergehendem Besitze des Schuldners befindlichen Gegenstände in Betracht zu ziehen, z. B. Wagen, welche die Brauerei dem Bierverleger (Schuldner) zur Verfügung gestellt hat.

2. *Unpfändbar*: **a**) NaumburgAK. **11** 23 (Naumburg). Kutter, Motor und Marktbude eines Wurstmachers. **b**) OLG. **22** 374 (München). Wagen und Pferd eines Hausierers, der mit schweren Waren in verkehrsentlegenen Ortschaften umherzieht. **c**) SchlHolstAnz. **11** 189 (Kiel). Eisschrank — auch im Winter —,

Fleischmengemaschine und Fleischzerkleinerungsmaschine (sog. Wolf) eines selbständigen Schlächters. **d**) OLG. **22** 378, BuschsZ. **41** 415, RheinARB. **28** 109 (LG. u. OLG. Cassel). Unpfändbar die Einrichtungsgegenstände eines Mädchenpensionats. Die erziehende und ausbildende Tätigkeit der Pensionsinhaberin ist eine sonstige persönliche Leistung im Sinne des § 811 Nr. 5, die Gewährung der Wohnung nur Mittel zu diesem Zwecke. Die Beschäftigung von Hilfskräften steht der Unpfändbarkeit nicht entgegen.

3. Pfändbar: **a**) SchlHolstAnz. **11** 47 (Kiel). Motor einer Dreschmaschine, da die persönlichen Leistungen des Eigentümers hinter den Leistungen der Maschine und der zu ihrer Bedienung erforderlichen Hilfskräfte völlig zurücktreten. **b**) OLG. **23** 216 (Nürnberg). Wagen und Pferd eines Flaschenbierhändlers. Der Warenvertrieb überwiegt die persönliche Tätigkeit. Die Gegenstände sind nicht für den Flaschenbierhandel an sich, sondern nur für den Betrieb in dem Umfange, den Schuldner ihm gegeben, nötig. **c**) HessRspr. **12** 212 (LG. Gießen). Im Logierbetrieb einer Schank- und Logierwirtschaft tritt die in dem Ordnen des Bettwerkes und dem Reinhalten des Logierzimmers nebst dessen Gerätschaften bestehende persönliche Tätigkeit hinter der in der Ausnutzung des in dem Schlafzimmer nebst Einrichtung steckenden Kapitalwerts zurück. Ein Logierbett ist daher regelmäßig pfändbar.

4. Zweifelhaft. **a**) OLG. **22** 377 (Jena). Mobiliar einer Zimmervermieterin grundsätzlich pfändbar, da nicht die persönliche Tätigkeit (Aufwartung), sondern das Vermieten, also die Ausnutzung der gewerblichen Einrichtung den wirtschaftlichen Schwerpunkt des Rechtsverhältnisses bildet. **b**) Ebenso NaumburgAK. **11** 21 (LG. Magdeburg). **c**) OLG. **22** 378 (KG.). Im Einzelfall ist zu prüfen, ob die Überlassung der Räume oder die persönlichen Dienstleistungen den wesentlichen Teil der Erwerbstätigkeit des Vermieters ausmachen. **d**) Ebenso Hess. Rspr. **12** 23 (LG. Gießen). Die Möbel einer Zimmervermieterin sind unpfändbar, wenn der Erwerb durch die persönlichen Dienstleistungen den Erwerb aus der gewerblichen Einrichtung überwiegt. **e**) SchlHolstAnz. **11** 173 (Kiel). Entscheidend das Maß der persönlichen Dienstleistungen des Zimmervermieters. Vorübergehende Hilfe eines Dienstmädchens schließt die Anwendbarkeit des § 811 Nr. 5 nicht aus. **f**) BuschsZ. **41** 210 (Cassel). Unpfändbar die Möbel der Zimmervermieterin, die in einer kleinen Universitätsstadt an Studenten vermietet, da die regelmäßig übernommenen persönlichen Dienstleistungen ohne den Besitz der Möbel nicht durchführbar sind. AaO. 211: Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten. S. auch oben zu V 2 d und JDR. **1** IV 7 b ζ, **3** IV 3 d, **4** IV 2 e, **6** III 7, **7** IV 4, **8** II 3 e, **9** III 3.

§ 815. Abs. 3. *Smoira, Eigentum des Schuldners am gepfändeten Gelde als Voraussetzung des Eigentumsüberganges s. oben zu § 804 Nr. 1.

§ 816. BadRpr. **11** 101 (Karlsruhe). Verstöße gegen § 816 hinsichtlich des Ortes, der Zeit und der Bekanntmachung der Versteigerung machen diese selbst nicht unwirksam (Gaupp-Stein § 816 Anm. I und II, Seuffert).

§§ 818 819. *Schultz, Vollstreckungsbeschwerde. Der Schuldner kann die Aushändigung des Erlöses mit der Vollstreckungsbeschwerde verlangen, wenn die Versteigerung infolge Unwirksamkeit der Pfändung unzulässig ist (359). — S. auch Smoira zu § 804.

III. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte.

§§ 828 ff. a) Ehrenberg, R. **11** 11. Der Gläubiger des Versicherungsnehmers, der dessen Anspruch aus der Lebensversicherung gepfändet hat, kann die Versicherung jedenfalls dann kündigen, wenn die Police einen

Rückkaufswert hat. — Eine Lebensversicherungspolice im Wege der ZwV. dadurch zu realisieren, daß sie mit Ermächtigung des Gerichts öffentlich versteigert wird, ist im Hinblick auf § 159 Abs. 2 VVG. nur mit Zustimmung des Versicherungsnehmers zulässig. Auch jede andere Art der ZwV. ist ausgeschlossen, bei der der Gläubiger oder ein Dritter entgegen dem § 159 Abs. 2 aaO. ein Interesse an dem baldigen Tode des Versicherungsnehmers erhält. **b)** Sachße, R. **11** 410, führt aus: Bei Pfändung einer Lebensversicherung kann der Pfandgläubiger die Versicherung kündigen, da die früher dem Versicherungsnehmer zustehende Verfügung von der Pfändung ab auf den Gläubiger übergegangen ist. Der Pfändungsgläubiger steht in einem solchen Falle ebenso da wie ein Gläubiger, für den eine Darlehnsforderung gepfändet ist. — § 159 Abs. 2 VVG. ist seinem Wortlaute gemäß auf den Abschluß einer Lebensversicherung zu beschränken; er soll nur die Eingehung einer Versicherung ohne eigenes wirtschaftliches Interesse, nur aus Spekulation, verhindern. Für den nachträglichen Erwerb einer schon bestehenden Versicherung greift diese Erwägung nicht Platz. Wer eine Lebensversicherung durch ZwV. erwirbt, bedarf also zu ihrer Fortsetzung der Zustimmung des Versicherten nicht. **c)** Dagegen Josef, R. **11** 482. Der Beschluß, durch den einem Gläubiger des Versicherungsnehmers dessen Anspruch aus der Lebensversicherung überwiesen wird, ist lediglich dahin auszulegen, daß er bei der Fälligkeit die Versicherungssumme einzuziehen befugt sein soll. Die bloße Überweisung jenes Anspruchs legitimiert den Pfändungsgläubiger nicht zum Rückkaufe der Police. Die Pfändung ergreift den Versicherungsanspruch immer nur in Höhe des der Gläubigerin zustehenden Anspruchs. Das Kündigungsrecht aber ist unteilbar und kann deshalb nur einheitlich ausgeübt werden. **d)** *Müller, ZVersWiss. **11** 13. Über die Berechtigung des Pfändungspfandgläubigers zur Kündigung eines Lebensversicherungsvertrags s. zu § 165 VVG.

§ 829. 1. OLG. **23** 214 (Jena). Wenn auch für gewöhnlich nicht zu prüfen ist, ob der zu pfändende Anspruch besteht, so ist doch die Pfändung als zwecklos abzulehnen, wenn das eigene Vorbringen des Gläubigers ergibt, daß der Anspruch nicht besteht (Seuffert, Gaupp-Stein). Unpfändbar ist danach der Anspruch des Käufers auf Eigentumsübertragung an einem Grundstücke, wenn die Auflassung schon erklärt, nur die Eintragung noch nicht erfolgt ist. Denn mit der Auflassung ist der schuldrechtliche Vertrag erfüllt.

2. **a)** BuschsZ. **41** 207 (Colmar). Aus dem Pfändungsbeschlusse muß genau ersichtlich sein, welche Forderung gepfändet werden soll. Die Bezeichnung „Forderung aus Darlehen, Vorschüssen und ungerechtfertigter Bereicherung" genügt nicht. **b)** OLG. **22** 379 (Braunschweig). Stehen dem Schuldner gegen den Drittschuldner mehrere voneinander unabhängige Forderungen zu, so muß im Pfändungsbeschlusse die gepfändete Forderung so genau bezeichnet werden, daß kein Zweifel besteht, welche Forderung gemeint ist. **c)** **RG.** WarnE. **11** 150. Die Pfändung „der angeblichen Forderungen auf Erbauseinandersetzung und Auszahlung des Anteils am Nachlasse" kann dahin ausgelegt werden, daß der Anteil des Schuldners am Nachlasse gepfändet ist. S. auch JDR. **3** II 1 b, **4** 1, **5** 1, **6** 1, **9** 3.

3. KGBl. **11** 46 (KG.). Mit der Pfändung des Hauptanspruchs zugleich erlangt der Pfändungsgläubiger das dem Schuldner zustehende Recht auf Rechnungslegung (Gaupp-Stein, Petersen zu § 829).

4. KGBl. **11** 58 (LG. I Berlin). Steht einem Droschkenführer vertragsmäßig ein Anteil an den vereinnahmten Fahrgeldern zu, so bildet dieser einen Teil seines Lohnes. Ist üblich, daß der Droschkenführer diesen Anteil bei der täglichen Abrechnung gleich zurückbehält, so stellt dies eine Aufrechnung dar. Diese Aufrechnung wird durch die Pfändung des Lohnanspruchs ausgeschlossen. Der Dienstherr muß mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln den Droschkenführer zur Ablieferung der

vollen Einnahme an ihn zwingen, nötigenfalls sich durch sofortige Entlassung gegen die Gefahr, den Lohn doppelt zahlen zu müssen, sichern.

5. ElsLothJZ. **11** 138 (Colmar). Die Pfändung ist unwirksam, wenn der Schuldner zur Zeit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner die Forderung bereits anderweitig abgetreten hatte.

6. **a)** BuschsZ. **41** 212, ElsLothJZ. **11** 138 (Colmar) = R. **10** Nr. 2264 s. JDR. **9** § 829 Nr. 4. Zustellungsadressat bei Pfändung des Anspruchs auf hinterlegte Gelder. **b) RG.** R. **11** Nr. 3535 bezeichnet die Zustellung der Pfändung einer Forderung gegen eine Einzelperson an eine GmbH. unter der gleichen Firma als nicht unter allen Umständen unwirksam.

7. **a)** SchlHolstAnz. **11** 312 (Kiel). Das vertragsmäßige Recht des Drittschuldners, seine Schuld durch Zahlung an einen Dritten zu erfüllen, wird durch die Pfändung und Überweisung der Forderung nicht berührt. **b)** SeuffA. **66** 147 (Rostock). Es ist anerkannten Rechtes, daß der Drittschuldner sich nicht darauf berufen kann, der zu vollstreckende Anspruch sei nachträglich getilgt, daß vielmehr nur der Schuldner diesen Einwand gemäß § 767 zu verfolgen befugt ist (Gaupp-Stein, Anm. 100 zu § 829, **RG. 38** 400, OLG. **6** 10). Denn das Vollstreckungspfandrecht erlischt nicht wie das vertragsmäßige durch Erlöschen der Forderung, für die es begründet ist, sondern erst durch Aufhebung der Pfändung.

§ 830. 1. **RG. 76** 231, JW. **11** 588, R. **11** Nr. 2372—2374. Ist eine Forderung gepfändet, für die eine Briefhypothek besteht, ohne daß dem Pfändungsgläubiger der Brief übergeben wird, so bleibt die Pfändung unwirksam, auch wenn die Hypothek später gelöscht und dadurch die Übergabe des Briefes unmöglich wird (vgl. **RG. 59** 314, **63** 214).

2. OLG. **23** 213 (Hamburg). Bei Pfändung von Teilbriefhypotheken genügt neben dem Pfändungsbeschlusse die Übergabe des Briefes zwecks Bildung eines Teilhypothekenbriefs (§ 1145 BGB.). Die Übergabe des Briefes an den Gläubiger wird durch die Übergabe an den von ihm mit der Regelung der Angelegenheit betrauten Notar ersetzt.

3. KGJ. **40** A 322 (KG.). Der Hypothekengläubiger hat einen privatrechtlichen — dem des Verwahrers nach §§ 688 ff. BGB. ähnlichen — Anspruch auf Herausgabe des neu hergestellten Briefes gegen den Justizfiskus, wenn eine Vereinbarung nach § 1117 Abs. 2 BGB. zwischen ihm und dem Eigentümer getroffen ist und der Eigentümer die Aushändigung des Briefes an den Gläubiger nach § 60 Abs. 2 GBO. bestimmt hat. Wird der Anspruch von einem Dritten gepfändet, und verweigert das Grundbuchamt dem Dritten die Herausgabe des Briefes, so ist hiergegen nicht Beschwerde nach § 71 GBO., sondern nur die Klage gegen den Justizfiskus zulässig (vgl. KGJ. **31** A 341). — Ob zur Pfändung die Zustellung an das Grundbuchamt genügt, oder ob eine solche an die zur Vertretung des Fiskus in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten berufene Behörde erfolgen muß, bleibt dahingestellt. S. auch JDR. **4** § 830 Nr. 1 und **7** § 851 Nr. 2.

4. DJZ. **11** 288 (BayObLG.) = BayObLG. **11** 59 s. JDR. **9** Nr. 3: Einstellungsbeschluß als Hindernis der Eintragung der Pfändung einer Briefhypothek.

5. **RG. 74** 78 = JW. **10** 830 s. JDR. **9** 4: Pfändung des Anspruchs auf künftige Zinsen fällt nicht unter § 830 Abs. 3.

§§ 835, 836. 1. **RG.** R. **11** Nr. 2953. Ist die Entscheidung über den Zeitpunkt der Einziehung einer Forderung in das Ermessen des Gläubigers gestellt, so geht dieses Recht ebenso wie ein etwaiges Kündigungsrecht (**RG. 29** 248) auf den Pfändungsgläubiger über. Ist dieser weniger nachsichtig als der ursprüngliche Gläubiger, so liegt darin nur eine Verschlechterung der tatsächlichen, nicht der rechtlichen Lage des Schuldners.

2. RheinA. **108** I 284 (Düsseldorf). Das Recht zur Einziehung umfaßt nicht das Recht, die zur Einziehung überwiesene Forderung abzutreten. Das Recht zur Einziehung ist auch ohne die Forderung, derentwegen gepfändet ist, nicht übertragbar (Gaupp-Stein § 835 IV, Enneccerus, Lehrb. d. b. R. § 302 III 3).

3. Württ. RpflZ. **11** 134 (Stuttgart). Da durch die Überweisung der gepfändeten Forderung zur Einziehung das Gläubigerrecht des Schuldners nicht aufhört (**RG. 63** 218), so behält dieser das Recht, seinerseits auf Zahlung an den Pfändungsgläubiger zu klagen (**RG. 49** 203). Erfolgt die Pfändung und Überweisung, nachdem der Schuldner Klage auf Zahlung an sich erhoben hat, so liegt in einer entsprechenden Änderung des Antrags keine Klagänderung (§ 268 Abs. 2 ZPO., **RG. 20** 420). S. auch JDR. § 835 **4** 1, **7** 1, **8**, § 836 **1** 1, **5** 1.

§ 840. (Abs. 2). **RG.** R. **11** Nr. 3851. Eine Schadensersatzpflicht wegen fahrlässig unrichtiger Auskunft tritt nicht ein, wenn die Aufforderung aus § 840 Abs. 1 nicht mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses verbunden war, sondern nachträglich formlos erlassen ist.

§ 845. Literatur: Kell, Die Vorpfändung nach § 845 ZPO. als Zwangsvollstreckungshandlung, SächsRpflA. **11** 457—466.

1. **a)** *Kell. Die Vorpfändung ist eine Zwangsvollstreckungsmaßregel, die vom Gesetzgeber in die Hand des im Besitz eines Vollstreckungstitels befindlichen Gläubigers gelegt ist; sie ist nicht nur Vorbereitung zur Zwangsvollstreckung. Die den Beginn der Zwangsvollstreckung voraussetzenden Angriffsmittel der Zwangsvollstreckungsinstanz: Einwendungen nach § 766 und Widerspruchsklage nach § 771 ZPO. sind bereits gegen die Vorpfändung zulässig und allein geboten. **b)** KGBl. **11** 70 (KG.) führt gegen LG. I Berlin aus, daß der Vorpfändung des § 845 bereits der rechtliche Charakter eines ZwV.akts beiwohne (**RG.** JW. **95** 127, OLG. **19** 8), deshalb gegen sie Erinnerung nach § 766 zulässig sei. S. auch JDR. **3** 4, **4** 2, **5** 1, **6** I 1, **7** 1, **8** 1, **9** 3.

2. NaumburgAK. **11** 5 (LG. Magdeburg). Werden vor dem Zuschlag eines zur Zwangsversteigerung stehenden Grundstücks die Mieten gegen den bisherigen Eigentümer im Umfange des § 573 BGB. vorgepfändet, so wirkt, wenn nach dem Zuschlage die Pfändung rechtzeitig erfolgt, diese trotz des Eigentumswechsels auf den Zeitpunkt der Vorpfändung zurück.

§ 847. (Abs. 2.) HessRspr. **11** 145 (Darmstadt). Nach §§ 847 Abs. 2, 857 sind alle diejenigen Ansprüche unpfändbar, deren Gegenstand eine nach § 811 unpfändbare Sache bildet, denn die Pfändung des Anspruchs hat den Zweck, unmittelbar ein Pfandrecht an dem Gegenstande des Anspruchs zur Entstehung zu bringen (Gaupp-Stein §§ 851 III, 847, OLG. **8** 131, SeuffA. **56** Nr. 218).

§ 848. Literatur: Hartung, Der Rang der durch Surrogation entstehenden Rechte an Grundstücken (§§ 1075, 1287 BGB., § 848 ZPO.), ZBlFG. **11** 637—640.

1. Hartung. Soll die Eigentumsübertragung vertragsmäßig Zug um Zug gegen Bestellung einer Kaufpreishypothek erfolgen, so erwirbt nach dem Sinne des Gesetzes der Pfändungspfandgläubiger die Sicherungshypothek aus § 848 erst mit der Eintragung der Kaufpreishypothek. Diese geht der Sicherungshypothek im Range vor. Räumt dagegen der Veräußerer einer nicht als Gegenleistung gegen die Eigentumsübertragung anzusehenden Belastung den Vorrang vor der Kaufpreishypothek ein, so gebührt dieser Belastung nicht der Vorrang vor der Sicherungshypothek. Die Vorrechtseinräumung hat (analog § 881 Abs. 4 BGB.) insoweit keine Wirkung, als infolge der Sicherungshypothek die Kaufgeldhypothek eine über den eingeräumten Vorrang hinausgehende Beeinträchtigung erleiden würde.

2. **RG.** R. **11** Nr. 3852. Nach § 848 Abs. 2 Satz 2 erwirbt nur derjenige Gläubiger einer Sicherungshypothek, welcher die Auflassung gemäß Abs. 2 Satz 1 herbeigeführt hat. Hat daher ein Gläubiger lediglich den Auflassungsanspruch gepfändet,

ein anderer auch eine Sicherungshypothek gemäß § 848 Abs. 2 erworben, so berührt diesen die bloße Anspruchspfändung des anderen, auch wenn sie zeitlich vorangegangen ist, nicht.

§ 850. Literatur: Hirsch, Zusammentreffen von Pfändungspfandrechten am pfändbaren und unpfändbaren Teil der Gehaltsforderung, NaumburgAK. **11** 58—61. — Meyer, Zwei Fragen aus dem Gebiete der Lohnbeschlagnahme, R. **11** 321—326.

I. Abs. 1 Ziff. 1 (zum LohnBG. vom 21. Juni 1869).

1. **§ 1.** **a)** SchlHolstAnz. **11** 203 (Kiel). Das LohnBG. unterscheidet nicht Haupt- und Nebeneinnahmen, sondern Haupt- und Nebenbeschäftigung. Bei einem pensionierten Beamten ist also die Pension überhaupt nicht in Betracht zu ziehen, mag er dadurch auch günstiger stehen als ein aktiver Beamter. Eine täglich 5 Stunden in Anspruch nehmende Berichterstattertätigkeit ist Hauptbeschäftigung. Regelmäßig daneben betriebenes Aktenheften bei einem kleinen Amtsgerichte Nebenbeschäftigung. **b)** HessRspr. **11** 146 (LG. Gießen). Das LohnBG. setzt ein Erwerbsverhältnis voraus, auf das sich die wirtschaftliche Existenz des Arbeiters ganz oder wenigstens vornehmlich aufbaut. Nicht erforderlich ist, daß es seine Erwerbstätigkeit zeitlich voll oder überwiegend in Anspruch nimmt. **c)** SächsOLG. **32** 250, SeuffBl. **11** 405 R. **11** Nr. 2666 (Dresden). Ein Schuldner, der als Heimarbeiter auf einer Handstickmaschine für eine Firma mit deren Material, nach deren Mustern und Anweisungen ausschließlich arbeitet, steht in einem abhängigen Arbeitsverhältnisse, wie § 1 es voraussetzt. **d)** OLG. **22** 382 (Nürnberg). Die Inhaberin einer Schülerpension steht zu den Eltern ihrer Zöglinge nicht in einem Arbeits- oder Dienstverhältnisse der im § 1 LohnBG. bezeichneten Art (OLG. **13** 209, **17** 194). Die Vergütung für Kost und Wohnung ist deshalb unbeschränkt pfändbar. **e)** KGBl. **11** 6 (LG. III Berlin). Die Provision des Handlungsagenten ist unbeschränkt pfändbar, da dieser selbständiger Kaufmann ist, also nicht in dem nach § 1 LohnBG. vorausgesetzten Abhängigkeitsverhältnisse steht. **f)** Meyer, R. **11** 321. Auf die Vergütung des Direktors einer Aktiengesellschaft und des Geschäftsführers einer GmbH. ist das LohnBG. nicht anwendbar, da die Genannten in keinem Dienstverhältnisse zu ihren Gesellschaften stehen. Ein Dienstverhältnis setzt stets ein gewisses Maß von Abhängigkeit voraus. Diese fehlt bei den bezeichneten Gesellschaftsorganen. Etwas anderes gilt, soweit ihnen daneben durch besonderen Dienstvertrag die Aufgaben eines Handlungsgehilfen zugewiesen sind. **g)** Ruth, HessRspr. **12** 154. Der künftige Lohnanspruch des auf Tagelohn arbeitenden Alimentenschuldners ist unpfändbar, wenn das Arbeitsverhältnis des Schuldners von Tag zu Tag erneuert wird; denn dann fehlt es gegenwärtig an einem die Grundlage für die Entstehung des künftigen Anspruchs bildenden Vertragsverhältnisse zwischen Vollstreckungsschuldner und Drittschuldner (vgl. **RG.** JW. **04** 365).

2. **§ 3.** OLG. **23** 217 (Marienwerder). „Deputat" ist insoweit kein Dienstlohn, als er die Vergütung für die Beschaffung fremder Arbeitskräfte darstellt.

3. **§ 4.** Nr. 4. **a)** Meyer, R. **11** 324. Unter den „Gesamtbetrag der Vergütung" eines Angestellten fällt auch die Zuwendung von Vermögensvorteilen an dessen Familienmitglieder. Ist der Ehefrau die Forderung auf einen Teil der Vergütung als selbständiges Recht eingeräumt, so ist dieser Gehaltsanspruch zwar an sich nicht pfändbar (**RG. 69** 59), wohl aber bei Berechnung des pfändbaren Betrags zu berücksichtigen. **b)** OLG. **22** 383 (Breslau). Beiträge, die dem Schuldner laut seinem Dienstvertrage für eine Pensionskasse vom Lohne abgezogen werden, sind auf die ihm zu belassenden 1500 M. nicht anzurechnen, da sie den Lohn mindern. Anzurechnen sind dagegen die Beiträge zur Knappschaftskasse, Krankenkasse, Alters- und Invalidenversicherung, bei denen die Berechtigung des Dienstherrn zum Abzuge nicht auf dem Dienstvertrage, sondern auf dem Gesetze beruht. **c)** Da-

gegen OLG. **23** 218 (Celle). Auch die letztbezeichneten Beiträge sind abzugsfähig, da die gesetzlichen Abzüge ebenfalls den Lohn mindern und dem Schuldner rein 1500 M. zum Unterhalte verbleiben sollen (vgl. **RG.** JW. **84** 227 betr. Abzugsfähigkeit der nach dem PrG. vom 20. Mai 1882 einzubehaltenden Witwen- und Waisengelder). **d)** SächsOLG. **32** 251 (Dresden). Bei schwankendem Lohne ist nach seinem Durchschnitte zu berechnen, ob er 1500 M. übersteigt. Ist dies der Fall, so ist von jeder Lohnzahlung soviel pfändbar, als ein die Summe von 1500 M. übersteigender Betrag auf die einzelne Lohnperiode entfällt. Ist jenes nicht der Fall, so ist der Lohn im vollen Umfange der Beschlagnahme entzogen, und zwar ohne Rücksicht darauf, wie er sich auf die einzelnen Lohnperioden verteilt und ob er von der einen oder der anderen Periode auf das ganze Jahr übertragen, mehr als 1500 M. ausmachen würde (Gaupp-Stein [9], Bem. III 1 bei Anm. 97, Seuffert [10], Anm. 3 ff. zu § 850, Meyer, LohnBG. 79, Sinzheimer, R. **05** 36). **e)** OLG. **23** 218 (Celle). Bei nicht dauernden Bezügen ist von jeder fällig werdenden Lohnrate soviel pfändbar, als der Betrag, auf ein Jahr berechnet, 1500 M. übersteigt (Gaupp-Stein III 1 zu § 850). **f)** SchlHolstAnz. **11** 203 (Kiel). Eine Zusammenrechnung zweier Forderungen, von denen die eine unter § 850, die andere unter das LohnBG. fällt, findet nicht statt (OLG. **14** 183). **g)** MecklZ. **29** 430 (Rostock). Die Pfändungsbeschränkung aus § 4 Nr. 4 ist dadurch zum Ausdrucke zu bringen, daß „der 125 M. monatlich übersteigende Betrag" gepfändet wird, nicht dahin, daß der überschießende Betrag selbst als die gepfändete Summe genannt wird. Denn sonst würde beim Zusammentreffen mehrerer Pfändungsgläubiger jeder den ihm überwiesenen Betrag in vollem Umfang ohne Rücksicht darauf geltend machen können, daß der Schuldner noch 125 M. monatlich behält. **h)** SeuffBl. **11** 405, R. **11** Nr. 2666 (Dresden). Auch wenn Ehegatten als Heimarbeiter — an einer Maschine — zusammen arbeiten, darf doch ihr Lohn für die Frage der Pfändbarkeit nicht zusammengerechnet werden.

4. **§ 4 a.** **a)** Hennig, DJZ. **11** 1553, bekämpft eine Entscheidung des OLG. Breslau nach welcher für die Abwägung des den unterhaltsbedürftigen Angehörigen des Vaters eines unehelichen Kindes zu belassenden Unterhalts allein der Zeitpunkt der Pfändung maßgebend sei, ein nachgeborenes eheliches Kind also eine Änderung nicht bewirken könne — mit dem Hinweise darauf, daß der Zweck, die legitime Familie nicht zugunsten des unehelichen Kindes Not leiden zu lassen, nur dann erreicht werden könne, wenn der jeweilige Notbedarf entscheidend sei. **b)** Jaeger, LeipzZ. **11** 285 gegen LG. Frankenthal, BayRpflZ. **11** 143. Ein Arbeiter, auf dessen Antrag die Vergütung seiner Arbeit in Zukunft niedriger bemessen wird, mindert nur die Aussicht auf künftigen Erwerb herab, gibt also nichts aus seinem Vermögen auf. Ein solcher Vertrag ist weder nach § 3 Nr. 1 AnfG. anfechtbar, noch verstößt es gegen § 826, wenn der Dienstherr sich durch sein Eingehen auf solche Abrede die Arbeitskraft des Arbeiters erhält. **c)** Crasemann, R. **11** Nr. 406, stellt Grundsätze für die Bemessung des notdürftigen Unterhalts auf. Zustimmend Link, R. **11** 484.

II. Ziff. 2. **a)** Josef, R. **11** 155, spricht sich gegen OLG. **14** 182 (KG.) und OLG. **19** 19 (Königsberg), jedoch übereinstimmend mit OLG. **20** 359 (Braunschweig) für die grundsätzliche Pfändbarkeit von Altenteilsleistungen aus, soweit diese nicht höchstpersönliche sind (wie Beköstigung am Tische des Hofbesitzers). Die Verpflichtung des Gutsübernehmers ist weder von der eigenen Leistungsfähigkeit, noch von der Unterhaltsbedürftigkeit des Altenteilers abhängig. Eine Vertragspflicht besteht also ohne Rücksicht auf die Voraussetzungen der gesetzlichen Unterhaltspflicht. **b)** HessRspr. **11** 145 (Darmstadt). Leibgedingsberechtigungen sind an sich übertragbar und pfändbar. Aus der Natur der einzelnen Leistungen kann sich jedoch das Gegenteil ergeben, z. B. sind regelmäßig das Wohnrecht und der Anspruch auf

Beköstigung im Hauswesen des Verpflichteten und das persönliche Wahlrecht zwischen Wohnung und Geldleistung unpfändbar (§ 851 Abs. 1). Dagegen sind Ansprüche auf Geld und Naturalleistungen regelmäßig pfändbar; unpfändbar sind sie jedoch insoweit, als die zu leistenden Gegenstände selbst unter § 811 fallen (s. zu § 847). **c**) BraunschwZ. **11** 91 (Braunschweig). Altenteilsleistungen sind jedenfalls insoweit pfändbar, als es sich um Geldforderungen handelt. **d**) Ebenso für den Regelfall BraunschwZ. **11** 183 (Braunschweig). Hat der Altenteiler durch Ausübung des Wahlrechts die Leistungspflicht auf die Geldforderung konzentriert, so steht es der Wirksamkeit der Konzentration und somit der Pfändbarkeit der Geldforderung nicht entgegen, wenn der Altenteiler nach dem Vertrage später seine Wahl ändern kann. S. auch JDR. **1** III, **3** II, **4** II, **5** II, **6** III, **8** II, **9** II.

III. Ziff. 4. ElsLothJZ. **11** 182 (Colmar). Sterbegelder sind selbst dann der Pfändung entzogen, wenn infolge Zugehörigkeit des Verstorbenen zu einer großen Anzahl von Sterbekassen die Sterbegelder die Beerdigungskosten weit übersteigen.

IV. Ziff. 5. HessRspr. **11** 147 (LG. Gießen). Ausgezahlte Versorgungsgebührnisse sind nach § 40 MannschVersG. vom 31. Mai 1906 unbeschränkt pfändbar. Nur bezüglich der Dienstprämien der Kapitulanten und der einmaligen Geldabfindung für den Zivilversorgungsschein gilt nach § 40 Abs. 1 Satz 2 aaO. etwas anderes, insofern ein diesen gleichkommender Geldbetrag noch 3 Monate lang nach der Auszahlung unpfändbar ist. Ausgezahlt sind auch diejenigen Beträge, die für den in Haft befindlichen Empfangsberechtigten an die Direktion einer Strafanstalt ausgehändigt worden sind.

V. Ziff. 7. HessRspr. **12** 209 (LG. Gießen). Die aus der Landeswaisenkasse an die Pflegeeltern armer Waisen gezahlten Beträge sind nach § 850 Nr. 7 unpfändbar.

VI. Ziff. 8. **a**) Kaufmann, R. **11** 260. Das von der Behörde ihren Beamten auf Girokonto überwiesene Gehalt unterliegt nur in demselben Umfange der Pfändung, wie ihn § 850 Nr. 8 für das Diensteinkommen bestimmt, denn es bleibt wirtschaftlich Gehalt, wenn auch rechtlich der Anspruch des Beamten gegen die Bank kein Gehaltsanspruch ist. Ebenso Conrad, Pfändungsbeschränkungen 344. **b**) NaumburgAK. **11** 6 (LG. Magdeburg). Das dem Beamten auf Girokonto überwiesene Gehalt ist weder nach § 850 Nr. 8, noch nach § 811 Nr. 8 unpfändbar. Eine entsprechende Anwendung dieser Ausnahmevorschriften ist nicht zulässig. **c**) Bad. Rpr. **11** 152 (LG. Karlsruhe) betr. Pfändungsbeschränkung bez. des Einkommens der Gemeindebeamten im Sinne der §§ 31 und 35 BadStO.

VII. Abs. 2. **a**) BayRpflZ. **11** 487 (BayObLG.). Gesetzliche Gehaltsabzüge während eines Disziplinarverfahrens mindern auch den dem Zugriffe des Gläubigers offenstehenden Gehaltsteil. **b**) (Abs. 4.) Hirsch. Das Diensteinkommen der Beamten und die ihm gleichgestellten Forderungen (§ 850 Nr. 7, 8) zerfallen, wenn sie 1500 M. im Jahre übersteigen, in zwei selbständige Teile, von denen der eine der Pfändung grundsätzlich entzogen ist, der andere nicht. Der unpfändbare Teil ist für den Unterhalt des Schuldners und seiner Familie reserviert. Ob der Schuldner die Unterhaltspflicht freiwillig oder gezwungen erfüllt, ist gleichgültig. — Ist nur der pfändbare Teil mehrfach gepfändet, so entscheidet die Priorität über den Rang (§ 804 Abs. 3). Ebenso, wenn von gleichberechtigten Verwandten der grundsätzlich unpfändbare Teil mehrfach gepfändet ist. Haben Unterhaltsberechtigte verschiedener Rangklasse (§ 1609 BGB.) gepfändet, so muß das bessere Recht durch Einwendung aus § 766 oder im Verteilungsverfahren (§ 853) geltend gemacht werden. Erreicht die durch Pfändung zu verwirklichende Unterhaltsforderung nicht den grundsätzlich unpfändbaren Teil und pfändet ein gewöhnlicher Gläubiger die Gehaltsforderung noch einmal, so ergreift erstere Pfändung nur den grundsätzlich unpfändbaren, letztere nur den pfändbaren Teil (aM. Meyer, LohnBG. [4] § 4

Nr. 3 V). Übersteigt die bevorrechtigte Unterhaltsforderung den grundsätzlich unpfändbaren Teil, so entscheidet bezüglich des Überschusses die Priorität. — Trifft eine Pfändung für ein uneheliches Kind mit einer solchen für einen Verwandten zusammen, so findet eine Teilung nach Maßgabe des § 850 Abs. 4 Satz 3 statt.

§ 851. 1. a) OLG. **22** 384, BraunschwZ. **11** 91 (Braunschweig). Streit herrscht über die Pfändbarkeit von Wahlforderungen, wenn die eine der geschuldeten Leistungen — z. B. als Geldforderung — pfändbar, die andere unpfändbar ist, wie bei höchstpersönlichen Naturalleistungen an Altenteiler. Während Citron, DJZ. **10** 196, meint, das Wahlrecht komme nicht in Frage, die Geldforderung allein sei zu pfänden, vertritt Eckstein, SeuffBl. **10** 349 die Meinung, daß Forderungen und Wahlrecht gepfändet werden müßten, die Wahl dann aber von dem Pfandgläubiger nur zugunsten der pfändbaren Leistung ausgeübt werden dürfe. Andere (Gaupp-Stein § 851 III 12, Falkmann, R. **112**, Wilmowski-Levy [7] § 730 aF., SeuffA. **43** 318 [Hamburg]) meinen, das Wahlrecht sei nicht pfändbar, die Pfändung der Geldforderung aber erst zulässig, wenn durch Wahl des Berechtigten die Forderung auf eine Geldleistung konzentriert sei. Marcus, DJZ. **07** 1083, läßt die Pfändung auch vor der Konzentration zu, ihre Wirksamkeit aber in der Schwebe bis zur Vornahme der Wahl durch den Berechtigten. OLG. Braunschweig nimmt hierzu keine Stellung, führt dann aber weiter aus, daß, wenn ein Altenteiler Geldleistungen wähle, die Konzentration auch für die Vergangenheit wirke. **b)** *Eckstein, SeuffBl. **10** 349. Von der Wahlobligation ist zu scheiden die Obligation mit facultas alternativa zugunsten des Gläubigers (nicht des Schuldners). Pfändung ist hier nur zulässig, wenn die Prinzipalobligation pfändbar ist.

2. a) OLG. **11** 387, DJZ. **11** 476 (KG.). Der Anspruch des Schuldners gegen einen Dritten auf Befreiung von einer Verbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger kann — wenn auch nicht jedem anderen, so doch — dem Gläubiger selbst abgetreten, deshalb auch von diesem gepfändet werden (§ 399 BGB.). Denn die Übertragung auf den Gläubiger zielt gerade auf die Erfüllung des zwischen dem Schuldner und dem Dritten geschlossenen Vertrags ab (Flechtheim, LeipzZ. **08** 814). Ebenso **RG. 70** 261. **b)** Dagegen Reichel, LeipzZ. **11** 406. Der Anspruch des Urschuldners gegen den Befreiungsschuldner aus der Erfüllungsübernahme ist nicht nur für jeden Vierten, an der Schuld Unbeteiligten, sondern auch für den Gläubiger der Urschuld unpfändbar, da der Anspruch, seiner Schuld ledig zu werden, ein höchstpersönlicher des Urschuldners ist. Für den zweiten Fall abweichend v. Thur, KrVJSchr. **43** 561, DJZ. **11** 476 (KG.).

3. a) Stepp, JW. **11** 745. Der Anspruch gegen den Kreditgeber aus dem Baugeldvertrag ist mit Rücksicht auf seine höchstpersönliche Natur auch für Baugläubiger des Schuldners unpfändbar (ebenso R. **01** 231 [München], R. **03** 404 [Breslau], OLG. **13** 211 [KG.], FrankfRundsch. **39** 260 [Frankfurt], OLG. **14** 184 [Cassel]). Das Vollstreckungsgericht darf sich einer Entscheidung über die Unpfändbarkeit im Beschlußverfahren nicht entziehen (gegen OLG. **15** 14 [Dresden]). — **b)** Kiefe, JW. **11** 926, hält demgegenüber an der von ihm schon JW. **09** 382 vertretenen unbedingten Pfändbarkeit von Baugelderforderungen fest. Ebenso Hagelberg, JW. **09** 447, Derselbe, BauSG. 44 ff. § 1 a, Friedländer, SeuffBl. **69** 206, Staudinger zu BGB. § 607 II 9 d β, Mügel, GruchotsBeitr. **54** 25, BayRpflZ. **05** 205 (München), OLG. **15** 14 (Dresden), **20** 364 (KG.), **RG.** JW. **02** 143, **RG. 66** 359, **68** 355. Ob der Baugeldgeber aus materiellen Gründen zur Zahlungsverweigerung berechtigt ist, hat mit der rein prozeßrechtlichen Zulässigkeit der Pfändung nichts zu tun. Unbeschränkt abtretbar ist jedoch die Baugeldforderung nur an Baugläubiger und soweit die Verwendung des Baugeldes nach § 1 BauSG. freigeworden ist. Insofern dies nicht der Fall ist, kann deshalb die

gepfändete Baugeldforderung nach § 851 Abs. 2 nur zur Einziehung, nicht an Zahlungsstatt überwiesen werden. Der Pfändungspfandgläubiger ist Baugeldempfänger im Sinne des § 1 BauSG. **c)** RheinA. **108** I 168 (Cöln). Der Anspruch auf Auszahlung eines Baudarlehens ist regelmäßig nicht abtretbar und nicht pfändbar, da der Zweck der Leistung dadurch vereitelt werden würde. Eine Pfändung ist aber zuzulassen, wenn der Bauherr seine Verpflichtungen aus dem Baue schon vollständig erfüllt hat, das Baugeld also zu seiner freien Verfügung steht, oder wenn der Bauherr den Bau aus eigenen Mitteln ohne Gefährdung des Darlehnsgebers fertigstellen kann. Für diese Ausnahme ist der Pfändungsgläubiger beweispflichtig (Staudinger [3/4] § 607 Anm. 9 c, b). **d)** OLG. **23** 217 (Nürnberg). Der Anspruch gegen den Baugeldgeber ist wenigstens zugunsten der Bauhandwerker für Arbeitslieferungen in den fraglichen Neubau der Pfändung unterworfen. **e)** KGBl. **11** 132 (LG. II Berlin) verneint allgemein Abtretbarkeit und Pfändbarkeit des Anspruchs aus einem Baugeldvertrag auf Gewährung von Baugeld. S. auch JDR. **1** 2, **4** 1, **5** 1, 2, **6** 3, **8** 1, **9** 1.

4. **a) RG. 76** 434, JW. **11** 825. Der Anspruch einer GmbH. auf Zahlung der Stammeinlage gegen einen Gesellschafter ist als Teil des Gesellschaftsvermögens übertragbar, deshalb auch pfändbar (**RG. 36** 113). § 46 Nr. 2 GmbHG., wonach die Einforderung von Einlagen der Bestimmung der Gesellschafter unterliegt, steht der Einziehung durch den Pfändungsgläubiger nicht entgegen. Dieser nimmt an Stelle der Organe der Gesellschaft die Bestimmung vor. Der Vorschrift des § 19 Abs. 1 aaO. (Einzahlung nur nach Verhältnis der Einlagen) muß er dabei genügen. **b)** Ebenso DJZ. **11** 708 (KG.). **c) RG. 76** 276, NaumburgAK. **12** 9. Auch der Anspruch auf Beitragszahlnug gegen die Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins gehört trotz § 705 BGB. zum Vereins- (Gesellschafts-) Vermögen, ist deshalb auf Grund eines Titels gegen den Verein pfändbar. S. auch JDR. **9** 2.

5. **a)** Behrend, DJZ. **11** 1441. Da nach § 156 VVG. bei der Haftpflichtversicherung der Versicherer berechtigt ist, die dem Versicherungsnehmer gebührende Entschädigung, soweit der Versicherungsnehmer dem Dritten zur Leistung verpflichtet ist, diesem zu entrichten, so kann der Versicherer, wenn ein anderer Gläubiger des Versicherungsnehmers dessen Anspruch auf Zahlung der Versicherungssumme pfändet, gleichwohl die Versicherungssumme dem Dritten (Geschädigten) zahlen und sie dadurch ihrem Zwecke zuführen. **b)** Wegen ZwV. in Ansprüche aus einer Lebensversicherung s. oben zu §§ 828 ff.

6. **a) RG. 75** 142. Ist eine Forderung gepfändet, deren Abtretung durch Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner ausgeschlossen ist, so können die durch diese Pfändung erworbenen Rechte (§ 851 Abs. 2) nicht dadurch hinfällig werden, daß der Drittschuldner nach der Pfändung seine Zustimmung zu einer vor der Pfändung vertragswidrig erfolgten Abtretung an einen Dritten erklärt. § 185 Abs. 2 BGB. greift nicht Platz, da nicht eine Abtretung seitens eines subjektiv dazu nicht Berechtigten vorliegt, die Forderung vielmehr objektiv der Abtretbarkeit entkleidet ist. Auch §§ 182, 184 BGB. finden keine Anwendung. **b)** OLG. **22** 388 (KG.). Die Vereinbarung, daß eine vertragliche Pflicht zur Zahlung einer Unterhaltsrente für den Fall der Pfändung aufhören solle, ist zulässig. § 137 BGB. steht nicht entgegen, da durch ihn nur verhindert werden soll, daß bei dinglicher Wirkung des Veräußerungsverbots Rechte geschaffen werden könnten, die zugleich objektiv veräußerlich, subjektiv aber unveräußerlich — d. h. grundsätzlich vom BGB. nicht anerkannte relativ-dingliche Rechte — wären. Eine Resolutivbedingung verstößt nicht gegen diese Vorschrift (Riezler, KrVJSchr. **48** 65; aM. Schott, Festgabe f. Dahn 305). — **b)** Ebenso KGJ. **40** A 232 (KG. I.). — **c)** OLG. **23** 219 (KG. III.) läßt die Zulässigkeit dahingestellt.

7. **RG.** BadRpr. **11** 191. Die Vorschrift, daß eine Forderung, die rechtsgeschäft-

lich nicht abgetreten werden kann, dem Zugriffe der Gläubiger des Forderungsberechtigten insoweit nicht entzogen ist, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist, gilt auch, wenn die rechtsgeschäftliche Unübertragbarkeit durch Urteil festgestellt ist.

§ 853. 1. *Schultz, Vollstreckungsbeschwerde. §§ 853, 854 sind so auszulegen, als ob zwischen den Worten dessen und Beschluß das Wort „wirksam" eingefügt wäre (365).

2. OLG. **22** 389 (Jena). Für den im Gesetz übersehenen Fall, daß im Arrestverfahren nicht ein AG., sondern ein anderes Gericht (LG. oder OLG.) gepfändet hat, vertreten Gaupp-Stein bei Note 15, Petersen (3) bei Note 4 zu § 853, Schönfeld, Vert. Verf. 16, Falkmann, ZwV. (1) 271, KGBl. **16** 28 (KG. I.) die Ansicht, daß die im § 853 vorgeschriebene Anzeige an dasjenige AG. zu richten sei, in dessen Bezirk das höhere (Arrest-) Gericht seinen Sitz habe; Jastrow, BuschsZ. **10** 278, ElsLothJZ. **25** 42 (Colmar) halten dasjenige AG. für zuständig, das, wenn es die höhere sachliche Zuständigkeit besäße, an Stelle der höheren Gerichte als Arrestgericht (Gericht der Hauptsache) sachlich zuständig gewesen wäre. Erstere Meinung ist willkürlich, letztere unzweckmäßig. Die Erwägung, daß die Vorschrift in erster Linie der Bequemlichkeit des durch die mehreren Pfändungen betroffenen Drittschuldners dienen soll, führt dazu, das Arrestgericht selbst für die Entgegennahme der Anzeige für zuständig zu erachten. Dieses hat dann zu ermitteln, an welches AG. die Sache zur weiteren Behandlung, insbesondere Einleitung des Verteilungsverfahrens abzugeben ist.

3. BreslauAK. **11** 16 (LG. Breslau). Aus dem Wortlaute des § 853 und dem § 856, der dem Gläubiger einen klagbaren Anspruch auf Erfüllung dieser „Verpflichtung" gewährt, folgt, daß der Drittschuldner bei mehrfacher Pfändung einer Geldforderung auf Verlangen eines Gläubigers zur Hinterlegung verpflichtet ist und sich dieser Verpflichtung auch nicht durch Zahlung an den tatsächlich besser Berechtigten entziehen kann.

4. R. **11** Nr. 382 (Bamberg). Schon bei Vorliegen mehrerer Vorpfändungen ist der Drittschuldner zur Hinterlegung berechtigt. Ob die gepfändete Forderung an sich unpfändbar ist, ist für die befreiende Wirkung der Hinterlegung unerheblich.

§ 857. Literatur: Güthe, Die Fassung des Pfändungsbeschlusses im Falle der Pfändung einer Eigentümerhypothek, SeuffBl. **11** 611—621. — Kormann, Zwangsvollstreckung gegen Kaliwerksbesitzer, BuschsZ. **41** 330—350. — Wagner, Die Pfändung und Überweisung des Berichtigungsanspruchs zwecks Eintragung einer Zwangshypothek. 1910.

I. Kormann. Die ZwV. in das Kalibergwerk selbst erfolgt als Immobiliarvollstreckung gemäß PrAGZVG. (330). Bei der ZwV. in die Kalisalzbestände ist zu unterscheiden: gegen den kontingentslosen „freien Kaliwerksbesitzer" ist mit Rücksicht auf das aus §§ 1, 7, 8, 26 KaliG. zu entnehmende absolute Veräußerungsverbot eine Mobiliarvollstreckung für sich allein unwirksam. In Verbindung mit der ImmobiliarZwV. in das Bergwerk ist sie dagegen bezüglich der zu dem beschlagnahmten Bergwerk gehörigen Kalibestände zulässig, da die ZwV. nicht in größerem Umfange beschränkt werden kann als die freiwillige Veräußerung. Gegenüber einem Kontingentsinhaber ist die selbständige Mobiliarvollstreckung unbeschränkt zulässig (332, 335). Die Pfändung von Kalisalzen beim Kontingentsinhaber und das anschließende In-den-Verkehrbringen der Salze durch den Pfändungsgläubiger stellt einen „mittelbaren Absatz" (vgl. § 3 Abs. 4 KaliG.) dar. Die gepfändeten Kalimengen sind deshalb auf das Kontingent anzurechnen (338). Die Abgaben aus § 27, die sich als Beiträge zu den vom Reiche auszulegenden Kosten der Kontingentsgemeinschaft darstellen, hat trotz der Pfändung der Kaliwerksbesitzer zu tragen (340). Die bei der Überschreitung des Kontingents fällig werdenden Prohibitivabgaben des § 26 dagegen hat

der Pfändungsgläubiger zu tragen, wenn er die Salze noch im Laufe des gleichen Jahres veräußern will, da er die Verfügungsmacht nur mit der dem Werksbesitzer treffenden Einschränkung erwirbt. Darüber, ob das Jahreskontingent schon erreicht ist, kann er sich vermöge der dem Werksbesitzer obliegenden Auskunftspflicht (§§ 402, 444, 445 BGB., § 836 ZPO.) Gewißheit verschaffen (342). — Die Beteiligungsziffer des Kontingentsinhabers hat die rechtliche Natur einer Realgewerbekonzession. Nimmt man auf Grund des § 19 G. an, daß die Beteiligungsziffern der Substanz nach übertragbar sind, so kann ihre Veräußerung angeordnet werden (§ 857 Abs. 5 ZPO.). Sonst ist nur die Ausübung durch den Pfändungsgläubiger (§ 835) oder einen vom Gerichte zu bestimmenden Dritten (§§ 857 Abs. 1, 844 ZPO.) zulässig. Da jedoch nach § 19 Abs. 1 G. die rechtsgeschäftliche Übertragung der Beteiligungsziffer nur an Kaliwerksbesitzer erfolgen darf, so muß, wenn der Pfändungsgläubiger nicht selbst Kaliwerksbesitzer ist, die Verwertung durch Veräußerung an Kaliwerksbesitzer oder durch Einrichtung einer Verwaltung durch solche geschehen (vgl. PosMSchr. **5** 120). Ergreift die Pfändung mehr als die Hälfte der Gesamtbeteiligung des Kaliwerksbesitzers, so ist wie zur rechtsgeschäftlichen Übertragung die Genehmigung der Landeszentralbehörde erforderlich (§ 19 Abs. 3 G.).

II. Pfändung eigener Sachen, insbesondere von Leihmöbeln und Pfändung des Anspruchs aus dem Möbelleihvertrage. **a)** Haas, BadRpr. **11** 72. Aus § 804 folgt die Unzulässigkeit des Pfandrechts an eigener Sache nicht. Ein solches Pfandrecht kennt auch das BGB. (§ 1256). Auch wenn man die Unzulässigkeit der Begründung eines solchen Pfandrechts annehmen wollte, so beweist dies noch nicht die Unzulässigkeit der Pfändung selbst, weil sich die Unzulässigkeit an und für sich noch nicht aus dem — wenigstens einstweiligen — Nichteintritte der normalerweise mit der Pfändung verbundenen Wirkung (§ 804 Abs. 1) herleiten läßt. Auch der Abzahlungsverkäufer kann daher die unter Eigentumsvorbehalt überlassenen Sachen beim Käufer pfänden (ebenso Düringer-Hachenburg, HGB. II Vorbem. zu § 368 Anm. XII Ziff. 2 c). — Keinesfalls darf bei der Zweifelhaftigkeit der Rechtsfrage der Gerichtsvollzieher die ihm aufgetragene Pfändung der eigenen Sachen des Gläubigers unterlassen. **b)** Breit, SeuffBl. **11** 564. Leihmöbel sind im Wege der einfachen Sachpfändung zu pfänden. Dem Pfändungsgläubiger steht das Recht zu, das Eigentum des Verkäufers durch Zahlung des rückständigen Kaufpreises abzulösen, ohne daß es — wie Kaufmann (SächsRpflA. **4** 330) verlangt — noch einer Pfändung des „Anwartschaftsrechts" des Käufers bedarf. Der Abzahlungsverkäufer ist verpflichtet, dem Pfändungsgläubiger über die Höhe des noch ausstehenden Kaufpreises Auskunft zu erteilen (ebenso Bendix, KGBl. **06** 69, **07** 13). Der Richter hat darauf hin zu wirken, daß im Reklamationsprozesse des intervenierenden Verkäufers mit Auskunftsverlangen des Gläubigers ein Urteil dahin ergehen kann: der Pfändungsgläubiger hat nach seiner Wahl einen Geldbetrag zu zahlen oder das Pfändungspfandrecht aufzugeben. **c)** OLG. **23** 211 (KG. XI.). Die Pfändung eigener Sachen (insbesondere seitens des Abzahlungsverkäufers beim Käufer) ist unzulässig. Nur wenn der Eigentümer auf sein Eigentum verzichtet und seinen Verzichtswillen dem Gerichtsvollzieher zwecks Kundgabe an den Schuldner erkennbar gemacht, kann eine wirksame Pfändung erfolgen (**RG. 66** 348, OLG. **18** 400). In der Erklärung des Eigentümers, es komme ihm vor allem auf die Pfändung an, liegt eine Verzichtserklärung nicht. **d)** OLG. **23** 219 (KG. VIII.) hält an seiner Rechtsauffassung (OLG. **20** 349 f. JDR. **9** I c) fest, daß der Gläubiger, der Leihmöbel pfändet, das Recht des Verkäufers, eine Zahlung des Kaufgeldrestes durch ihn bei Widerspruch des Schuldners nach § 267 Abs. 2 abzulehnen, nur dadurch beseitigen kann, daß er neben der Sachpfändung die Rechte des Schuldners aus dem Möbelleihvertrage nach § 857 pfänden und sich zur Einziehung überweisen läßt. **e)** KGBl. **11** 95 (KG.

VIII.). Der Verkäufer ist verpflichtet, den ihm vom Pfändungsgläubiger angebotenen Restkaufpreis anzunehmen. Das Widerspruchsrecht des Schuldners (§ 267 Abs. 2 BGB.) wird dadurch beseitigt, daß der Gläubiger diejenigen Rechte desselben pfänden und sich zur Einziehung überweisen läßt, die ihm auf Grund des mit dem intervenierenden Dritten abgeschlossenen Vertrags zustehen (KGBl. **04** 38, OLG. **20** 349). Bei Annahmeverweigerung des Verkäufers genügt ein wörtliches Angebot, um das Widerspruchsrecht zu beseitigen (§ 295 BGB.). Der Verkäufer würde arglistig handeln, wenn er der ZwV. auf Grund der rechtswidrigen Ablehnung des Restkaufpreises widersprechen würde. — Dagegen führt der XVII. Sen. aaO. aus: Die Verweigerung der Annahme des Restkaufpreises beseitigt das Widerspruchsrecht noch nicht, bringt ihn vielmehr nur in Annahmeverzug, die den Pfändungsgläubiger nach § 372 BGB. zur Hinterlegung berechtigt. Erst die vollzogene Hinterlegung hat die Wirkung der Zahlung und bringt das Eigentumsrecht des Verkäufers zum Erlöschen. **f**) Breslau. AK. **11** 65 (LG. Schweidnitz). Pfändung eigener Sachen des Gläubigers ist grundsätzlich zulässig, zumal auch nach § 1256 Abs. 2 BGB. ein Pfandrecht an eigener Sache begrifflich möglich ist. **g**) SchlHolstAnz. **11** 332 (LG. Kiel). Die Pfändung der eigenen — unter Eigentumsvorbehalt verkauften — Sachen ist jedenfalls dann unzulässig, wenn der Gläubiger ausdrücklich erklärt, auf sein Eigentum *nicht* zu verzichten (OLG. **18** 400). **h**) HessRspr. **12** 180 (LG. Darmstadt). Mit **RG. 66** 348 ist die Pfändung von Sachen, an denen sich der Gläubiger das Eigentum vorbehalten hat, für wirksam anzusehen. Der Gläubiger muß sich alsdann aber die Pfändungsbeschränkungen aus § 811 gefallen lassen. S. auch JDR. **3** III 5, **4** II 3, **5** II 3, **6** II 3, **7** II, **8** II, **9** I.

III. 1. **a**) *Reichmann*, JW. **11** 920. Das Recht des Grundstückseigentümers *auf Bestellung einer Grundschuld* für sich selbst (§ 1196 BGB.) ist ein nach § 857 Abs. 1 u. 2 pfändbares und überweisungsfähiges Vermögensrecht. Danach kann auch das Recht des Grundstückseigentums aus einem Rangvorbehalte (§ 881 BGB.) gepfändet werden. Die praktische Durchführung dieser Pfändung wird an einem Beispiele gezeigt. **b**) *Grimm*, JW. **11** 349 tritt der herrschenden Meinung (*Staudinger*, *Planck* zu § 881 BGB., *Serini*, Rangvorbehalt und Zwischenhypothek 15, *Turnau-Förster* Anm. II 3 zu § 881, *Fuchs* Anm. 8 b dazu) dahin bei, daß der *Rangvorbehalt* aus § 881 BGB. selbständig nicht gepfändet werden kann. Der Vorrangsvorbehalt bedeutet, daß bis zu seinen Grenzen das Eigentumsrecht unbeschränkt ist. Die ZwV. in diesem von Belastungen freien Teile des Grundeigentums erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften, also gemäß § 886 ZPO., z. B. durch Eintragung einer Sicherungshypothek. Bei der einzutragenden Sicherungshypothek muß, um ihr den Vorrang vor der mit dem Rangvorbehalte belasteten Hypothek zu sichern, dieser Vorrang vermerkt werden. S. auch JDR. **6** § 851 Nr. 5.

2. **a**) *Güthe*, DNotV. **11** 729, weist gegenüber *Hirsch* (s. JDR. **9** § 857 II 4) auf die herrschende Meinung hin, nach der die Pfändung eines *nur der Ausübung nach übertragenen* Rechtes nur das Recht auf Ausübung ergreift und der Erwerber der Ausübungsbefugnisse gegen den Nießbraucher nur persönliche Rechte erlangt (Prot. III 517, VI 727, D., Heym. Ausg. 208, KGJ. **40** A 254; **RG. 74** 94 läßt die Frage unentschieden). **b**) OLG. **22** 386 (Breslau). Das Recht auf freie Benutzung des Auszugsackers ist ein Nießbrauchsrecht, dessen Ausübung einem anderen überlassen werden kann, insoweit also pfändbar ist. Ob die Erträgnisse des Nießbrauchs zum notdürftigen Unterhalte des Schuldners erforderlich sind, ist unerheblich, da eine Beschränkung der Pfändung von *Forderungsrechten* aus diesem Grunde nicht besteht. **c**) **RG. 74** 78 = JW. **10** 830 s. JDR. **9** 5. Pfändung der Ausübung des Nießbrauchs an einer Briefhypothek. Briefübergabe erforderlich.

3. HessRspr. **11** 147 (LG. Darmstadt). Die ZwV. in Ansprüche des Schuldners gegen die Gemeinde auf den Bezug von „Losholz" gegen Entrichtung des Hauerlohns kann nach §§ 857, 844 in der Weise erfolgen, daß das Vollstreckungsgericht den meistbietenden oder freihändigen Verkauf der gepfändeten Ansprüche anordnet.

4. RheinARV. **29** 28 (LG. Cöln). Da die Pfändung einer Grundschuld nach den für die ZwV. in eine durch Hypothek gesicherte Forderung geltenden Vorschriften erfolgt, so muß bei Vermeidung der Unwirksamkeit der Pfändung das Gericht in dem Pfändungsbeschlusse dem Drittschuldner — d. h. dem Eigentümer des belasteten Grundstücks — die Zahlung an den Schuldner verbieten (§§ 830, 829). Der Eigentümer ist hier ebenso Drittschuldner, wie er es bei einer Hypothek ist, für die er nicht zugleich persönlich haftet (Gaupp-Stein § 830 Anm. II 1).

IV. Pfändung der Eigentümerhypothek und des Anspruchs auf den Versteigerungserlös. a) Güthe. Zu unterscheiden ist I. der Hauptanspruch. 1. Die Pfändung der Eigentümerhypothek als solcher, a) der forderungslosen Eigentümerhypothek (= Grundschuld): Erforderlich ist α. der Ausspruch der Pfändung, β. das Verfügungsverbot an den Schuldner, γ. das Zahlungsverbot an den Drittschuldner. Dies ist nicht nach § 857 Abs. 2 entbehrlich (wie OLG. **7** 316 [Colmar], Staudinger [5/6] § 1163 Anm. IV 1, du Chesne, PosMSchr. **05** 93 annehmen). Denn die Eigenart der Eigentümergrundschuld besteht nicht darin, daß ein Drittschuldner nicht vorhanden ist, sondern nur darin, daß Schuldner und Drittschuldner dieselbe Person sind (§§ 889, 1197 Abs. 2 BGB.). Das Zahlungsverbot an den Drittschuldner ist im Falle der Pfändung einer Eigentümergrundschuld ebenso ein notwendiger Bestandteil des Pfändungsbeschlusses, wie in dem Falle, daß der Gläubiger eine dem Schuldner gegen ihn selbst zustehende Forderung pfändet (ebenso Mayer, Pfändung v. Eigentümerhypoth. [Mainz 1911, Diss.] 23). b) Die forderungsbekleidete Hypothek des Eigentümers kann nur gemeinschaftlich mit der Forderung gepfändet werden (§§ 1274 Abs. 1 Satz 1, 1153 Abs. 2 BGB., § 804 Abs. 2 ZPO.). § 830 ist unmittelbar anwendbar. Es ist nur ein Verfügungsverbot, das sich an den Eigentümer als den Gläubiger der Eigentümerhypothek und der Forderung richtet, dagegen sind zwei Zahlungsverbote, das eine an den Eigentümer, das andere an den persönlichen Schuldner zu erlassen. — 2. Die Pfändung des Erlösanspruchs ist a) vor dem Zuschlage nur in den Formen der Pfändung der Eigentümerhypothek zulässig (**RG. 70** 278), aber neben der Pfändung dieser entbehrlich, da das Pfandrecht an der Eigentümerhypothek sich ohne weiteres auch auf den Erlösanspruch erstreckt. b) Nach dem Zuschlage setzt sich kraft Surrogation (§ 92 Abs. 1 ZVG.) das Hypothekenrecht als solches am Erlöse fort (**RG. 70** 281, **71** 404). Gleichwohl versagen die Grundsätze über Hypothekenpfändung, da die Eigentümerhypothek gemäß §§ 92 Abs. 1, 130 Abs. 1 Satz 1 ZVG. zu löschen und ein Brief nach § 127 Abs. 1 unbrauchbar zu machen ist. Es greifen die Grundsätze über Pfändung von Geldforderungen Platz (**RG. 70** 279, **71** 180). Die Pfändung erfolgt durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Versteigerungsschuldner als Drittschuldner (§ 829 Abs. 3). Der Pfändungsbeschluß muß dem Versteigerungsschuldner verbieten, an sich zu zahlen, und das Gebot enthalten, sich jeder Verfügung über den Erlösanspruch, soweit er ihm infolge der Eigentümerhypothek zusteht, insbesondere der Einziehung zu enthalten. Wird nach dem Zuschlage die Eigentümerhypothek als gepfändet bezeichnet, so ist das zwar ungenau aber unschädlich (**RG. 71** 183, **75** 313). — II. Hilfsansprüche. 1. Der Berichtigungsanspruch des Eigentümers gegen den Hypothekengläubiger auf Zustimmung zur Umschreibung der Hypothek auf ihn ist nicht selbständig, sondern nur in Verbindung mit der Eigentümergrundschuld pfändbar. Die Pfändung kann in den diese betreffenden Pfändungsbeschluß mit aufgenommen werden. Notwendig ist die Pfän-

dung des Berichtigungsanspruchs nur dann, wenn der Eigentümer weder als solcher noch als Hypothekengläubiger eingetragen ist, und bei Pfändung von Briefhypotheken dann, wenn die an sich nicht erforderliche Eintragung der Pfändung erfolgen soll. Erfolgt die Pfändung des Berichtigungsanspruchs, so muß außerdem bei Briefhypotheken noch der Anspruch auf Vorlegung des Briefes an das Grundbuchamt zur Berichtigung des Grundbuchs (§ 896 BGB.) gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden. 2. Eine Pfändung des Anspruchs auf Briefübergabe ist nur erforderlich, wenn sich der Brief im Besitze eines Dritten befindet. a) Ist er im Besitze des Hypothekengläubigers und α. die Hypothek ganz auf den Eigentümer übergegangen, so kann der Anspruch des Eigentümers gegen den Hypothekengläubiger auf Herausgabe des nach § 952 Abs. 2 BGB. jenem gehörigen Briefes (§ 985 BGB.) gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden (**RG. 59** 318, **63** 217, **69** 40). Ist die Hypothek β. nur teilweise auf den Eigentümer übergegangen, so hat (**RG. 69** 40) der Eigentümer keinen Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes und noch weniger einen solchen auf Aushändigung des Briefes (§§ 1145 Abs. 1, 1168 Abs. 3 BGB.), sondern nur den Anspruch auf Vorlegung des Briefes an das Grundbuchamt zwecks Berichtigung des Grundbuchs (§ 890 BGB.) oder den Anspruch auf Aufhebung der Briefgemeinschaft und Bildung eines Teilbriefs (§§ 749, 752, 1152 BGB.). Der Anspruch aus § 896 BGB. kommt als Ersatz für die Briefübergabe (anders oben zu II 1) nicht in Frage. Dagegen ermöglicht die Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf Aufhebung der Briefgemeinschaft und Herstellung eines Teilbriefs dem Pfändungsgläubiger die Erlangung des Briefbesitzes. b) Wenn der Brief sich im Besitz eines sonstigen dem Eigentümer zur Herausgabe verpflichteten Dritten befindet, gilt das II 2 a α Gesagte. c) Das gleiche gilt, wenn der Brief sich im Besitze des Grundbuchamts befindet, da zwischen diesem und dem Einreicher auch ein privatrechtliches, der Verwahrung ähnliches Verhältnis besteht (KGJ. **31** A 341, OLG. **11** 112 [KG.]). — Zwei Muster sind beigefügt (619). **b**) *Fuld, Eigentümerhypothek im Konkurse. Der Streit über die Art der Pfändung der forderungsentkleideten sowie der ungebuchten Eigentümerhypothek entspringt der Verwischung zwischen Form und Wesen dieses Rechtsgebildes. Legt man den Nachdruck auf die Form, so muß man sich der vom **RG. 55** 378, **59** 313 gebilligten Ansicht der Pfändung nach §§ 857 Abs. 6, 830, 836 anschließen, bei Betonung der Wesensbeschaffenheit wird man die Pfändung nach §§ 857 Abs. 1 u. 2, 829 für zulässig halten müssen. **c**) OLG. **22** 380 (Marienwerder). Zur Eintragung der Pfändung einer durch Nichtvalutierung aus einer Buchhypothek entstandenen Eigentümergrundschuld bedarf es des Nachweises, daß die Valuta nicht gezahlt ist (KGJ. **22** A 172). Trägt das Grundbuchamt die Pfändung entgegen der Ordnungsvorschrift des § 20 GBO. ohne solchen Nachweis ein, so ist die Eintragung wirksam. Unzulässig und deshalb unwirksam ist dagegen, die Pfändung der „angeblichen Eigentümergrundschuld" einzutragen, da dadurch der Hauptzweck des Grundbuchs, bestimmte und sichere Rechtsverhältnisse zu schaffen und zu erhalten (**RG. 61** 377), verletzt wird. **d**) HessRspr. **12** 8, SeuffA. **66** 277 (Darmstadt). Bei der Höchstbetragshypothek ist die Pfändung der dem Eigentümer verbleibenden Eigentümergrundschuld schon vor der endgültigen Feststellung des Forderungsbetrags zulässig. Die Rechte des Pfändungspfandgläubigers sind dann ebenso wie die des Eigentümers selbst dadurch bedingt, daß nicht noch weitere unter die Hypothek fallende Ansprüche des Gläubigers entstehen (Planck § 1190 BGB. Anm. 4 b, Komm. d. RGRäte § 1190 Anm. 1, **RG. 56** 322). **e**) BreslauAK. **11** 50 (LG. Gleiwitz). Der Anspruch des Grundstückseigentümers gegen den eingetragenen Hypothekengläubiger auf Umwandlung der nicht valutierten Hypothek in eine Eigentümergrundschuld ist pfändbar. Da die Einwilligung in die Umschreibung den Gegenstand des gepfändeten Umwandlungsanspruchs bildet,

so erstreckt sich vom Augenblicke der Einwilligung an das Pfandrecht gemäß § 1287 auf die Eigentümergrundschuld selbst. Nach §§ 830 Abs. 1, 857 Abs. 6 bedarf es aber zur Wirksamkeit der Pfändung bei Eigentümerbuchgrundschulden der Eintragung der Pfändung im Grundbuche. Das gleiche gilt von der Pfändung des Umwandlungsanspruchs. — Da aber Voraussetzung der Entstehung eines Pfandrechts an einer Eigentümergrundschuld ist, daß eine solche wirklich besteht, und dies auch Voraussetzung für die Eintragung der Pfändung ist (**RG. 61** 374), so muß dem Grundbuchrichter die Umwandlung der Gläubigerhypothek in eine Eigentümergrundschuld durch Urkunden nachgewiesen werden, ehe die Pfändung eingetragen werden darf (KGJ. **28** A 137). **f**) OLG. **23** 213 (Hamburg). Eine Eigentümerhypothek kann auch vorgepfändet werden (§ 845; **RG. 55** 378, **56** 13, **59** 313, **61** 376). **g**) **RG.** R. **11** Nr. 590. Vor Erteilung des Zuschlags ist ein selbständig pfändbares Recht auf den Versteigerungserlös nicht vorhanden. Das Recht des Hypothekengläubigers auf den künftigen Erlös kann daher vor dem Zuschlage nur in den Formen einer Hypothekenpfändung wirksam gepfändet werden (**RG. 70** 278). **h**) **RG. 75** 313. Erfolgt nach dem Zuschlage die Pfändung einer außerhalb des geringsten Gebots liegenden „Eigentümergrundschuld", so schadet die darin liegende Ungenauigkeit nicht, wenn kein Zweifel darüber besteht, daß der mit dem Zuschlag an ihre Stelle getretene Versteigerungserlös gemeint ist. Für die Pfändung des Anspruchs auf diesen ist, gleichviel ob sich der Versteigerungserlös noch im Besitze des Erstehers oder in der vorläufigen Verwahrung des Amtsgerichts oder in der Verwahrung der Hinterlegungsstelle befindet, lediglich die Zustellung an den früheren Eigentümer entscheidend (**RG. 40** 395, **43** 427, **64** 216). S. auch JDR. **1** 6, **3** II 3, IV, **4** II 2, III, **5** II 2, III, **6** II 2, IV, **7** III 2, V, **8** IV, **9** III.

§ 859. 1. **a**) Müller, BadNotZ. **11** 37. Die Pfändung des Anteils eines Miterben am Nachlasse (§§ 859 Abs. 2, 857 Abs. 1, 828—856) wird mit der Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner, — wenn ein solcher nicht vorhanden ist, mit dem Zeitpunkte bewirkt, in welchem das Gebot, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, zugestellt ist. Eine Eintragung der Pfändung ins Grundbuch ist nicht erforderlich, aber empfehlenswert, um den guten Glauben eines Erwerbers des Anteils zu zerstören. Die Eintragung ist als Eintragung einer Verfügungsbeschränkung über den Erbanteil in Abt. II des Grundbuchs vorzunehmen. **b**) Bay. ObLG. **11** 724, SeuffBl. **11** 242, BayRpflZ. **11** 70, DJZ. **11** 1098. Die Pfändung des Anteils eines Miterben an einem Nachlasse beschränkt den Miterben in der Verfügung über den Anteil als Ganzes und in der Befugnis, gemeinschaftlich mit den anderen Miterben über einen Nachlaßgegenstand zu verfügen. Diese Wirkung kann auf den Grundbuchblättern der Nachlaßgrundstücke durch Eintragung einer Verfügungsbeschränkung ersichtlich gemacht werden. S. auch JDR. **3** 3, 4, **5** 1, **7** 1, **8** II 2 b, **9** 1. **c**) **RG. 74** 51 = JW. **10** 755 f. JDR. **9** Nr. 6. Zur Wirksamkeit der Pfändung des Erbteils einer im gesetzlichen Güterstande lebenden Ehefrau ist die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Mann nicht erforderlich.

2. OLG. **23** 221, KGBl. **11** 109 (KG.). Ist ein unbeschränkter Testamentsvollstrecker vorhanden, so genügt zur Wirksamkeit der Pfändung eines Erbauseinandersetzungsanspruchs die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an ihn. Er ist Schuldner und Drittschuldner in einer Person. A. M. für die Pfändung eines Miterbenanteils **RG.** R. **12** Nr. 1230.

3. Voß, SächsRpflA. **11** 169. Auf Grund eines vollstreckbaren Titels gegen einen Gesellschafter kann ZwV. in den einem Gesellschafter gehörigen Anteil an einem Gesellschaftsgrundstücke nicht betrieben werden. Der Gläubiger hat keinen Anspruch auf Einräumung eines dinglichen Rechtes an dem Grundstücke, kann also keine Vormerkung im Wege der einstweiligen Verfügung erlangen. Auch ein Veräußerungsverbot ist nicht zulässig.

4. **a)** BayObLG. **12** 126, SeuffBl. **11** 432, BayRpflZ. **11** 70. Nach Mainzer Landrecht sind die Kinder in der Veräußerung und Belastung des Vermögens, das zum eingebrachten Gute des vorverstorbenen Elternteils gehört, dessen gesetzliche Erben sie sind, durch das Beisitzrecht des überlebenden Elternteils beschränkt. Deshalb darf auch ein Gläubiger in den Anteil des Kindes ZwV. nur betreiben, wenn er beim Vorhandensein einer materiell-rechtlichen Duldungspflicht einen vollstreckbaren Titel gegen den Beisitzberechtigten erlangt hat. Dieser kann, soweit es sich um die Eintragung einer Sicherungshypothek handelt, auch durch die Einwilligung des Beisitzberechtigten ersetzt werden (§§ 19, 29 GBO.). Gegen die ohne Einwilligung des Beisitzberechtigten erfolgte Eintragung einer Sicherungshypothek an dem Anteil eines Miterben steht dem anderen Miterben kein Beschwerderecht zu. **b)** BayObLG. **11** 724, BayRpflZ. **11** 70, BayNotZ. **11** 28, SeuffBl. **11** 242 (BayObLG.). Der überlebende Ehemann, dem nach Mainzer LR. Tit. VII und UeG. Art. 88 der Beisitz an dem auf seine Kinder übergegangenen Nachlasse seiner Frau zusteht, kann gegen die Eintragung der Pfändung des Erbanteils seiner Kinder an den Nachlaßgrundstücken Beschwerde erheben, sofern dadurch in sein Beisitzrecht in unzulässiger Weise eingegriffen ist. Zur Entscheidung ist nicht das Grundbuchamt, sondern das Vollstreckungsgericht berufen.

Zweiter Titel. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

§ 864. Abs. 2. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 670, WarnE. **11** 16, R. **11** Nr. 192. ZwV. in den Anteil eines Miteigentümers ist auch zulässig wegen eines auf dem ganzen Grundstücke lastenden Rechtes. Ebenso für preußisches Recht **RG. 20** 270.

2. R. **11** Nr. 1360 (BayObLG.). Die ZwV. in einen gewöhnlichen Miteigentumsanteil ist nicht deshalb unzulässig, weil hinsichtlich des Anteils noch eine Auseinandersetzung erforderlich ist.

§ 865 Abs. 2. Literatur: Schaefer, Veräußerung von Grundstückszubehör durch den Konkursverwalter. LeipzZ. **11** 1—13.

1. Kretzschmar, SeuffBl. **11** 54 Anm. 7. Werden Gegenstände, auf die sich die Hypothek erstreckt — abgesehen vom Zubehör — gepfändet, so kann ein Hypothekengläubiger ohne Beschlagnahme des Grundstücks vorzugsweise Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse (§ 805) nicht verlangen. Die abweichende Ansicht des KG. OLG. **15** 168 läßt die Bedeutung unberücksichtigt, die der Beschlagnahme für die Geltendmachung der Hypothek zukommt, scheitert auch daran, daß die Hypothek kein „Pfandrecht" im Sinne des BGB. oder der ZPO. ist; erst die Beschlagnahme begründet ein Vorzugsrecht im Sinne des § 805 BGB.

2. Schaefer führt gegen **RG. 69** 85 — s. JDR. **7** Nr. 7, **8** Nr. 2 a, b — aus, daß der Verwalter im Konkurse des Grundstückseigentümers über das Grundstückszubehör grundsätzlich ebenso frei und mit denselben Wirkungen verfügen könne, wie außerhalb desselben der Eigentümer. Pflicht des Verwalters ist es, durch Verwertung des Vermögens des Gemeinschuldners die Befriedigung der Konkursgläubiger herbeizuführen (§§ 2, 117 KO.). Zu diesen gehören die Absonderungsberechtigten nicht. Auf ihre Interessen braucht der Verwalter keine Rücksicht zu nehmen (gegen RG. auch Jaeger, Anm. 5 zu § 4 KO., Planck, Anm. 2 zu § 1121, Staudinger Anm. II 1 c zu § 1121 RGKomm. Anm. 1 zu § 1121, Schäfer, SeuffBl. **71** 211). — Eine Einschränkung ist nur insoweit anzuerkennen, als der Verwalter durch Veräußerungen in der Zeit zwischen der Versteigerung und dem Zuschlag dem Ersteher ersatzpflichtig wird; denn er handelt arglistig und widerrechtlich, wenn er bewirkt, daß der Ersteher nicht dasjenige erhält, worauf er geboten hat.

3. ThürBl. **58** 32 (Jena). Wegen einer nach § 865 Abs. 2 ZPO. unzulässigen Pfändung von Zubehör haftet der Pfändende auf Schadensersatz nur, wenn

ihn ein Verschulden trifft (§ 823 BGB.). Dagegen haftet der Pfändungsgläubiger, wenn das Zubehör versteigert ist, dem Ersteher aus § 812 BGB. in Höhe des Erlöses.

§ 866. 1. KGJ. **40** A 282 (KG.). Wie bei der Verkehrshypothek (§ 1113 BGB.), der gewöhnlichen Sicherungshypothek und der Höchstbetragshypothek (§ 1184, 1190 BGB.) ist auch bei der Zwangs- und Arresthypothek (§§ 866, 932) eine Erweiterung durch nachträgliche Erhöhung des eingetragenen Kapitalbetrags bzw. Höchstbetrags unzulässig.

2. **RG.** WarnE. **11** 211. Dadurch, daß für die Forderung aus einer notariellen Urkunde eine Zwangssicherungshypothek eingetragen ist, wird der Gläubiger in einem durch die ZwV. veranlaßten Rechtsstreite nicht des Beweises der Fälligkeit der Forderung überhoben.

3. a) BayObLG. **12** 200, BayNotZ. **12** 235, OLG. **22** 393, ZBlFG. **12** 28, DJZ. **12** 105, BayRpflZ. **11** 188, R. **11** Nr. 1612. Ist die Zusammenrechnung der durch verschiedene — in verschiedenen Prozessen ergangene — Schuldtitel ausgewiesenen Beträge nicht schlechthin gestattet, so kann auch keine Ausnahme für den Fall eintreten, daß die verschiedenen Schuldtitel, die prozessual voneinander unabhängig sind, Teile einer und derselben Forderung betreffen. Dem Grundbuchamte kann nicht zugemutet werden, die Zusammengehörigkeit der einzelnen Forderungsteile zu prüfen, sofern dies überhaupt möglich ist. b) KGJ. **40** A 301 (KG.). Die vom Gerichtsschreiber gemäß § 12 Abs. 9 PrKassenO. vom 28. März 1907 an Stelle mehrerer Einzelrechnungen ausgestellte Gesamtkostenrechnung bildet einen einheitlichen Schuldtitel im Sinne des § 866 Abs. 3. — Die Beträge der in einer Kostenrechnung vereinigten Kosten- und Stempelforderungen des preuß. Fiskus und des Reichsfiskus dürfen nicht zu dem Zwecke zusammengefaßt werden, um dadurch eine den Betrag von 300 M. übersteigende Forderung zu schaffen. Dies gilt auch, wenn beide Fisci durch die gleiche Gerichtskasse vertreten werden. — Ist für eine 300 M. nicht übersteigende Forderung eine Zwangssicherungshypothek eingetragen, so ist sie als ihrem Inhalte nach unzulässig von Amts wegen zu löschen (§ 54 Abs. 1 Satz 2 GBO., **RG. 60** 279). — Ist auf Grund eines Schuldtitels ein Teilbetrag von über 300 M. eingetragen worden, so darf der Gläubiger den Restbetrag desselben Schuldtitels dann nicht zur Eintragung bringen, wenn dieser den Betrag von 300 M. nicht übersteigt. c) KGJ. **41** A 253 (KG.). Das Vorschußjahr der Berufsgenossenschaften deckt sich mit dem Rechnungsjahre (§§ 32 Abs. 1 Satz 2, 111 Abs. 2 GewUVG.). Daher ist der durch die statutarische Bestimmung über die Bezahlung der Vorschüsse in Verbindung mit dem für das letztvergangene Rechnungsjahr ausgestellten Heberollenauszuge gebildete Schuldtitel der Schuldtitel für sämtliche in dem betreffenden Kalenderjahre fälligen Vorschüsse. S. auch JDR. **9** 3.

4. Wegen Nichtanwendbarkeit des § 803 Abs. 1 Satz 2 s. oben zu § 803.

§ 867. 1. a) RJA. **11** 242 (KG.). Fehlt es an einer Voraussetzung für die Vornahme der ZwV. (z. B. §§ 750, 765, KGJ. **34** A 323, vgl. **RG. 20** 433, **25** 368, GruchotsBeitr. **28** 845, **36** 467), so ist die gleichwohl eingetragene Zwangshypothek ebenso wie eine Vertragshypothek mangels Einigung (**RG. 70** 353, KGJ. **27** A 128) nichtig. Ein Übergang der Hypothek auf den Eigentümer (§ 868) findet nicht statt (ebenso Güthe, GBO. [2], Anm. 109 zu § 19, Turnau-Förster, LiegenschaftsR. [3] I 1050, Fischer-Schäfer [2] 111; aM. Predari, GBO. Anm. 35 zu § 19, Gaupp-Stein [8/9] Anm. 2 zu § 867, Oberneck, GrundbuchR. [4] II 451, Jäger, KO. [3/4] Anm. 22 zu § 14). b) KGJ. **40** A 310 (KG.). Eine unter Verletzung des § 867 Abs. 2 eingetragene Gesamtzwangshypothek ist ihrem Inhalte nach unzulässig, daher von Amts wegen zu löschen (§ 54 Abs. 1 Satz 2 GBO.). (Ebenso Güthe, GBO. [1] § 19 Anm. 112; aM. Fischer-Schäfer, ZVG. 153, welche dem Schuldner nur eine Klage auf Verzicht des Gläubigers gewähren, und Gaupp-Stein [8/9] § 867 Anm. III 6 V und

Predari, GBO. 356, welche eine im Beschwerdewege zu rügende Unzulässigkeit der ZwV. annehmen, die [analog § 868] zur Entstehung einer Eigentümerhypothek führe.)

2. RJA. **11** 233 (KG.). Eine Verteilung des Betrags der Forderung ist auch geboten, wenn mehrere auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatte (§ 4 GBO.) unter besonderen Nummern eingetragene Grundstücke mit einer Zwangshypothek belastet werden sollen.

3. Rudolph, DJZ. **11** 759, behandelt die Besonderheiten, welche entstehen, wenn eine Zwangshypothek auf Grundstücken des Schuldners eingetragen wird, von denen ihm das eine ganz, das andere nur zum ideellen Anteile gehört, und wenn daneben die Zwangshypothek gegen den anderen Miteigentümer als Gesamtschuldner eingetragen wird (vgl. KGJ. **21** A 327).

Dritter Titel Verteilungsverfahren.

§§ 877, 878. 1. FrankfRundsch. **45** 142 (Frankfurt). Der an einem Widerspruche gegen den Teilungsplan beteiligte Gläubiger gibt schon durch das Unterlassen der von ihm in dem Termine nach § 876 abzugebenden Erklärung oder durch sein Nichterscheinen in dem Termine (§ 877 Abs. 2) dem den Widerspruch erhebenden Gläubiger Anlaß zur Klage (§ 878). Er braucht von dem Widersprechenden nicht erst zu einer Erklärung aufgefordert zu werden.

2. RheinARV. **28** 97 (LG. Cöln). Änderungen in der Person der beteiligten Gläubiger hat das Vollstreckungsgericht zu berücksichtigen. Etwaige Streitigkeiten zwischen den ursprünglichen Beteiligten und angeblichen Rechtsnachfolgern dagegen hat das Vollstreckungsgericht nicht zu berücksichtigen, sondern auf den Prozeßweg zu verweisen und die auf solche Forderungen entfallenden Beträge als Streitmasse für die mehreren Prätendenten zu hinterlegen.

3. KGBl. **11** 45 (LG. III Berlin). Der nach § 878 erforderliche Nachweis der Klagerhebung wird in den Fällen, in welchen das AG. Prozeßgericht ist, schon durch den Nachweis der Klageeinreichung geführt. Im Verfahren vor den Amtsgerichten gilt allerdings die Klage auch erst mit der Zustellung an den Beklagten als erhoben (§ 498 Abs. 2). Da aber die Zustellung von Amts wegen erfolgt (§ 496), eine Bescheinigung über die erfolgte Zustellung dem Kläger auch nicht erteilt wird, so ist ihm der Nachweis der Klagezustellung unmöglich.

§ 879. PosMSchr. **11** 51 (Posen). Die Zuständigkeitsvorschrift des § 879 gilt auch, wenn der Rechtsstreit nicht mit der durch § 878 vorgeschriebenen Verteilung der Parteirollen geführt wird.

Dritter Abschnitt. Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen.

§ 883. 1. OLG. **23** 221, HessRspr. **12** 161 (Darmstadt). Auf die Erwirkung der Herausgabe von Kindern findet § 883 rechtsähnliche Anwendung. Ebenso die herrschende Meinung. AM. Schultz, Vollstreckungsbeschwerde (374). S. auch JDR. **4** 2, **5** 1, **7** 1.

2. OLG. **23** 221 Anm. 1 (KG.). Hat der Gläubiger zuverlässige Kenntnis vom Standort und Besitzer der herauszugebenden Sache erlangt, so fehlt für den Offenbarungseid das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis.

§ 885. Spiller, DJZ. **11** 815. Gehören die aus der Wohnung des Schuldners bei der Räumung hinausgeschafften Sachen einem Dritten, so muß dieser sich zwecks Wiedererlangung an das Vollstreckungsgericht wenden (analog § 766). Der Anspruch des Gerichtsvollziehers oder des Staates auf die verauslagten Transport- und Verwahrungskosten gegen den Schuldner und den Gläubiger berührt das Recht des Dritten nicht.

§ 886. *Schultz, Vollstreckungsbeschwerde. § 886 gilt auch, wenn es sich um eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen (§ 884) handelt (378).

§ 887. 1. SeuffBl. **11** 644 (Augsburg). Grundsätzlich stehen allerdings der Vollstreckung eines den Schuldner zur Bewirkung der Löschung der Hypothek eines Dritten verurteilenden Erkenntnisses nach § 887 Bedenken nicht entgegen. Eine solche Vollstreckung ist aber unzulässig, soweit damit in ein zwischen dem Schuldner und dem Dritten streitiges Rechtsverhältnis eingegriffen wird (vgl. **RG. 31** 412, SeuffA. **50** Nr. 66, **52** Nr. 129). S. auch JDR. **1** 1, **3** I 1, **4** 2, **5** 1 c, d, 8 1.

2. a) HessRspr. **12** 177 (Darmstadt). Bei Immissionsprozessen (§ 906 BGB.) ist zwar die Verurteilung regelmäßig nicht auf einzelne bestimmte Maßnahmen zu beschränken, sondern allgemein auf Unterlassung übermäßiger Einwirkungen oder Herstellung geeigneter Einrichtungen zur Verhinderung solcher Einwirkungen zu richten. In der ZwV. muß aber der Gläubiger die geforderten Maßregeln im einzelnen bestimmt bezeichnen und zwar schon im Antrage, damit geprüft werden kann, ob § 887 oder § 888 Platz greift, oder ob beide Vorschriften versagen und der Antragsteller demgemäß auf das Interesse gemäß § 893 angewiesen ist (**RG. 60** 120). Die Maßregeln müssen in dem Antrage so genau bezeichnet sein, daß technisch und rechnerisch nachgeprüft werden kann, ob sie geboten sind und verglichen werden kann, ob die vom Beklagten bereits veranlaßten Herstellungen ausreichen. **b**) Ebenso R. **11** Nr. 2375 (Cöln). S. auch JDR. **3** IV 4. **c**) SeuffBl. **11** 438, SeuffA. **66** 486, SächsOLG. **32** 439 (Dresden). Die ZwV. nach § 887 erfordert, daß der Gegenstand der Leistung in dem Schuldtitel ausreichend genau bestimmt ist. Ein gerichtlicher Vergleich, nach welchem sich der Bekl. nur ganz allgemein verpflichtet, Mängel, die sich binnen eines bestimmten Zeitraums an einem Bauwerke zeigen würden, zu beseitigen, bildet keine genügende Grundlage für die ZwV.

3. **a**) OLG. **22** 394, MecklZ. **29** 312 (Rostock). Bei Prüfung des Antrags aus § 887 ist Rücksicht darauf zu nehmen, ob — bei billiger Abwägung der beiderseitigen Interessen — der Zeitpunkt, zu welchem der Gläubiger nach dem Inhalte seines Antrags die Handlung auf Kosten des Schuldners vornehmen will, ein geeigneter ist (**RG. 23** 367, OLG. **2** 128). **b**) ElsLothJZ. **11** 514 (Colmar). Vor Stellung des Antrags aus § 887 muß dem Schuldner eine billige Frist zur eigenen Ausführung des Urteils gelassen werden (OLG. **2** 128). S. auch JDR. **1** 6.

4. Marcus, R. **11** 192, bekämpft eine Entsch. des KG., nach welcher dem Schuldner gegenüber dem Antrage des Gläubigers aus § 887 Abs. 2 der Aufrechnungseinwand nicht zusteht.

5. PosMSchr. **11** 82 (Marienwerder). Ist der Schuldner gemäß § 887 zur Leistung eines Vorschusses an den Gläubiger verurteilt worden, hat er dann aber die ihm durch das Urteil aufgegebenen vertretbaren Leistungen selbst bewirkt, so muß der Gläubiger, wenn er diese nicht für genügend hält, einen neuen Beschluß aus § 887 erwirken.

§§ 888 ff. 1. SeuffBl. **11** 216, SächsOLG. **32** 349 (Dresden). Geldstrafen aus §§ 888, 890 dürfen für den Fall der Unbeitreiblichkeit nicht in Haftstrafen umgewandelt werden (**RG. 7** 360, Seuffert, Anm. 1 c aE. zu § 888).

2. v. Kleist, JW. **11** 205. Während die Strafe aus § 888 reines Zwangsmittel ist, hat diejenige aus § 890 den doppelten Zweck: den Willen des Schuldners für die Zukunft zu beugen und die Mißachtung des richterlichen Gebots zu sühnen. Eine Begnadigung ist nur insoweit zulässig, als dadurch nicht in Rechte dritter Personen eingegriffen wird. Sie ist deshalb im Falle des § 888 stets, des § 890 regelmäßig ausgeschlossen. Nur wenn im Falle des § 890 der Zwangscharakter der Strafe fortfällt, z. B. wenn nach rechtskräftig festgesetzter Strafe, aber vor Vollziehung der Schuldner den Gläubiger befriedigt, d. h. den Entschluß betätigt, in Zukunft die rechtswidrige Handlung zu unterlassen oder in Zukunft die in Frage stehende Handlung

des Gläubigers zu dulden, und dann nur noch der Staat an dem Strafvollzug ein Interesse hat, ist eine Begnadigung zulässig.

§ 888. 1. *Gerhard, Die Abnahmepflicht des Käufers (107, 108). Die Vollstreckung des auf Abnahme lautenden Urteils hat nach § 888 zu erfolgen. Die Ansicht, daß die Vollstreckung nach § 887 bewirkt werden müsse, weil die Abnahme als körperliche Wegnahme eine vertretbare Handlung sei, trifft deshalb nicht zu, weil die dem Käufer obliegende Abnahme nicht eine Wegnahme schlechthin, sondern eine Übernahme in die Verfügungsgewalt des Käufers, eine Inbesitznahme durch ihn bedeutet. Diese Handlung kann sich nicht gegen den Willen des Käufers vollziehen. S. auch JDR. zu § 887 **1** 2, **5** 1, **6** 3, **7** 2.

2. **a)** **RG.** WarnE. **11** 151. Eine Verurteilung, die den Beklagten verpflichtet, allen Bedarf an Weinen beim Kläger zu entnehmen, ist nicht vollstreckbar, insbesondere nicht aus § 888, da erst eine Sorten- und Preisvereinbarung, also Mitwirkung des Klägers, erforderlich. Der Kläger ist auf einen Schadensersatzanspruch angewiesen. **b)** SeuffBl. **11** 253, SächsOLG. **32** 347, SeuffA. **66** 295 (Dresden). Die Verurteilung eines Erben, „sich mit seinen Miterben auseinanderzusetzen", ist nicht vollstreckungsfähig. Die Auseinandersetzung erfordert eine Willenseinigung sämtlicher Miterben. Werden die dazu nötigen Erklärungen von einem der Beteiligten nicht abgegeben, so muß darauf unter Bezeichnung der einzelnen Erklärungen (§ 253 Abs. 2 Nr. 2) geklagt werden (Josef, GruchotsBetr. **49** 34, Kretzschmar, Erbrecht 466).

3. SächsOLG. **32** 339 (Dresden). Der Antrag auf Bestrafung wegen Zuwiderhandlung gegen eine vom LG. erlassene einstweilige Verfügung unterliegt dem Anwaltszwange (§ 78).

4. NaumburgAK. **11** 22 (LG. Magdeburg) hält zur Geltendmachung des Einwandes der Erfüllung gegenüber dem Beugestrafe festsetzenden Beschlusse nur die sofortige Beschwerde (§ 793) für zulässig; der Einsender der Entsch. daneben auch Klage aus § 767. — Dagegen Meyer, R. **11** 511, der nur diese Klage für zulässig erachtet.

5. NaumburgAK. **11** 38 (LG. Stettin). Ist die gemäß § 888 festgesetzte Geldstrafe nicht beitreibbar, so muß der Schuldner auf Verlangen des Gläubigers den Offenbarungseid gemäß § 807 leisten.

6. **a)** OLG. **23** 222 (Dresden). Das Gericht hat im ZwV.verfahren nur nachzuprüfen, ob die vom Schuldner urteilsgemäß gelegte Rechnung nach ihrer äußeren Beschaffenheit den Anforderungen des § 259 Abs. 1 BGB. genügt. Hat der Gläubiger den Verdacht, daß sie unvollständig sei, so muß ihm überlassen bleiben, auf Leistung des Offenbarungseids gemäß § 259 Abs. 2 zu klagen. **b)** BayRpflZ. **11** 347 (Bamberg). Ist der Beklagte zur Auskunftserteilung und Vorlegung von Belegen verurteilt, so muß er die dazu erforderlichen Bücher und Belege herbeischaffen, soweit dies in seiner Macht steht und er nicht durch äußere Umstände, z. B. durch die begründete Weigerung oder die Unmöglichkeit der notwendigen Mitwirkung Dritter hieran gehindert ist (GruchotsBeitr. **27** 1126). Darüber, ob ein solches Hindernis vorliegt, ist nötigenfalls Beweis zu erheben. **c)** OLG. **23** 222 (Breslau). Ist der Beklagte zur Vorlegung von Belegen verurteilt, so genügt er dem Urteile nicht, wenn er erklärt, die Lieferanten verweigerten ihm, weitere Auskunft zu erteilen. Er muß vielmehr entweder selbst die fehlenden Belege beschaffen oder Erklärungen der Lieferanten vorlegen, wonach sie außerstande sind, die erforderlichen Unterlagen zu geben.

§ 890. 1. SächsOLG. **32** 505. Die Verpflichtung, eine Wohnung nicht mehr zu Wohnzwecken zu benutzen, geht auf Unterlassung einer Handlung, ist also nach § 890, nicht nach § 888 zu vollstrecken.

2. a) BadRpr. **11** 187 (Karlsruhe). Auf die Straffestsetzung wegen Zuwiderhandlung gegen ein Unterlassungsgebot sind strafrechtliche Grundsätze anzuwenden. Da nach § 2 Abs. 2 StGB. bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung das mildeste Gesetz anzuwenden ist, so ist Straffestsetzung ausgeschlossen, wenn nach der Zuwiderhandlung die ZwV. aus dem — das Strafgesetz bildenden — vollstreckbaren Urteil eingestellt worden ist. Die Bestrafung wegen dieser Zuwiderhandlung wird auch dann nicht nachträglich wieder möglich, wenn die Einstellungsverfügung wieder aufgehoben wird. Denn es genügt zur Ausschließung der Strafmöglichkeit, daß zu irgendeinem Zeitpunkte zwischen Begehung der zu bestrafenden Handlung und der Aburteilung, wenn auch nur vorübergehend, die gesetzliche Bestimmung, auf Grund deren die Strafe auszusprechen ist, nicht in Geltung war (vgl. **RG. 38** 422, **43** 396; Olshausen [6], Anm. 16 zu § 2 StGB., Mayer, Strafr. [5] 113; aM. Hälschner, Strafr. I 123, Oppenhoff, Anm. 7 zu § 2 StGB.). **b)** OLG. **23** 225, SeuffBl. **11** 554, R. **11** Nr. 1793 (Hamburg). Da auf die Verhängung von Strafen zur Erzwingung von Unterlassungen bis zu einem gewissen Grade strafrechtliche Grundsätze anzuwenden sind, so ist auch hier die Frage des subjektiven Verschuldens zu prüfen (**RG. 36** 418). Auch § 193 StGB. kann analoge Anwendung finden. Die Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtung zur Unterlassung gewisser Veröffentlichungen kann auch in einem wahrheitsgemäßen Bericht über eine Gerichtsverhandlung liegen. **c) RG.** JW. **11** 981. Die Strafe aus § 890 ist — obwohl auch sie Willensbeugung bezweckt — im Gegensatze zu der aus § 888, wirkliche Strafe und wird deshalb auch nach strafrechtlichen Grundsätzen festgesetzt (**RG. 36** 417, **38** 424, **53** 182). Wo die Zuwiderhandlung gegen das Urteil sich deckt mit der Zuwiderhandlung gegen eine im Offizialverfahren anzuwendende staatliche Strafnorm, ist für eine zivilrechtliche Strafandrohung kein Raum mehr. ➠ Vgl. dagegen Hahn, Mater. 861: wegen Zuwiderhandlung gegen Judikat gleichzeitig Polizeiübertretung, doppelte Strafe; auch v. Kleist, JW. **11** 206 Anm. 6. Red. ⇜

3. a) SeuffBl. **11** 216, SächsOLG. **32** 349 und OLG. **23** 224 (Dresden). Die Straffestsetzung nach § 890 ist im Gegensatze zu § 888 kein bloßes Zwangsmittel, sondern zugleich eine Ungehorsamsstrafe (**RG. 36** 418). Die Strafe kann daher auch noch festgesetzt werden, wenn die Zeit, auf deren Dauer die Wirksamkeit des Schuldtitels beschränkt war, abgelaufen ist. Nur wenn der Titel — als zu Unrecht erlassen — aufgehoben worden ist, kann keine Straffestsetzung mehr erfolgen (**RG. 38** 422, **43** 398). Vgl. auch OLG. **16** 316, **17** 343. **b)** OLG. **23** 223 (Breslau). Ist der die Unterlassung gebietende Titel (z. B. die einstweilige Verfügung wegen veränderter Umstände) für die Zukunft aufgehoben, so kann auch wegen der in der Vergangenheit liegenden Verstöße keine Straffestsetzung mehr erfolgen, sofern der Gläubiger damit lediglich den Zweck verfolgt, dem Schuldner Schaden zuzufügen (§ 226 BGB.).

§ 894. 1. a) **RG. 76** 409. § 894 findet auch auf rechtskräftige Urteile Anwendung, die auf Abgabe und Entgegennahme einer Auflassungserklärung lauten. Mit der Rechtskraft des Urteils gilt die Erklärung des Verurteilten als vor dem Grundbuchamt abgegeben. Die Fiktion des § 894 wirkt auch zugunsten des Schuldners. Für eine Fristsetzung aus § 326 BGB. ist kein Raum. Handelt es sich um eine Auflassung an mehrere Personen, so muß die Beteiligung der einzelnen Erwerber (§ 48 GBO.) aus dem Urteile hervorgehen, wenn allein durch das Urteil die von dem Grundbuchamt abzugebende Erklärung ersetzt werden soll (vgl. **RG. 54** 378). **b)** R. **11** 593 (BayObLG.). Die Urteilsformel in ihrer Erläuterung durch die Gründe bildet den Ersatz für die Eintragungsbewilligung der GBO. Durch Bezugnahme auf das Urteil kann deshalb der Inhalt einer Grunddienstbarkeit eine genügende Bezeichnung erfahren, auch wenn dieser nur aus den Gründen hervorgeht (§ 874 BGB., Art. 44

Abs. 2 BayUeG., §§ 381, 383, 612, 613 BayDA. f. d. GBA.; Güthe, GBO. § 29 Anm. 92 β).

2. KGJ. **41** A 100, ZBlFG. **11** 494 = RJA. **10** 253 (KG.) s. JDR. **9** 3. Eintragung der Beendigung der Vertretungsbefugnis von Geschäftsführern ins Handelsregister auf Grund rechtskräftiger Verurteilung der Gesellschaft zur Anmeldung.

3. SeuffBl. **11** 676 (Dresden). Aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteile, durch das der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt ist, findet ein ZwV. weder nach § 887 noch nach § 888 statt. Soweit nicht § 895 Platz greift, hat die vorläufige Vollstreckbarkeit nur für die Kosten Bedeutung.

§ 897. (§ 898.) **RG.** JW. **11** 818. Wenn auch im allgemeinen der Gerichtsvollzieher bei der ZwV. nicht privatrechtlicher Vertreter ist, so gilt eine Ausnahme doch da, wo er durch besondere Gesetzesbestimmungen gerade zum Vertreter bestimmt ist. Im Falle der §§ 897, 898 ZPO. muß deshalb der Gläubiger auch den schlechten Glauben des Gerichtsvollziehers nach §§ 933, 166 BGB. gegen sich gelten lassen.

Vierter Abschnitt. Offenbarungseid und Haft.

§§ 899 ff. Literatur: Cahn, Mängel und Verbesserung des Offenbarungsverfahrens, BayRpflZ. **11** 59—62, 81, 82. — Crasemann, Vom Offenbarungseide, DJZ. **11** 251—256. — Neumann, Zur Reform des Offenbarungseidverfahrens, JW. **11** 909—912. — Warschauer, Reform des Offenbarungseidverfahrens, PosMSchr. **11** 96—98.

a) Crasemann erörtert die von den Ältesten der Berliner Kaufmannschaft in einer Eingabe an den Staatssekr. des RJA. gemachten Reformvorschläge (abgedr. in der Korrespondenz der Ältesten **33** 319). Zum geltenden Rechte führt er u. a. aus: Die durch die erste Ladung begründete Zuständigkeit wird durch einen während des Offenbarungsverfahrens erfolgende Wohnsitzänderung nicht berührt (§ 263 Nr. 2). Die Ladung braucht keinen Hinweis zu enthalten, ob es sich um einen Offenbarungseid nach § 807 oder nach § 883 handelt. Der Beschluß über den Widerspruch (§ 900 Abs. 3) ist, wenn er nach mündlicher Verhandlung ergeht, durch die Partei, sonst von Amts wegen zuzustellen (§ 329; aM. Gaupp-Stein, Nov. z. ZPO. Anm. 1 3 c zu § 496). **b)** Naumann bespricht die Bemerkungen Crasemanns. Zum geltenden Rechte führt er u. a. aus: Die Frau ist zur Leistung des Offenbarungseids auch verpflichtet, wenn der Mann nicht zur Duldung der ZwV. verurteilt ist, da die Eidesleistung keine ZwV. in das eingebrachte Gut darstellt. — Der Nachweis, daß der Schuldner außer den auf Widerspruch Dritter wieder freigegebenen Pfandstücken keine eigenen pfändbaren Sachen besitzt, kann auch durch die eigene Erklärung des Schuldners im Pfändungsprotokolle geführt werden. — Gegen den Haftbefehl ist nicht Erinnerung, sondern nur sofortige Beschwerde zulässig. **c)** Cahn empfiehlt die Einführung eines der Eidesleistung vorangehenden Beweisverfahrens (61) und die Ausdehnung der Offenbarungspflicht auf anfechtbare Geschäfte (62). **d)** Warschauer bespricht ebenfalls die zu a bezeichneten Reformvorschläge. S. auch oben zu § 807.

§ 899. 1. DJZ. **11** 821 (KG.). Für die Abnahme des Offenbarungseids über das Gesellschaftsvermögen einer offenen Handelsgesellschaft ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat, nicht dasjenige, in dessen Bezirke der zur Leistung des Eides verpflichtete Gesellschafter wohnt.

2. Crasemann, DJZ. **11** 1549. Da nach § 802 das im § 899 bestimmte Gericht ausschließlich für die Abnahme des Eides zuständig ist, so ist es unzulässig, in entsprechender Anwendung des § 479 ein anderes Gericht um Abnahme des Eides zu ersuchen. Erst nach der Verhaftung kann der Schuldner nach § 912 verlangen, daß ihm der Eid am Haftort abgenommen wird (aM. die Kommentare).

§ 900. 1. a) KGBl. **11** 61 (LG. I Berlin). Die Ladung zur Leistung des Offenbarungseids ist nur wirksam, wenn dem Schuldner entweder beglaubigte Abschrift des Antrags mit der Ladung zugestellt oder in die Ladung aufgenommen wird, aus welchem Grunde und wegen welcher Forderung die Eidesleistung verlangt wird. Dies folgt aus der Natur des Offenbarungseidverfahrens. §§ 899 ff. enthalten nur gewisse Grundzüge des Verfahrens. **b**) Neumann, R. **11** 792, empfiehlt, neben der Zustellung der Ladung an den Prozeßbevollmächtigten (§§ 176, 178) eine persönliche Ladung des Schuldners selbst vorzunehmen.

2. OLG. **22** 395 (KG.). In sinngemäßer Anwendung des § 393 Nr. 1 darf Personen, die wegen Verstandesschwäche von dem Wesen und der Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung haben, der Offenbarungseid nicht abgenommen werden.

3. **a**) OLG. **22** 395, R. **11** Nr. 1184 (Braunschweig). Unter „Bestreiten" der Eidespflicht im Sinne des § 900 Abs. 3 ist nur dasjenige Parteivorbringen zu verstehen, das sich gegen Bestand und Inhalt des durch die §§ 807, 883 begründeten prozeßrechtlichen Verhältnisses der Parteien richtet. Ausbleiben im Termine wegen Krankheit kommt nur für die Frage in Betracht, ob nach § 901 Haftbefehl zu erlassen ist. **b**) KGBl. **11** 22 (LG. III Berlin). Bei der Entscheidung über den Widerspruch ist nur dasjenige zu berücksichtigen, was bis zum Schlusse des Termins von beiden Parteien (vom Schuldner mündlich, vom Gläubiger schriftlich oder mündlich) vorgebracht worden ist. Die nach dem Termine vom Gläubiger schriftlich aufgestellte Behauptung neuen Vermögenserwerbes des Schuldners ist also nicht zu beachten.

§ 901. 1. HessRspr. **11** 171 (LG. Darmstadt). Der „Haftbefehl" verhält sich zum „Haftbeschlusse" wie die vollständige Ausfertigung des Urteils zu der in das Protokoll aufgenommenen Formel. Nach Erlassung des Haftbeschlusses darf deshalb die Erteilung des Haftbefehls nicht deshalb verweigert werden, weil der Schuldner inzwischen geisteskrank geworden ist. Prüfung der Eidesfähigkeit ist Sache des Richters, der den Eid abzunehmen hat.

2. **a**) OLG. **22** 398 (Posen) = PosMSchr. **10** 49 s. JDR. **9** Nr. 2 a. Gegen Haftandrohung sofortige Beschwerde (§ 793), nicht Erinnerung (§ 766); schriftlicher Widerspruch unbeachtlich. **b**) SeuffBl. **11** 605, R. **11** Nr. 3220 (Dresden). Haben die Parteien vor dem Eidestermine vereinbart, daß das Verfahren ruhen solle, so ist ein gleichwohl erlassener Haftbefehl auf Beschwerde aufzuheben.

3. SächsOLG. **32** 56 (Dresden). Wird der zur Eidesleistung für seinen Mündel verpflichtete Vormund nach der Eidesweigerung aus seinem Amte entlassen, so ist Haft gegen ihn unzulässig.

4. OLG. **22** 397, DJZ. **11** 597 (KG.). Tatsachen, welche die Terminsversäumnis des Schuldners entschuldigen sollen, sind zu beweisen. Eine Glaubhaftmachung ist nur in den vom Gesetze bestimmten Ausnahmefällen erforderlich und genügend (Gaupp-Stein II 2 zu § 294, JW. **99** 180).

§ 902. Warschauer, JW. **11** 472. Da dem verhafteten Schuldner unverzüglich der Offenbarungseid abzunehmen ist, ist dem Gläubiger als Ersatz für seine Nichtanwesenheit nur dadurch zu helfen, daß er vor der Verhaftung dem Gerichte schriftlich formulierte Fragen einreicht oder sich mit dem Gerichtsvollzieher über den Zeitpunkt der Verfügung in Verbindung setzt.

§ 903. 1. a) Citron, KGBl. **11** 2, führt gegen OLG. **20** 373, DJZ. **10** 1237 (KG.) — s. JDR. **9** 1 — aus, daß auch der Offenbarungseid aus § 125 KO. das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners umfasse, dieser sich also auch auf einen Eid gemäß § 903 Abs. 2 ZPO. berufen könne. **b**) Gegen Citron auch HessRspr. **12** 52 (LG. Gießen), Seuffert, Anm. 3, Gaupp-Stein, Anm. II zu § 903 ZPO., Jäger, KO. Anm. 5 zu § 125 KO.

2. OLG. **22** 399, BuschsZ. **42** 196 (KG. XI.) hält an seiner Ansicht (OLG. **13** 221, **20** 373 s. JDR. **5** § 900 Nr. 5, **9** § 903 Nr. 3) fest, daß ein Widerspruchsrecht aus § 903 nicht von Amts wegen zu berücksichtigen ist, sondern vom Schuldner und zwar persönlich im Eidesleistungstermine vorgebracht werden muß. S. auch JDR. **1** 1, 2, **3** II 2, **4** 2, **5** 3, **6** 3, **7** 3, 8.

3. Marcus, DRZ. **11** 71. Es ist unzulässig, wenn das Vollstreckungsgericht auf die Erklärung des verhafteten Schuldners, er habe innerhalb der letzten 5 Jahre den Offenbarungseid geleistet, den Schuldner freiläßt, ohne an dem Haftbefehl etwas zu ändern. Der Haftbeschluß kann nur mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden. Erst nach deren Einlegung ist das Vollstreckungsgericht in der Lage, gemäß § 572 Abs. 2 die Vollziehung des Haftbeschlusses auszusetzen. — Es empfiehlt sich Haft beschluß und Haft befehl zu trennen. Ersterer muß, sofern er nicht in dem zur Eidesleistung bestimmten Termine verkündigt wird, beiden Parteien von Amts wegen zugestellt werden.

§ 915. Becker, DRZ. **11** 235, führt gegen Engels, DJZ. **10** 1220 — s. JDR. **9** 1 —, aus, daß auch der Vermerk über die Vollstreckung einer sechsmonatigen Haft eine „Eintragung" im Sinne des § 915 Abs. 2 sei, da sonst der Zweck des Registers, insbesondere die Verhütung einer gemäß § 914 aaO. zwecklosen Ladung zur Eidesleistung, nicht erreicht werde. Die Verbüßung der Haft ist in die Jahresliste (PrGeschO. f. d. Gerichtsschr. d. AG. § 35 Ziff. 1 nF.) des Jahres einzutragen, in welches sie — nicht etwa die Anordnung der Haft — fällt.

Fünfter Abschnitt. Arrest und einstweilige Verfügungen.

§ 916. 1. a) RheinARV. **28** 94 (LG. Cöln). Wenn auch der Arrest wegen eines Anfechtungsanspruchs im Hinblicke darauf zulässig ist, daß dieser Anspruch unter Umständen in einen Geldanspruch übergehen kann (**RG.** GruchotsBeitr. **50** 433, JDR. **5** 1, WarnE. **09** 506), so gilt dies doch nur dann, wenn eine solche dereinstige Umwandlung wenigstens mit einiger Wahrscheinlichkeit in Erwägung gezogen werden kann. S. auch JDR. **4**, **8** 1. b) Werber, BadRpr. **11** 96. Die Fälle, in welchen im Strafverfahren eine Beschlagnahme des Vermögens des Angeschuldigten zur Sicherung der Kosten des Strafverfahrens zulässig ist, sind in den §§ 325, 326 StPO. erschöpfend geregelt. Gegen einen Untersuchungsgefangenen ist danach wegen der voraussichtlich entstehenden Kosten des noch nicht rechtskräftig beendeten Strafverfahrens ein Arrest nicht zulässig (aM. **RG.** [Strafs.] **13** 141, **20** 260, BadRpr. **06** 363 [Karlsruhe]).

2. Abs. 2. Drüen, R. **11** 157. Der Anspruch der Mutter auf Hinterlegung des dem unehelichen Kinde für die ersten drei Monate zu gewährenden Unterhalts und der Entbindungs- und Sechswochenkosten (§ 1716 BGB.) ist ein materiellrechtlicher und kann als betagter Anspruch auch durch Arrest gesichert werden.

§ 917. Abs. 2. 1. **RG.** WarnE. **11** 338. Konsulargerichtsbezirke sind als „Ausland" im Sinne des § 917 Abs. 2 anzusehen (ebenso schon **RG.** JW. **08** 687).

2. OLG. **23** 227 (KG.). § 917 Abs. 2 greift nicht Platz, wenn nur eine Vollstreckung eines ausländischen Urteils im Auslande in Frage kommt.

§ 918. R. **11** Nr. 3698 (Colmar). Der persönliche Sicherheitsarrest kann nicht zu dem Zwecke erwirkt werden, den Schuldner zu zwingen, seine im Auslande befindlichen Befriedigungsmittel herbeizuschaffen (**RG.** JW. **99** 490).

§ 919. (§ 23.) ElsLothJZ. **11** 89 (Colmar). Auf den Namen und auf Beträge unter 1000 M. (§ 222 Abs. 1 u. 3 HGB.) lautende Aktien begründen ein vom Aktienbesitz unabhängiges Rechtsverhältnis zwischen Aktionär und Gesellschaft, mithin einen am Sitze der Gesellschaft bestehenden vermögensrechtlichen Anspruch. Die Beschlagnahme dieses Anspruchs kann daher nach §§ 919, 23 im Gerichtsstande des Vermögens erfolgen.

§ 920. 1. OLG. **23** 242 (KG.). Der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung kann nicht in der Berufungsinstanz in einen Arrestvertrag umgewandelt werden.

2. BadRpr. **11** 77 (Karlsruhe). Auch bezüglich der — nach § 56 von Amts wegen zu prüfenden — Prozeßfähigkeit genügt im Verfahren über eine einstweilige Verfügung Glaubhaftmachung.

§ 921. Hein, JW. **11** 167. Gleichzeitig mit dem Erlasse des Arrestes in eingebrachtes Frauengut ist auszusprechen, daß der Mann die Vollziehung des Arrestes zu dulden hat. Die für die Zulässigkeit einer Verbindung von Leistungs- und Duldungsanspruch im Mahnverfahren geltenden Gründe (**RG. 50** 51) treffen auch für den Arrest zu.

§ 922. 1. BadRpr. **11** 219 (Karlsruhe). Gegen den Beschluß, durch welchen auf ein Arrestgesuch mündliche Verhandlung angeordnet wird, findet eine Beschwerde nicht statt (**RG. 54** 348). — Ebenso SeuffBl. **11** 783 (München) für die einstweilige Verfügung. — Derselben Ansicht Gaupp-Stein, Seuffert, aM. Markus, R. **06** 795.

2. NaumburgAK. **11** 5 (LG. Halle). Mit der herrschenden Meinung (Kommentare u. R. **08** II 671 [Frankfurt] gegen BayObLG. **3** 212) ist dem Arrestgläubiger wegen der Kosten des Arrestes, auch wenn der Arrestbefehl eine Kostenentscheidung nicht enthält, ein in besonderem Rechtsstreite geltend zu machender Erstattungsanspruch zuzubilligen. Der Gläubiger kann ihn jedoch nur auf § 286 oder § 826 BGB. stützen.

§ 923. 1. SchlHolstAnz. **11** 254 (Kiel). Die Nichtanführung der zu sichernden Forderung ist zwar unzweckmäßig, macht aber den Arrestbefehl nicht unwirksam.

2. **RG.** BayRpflZ. **11** 88, SächsRpflA. **11** 10, R. **11** Nr. 595 = JW. **11** 56 f. JDR. **9** 2. Hinterlegung von Wertpapieren statt baren Geldes zur Abwendung des Arrestvollzugs. Einfluß auf den Schadensersatzanspruch aus § 945.

§ 924. 1. OLG. **23** 229 (München). Für den Widerspruch gegen die in der Beschwerdeinstanz erweiterte einstweilige Verfügung ist nicht das Beschwerdegericht, sondern das Gericht erster Instanz zuständig (**RG. 29** 396). Dies gilt auch, wenn die Hauptsache inzwischen in die Berufungsinstanz gelangt ist. S. auch JDR. **5** 1 a.

2. OLG. **23** 229 (Hamburg). Im Widerspruchsverfahren finden bezüglich der Kosten die §§ 271, 93 entsprechende Anwendung.

3. BadRpr. **11** 137 (Karlsruhe). Durch das Widerspruchsverfahren wird der Vollzug des Arrestes nicht berührt. Hat der Arrestkläger mehr gepfändet, als zur Sicherung seiner Forderung nötig ist, so steht dem Beklagten Einwendung aus § 766 offen.

4. SeuffBl. **11** 291 (Nürnberg). Wenn auch der einzige prozessuale Rechtsbehelf gegen eine einstweilige Verfügung der Widerspruch ist, so wird dadurch doch nicht ausgeschlossen, daß der Antragsgegner aus materiellem Recht auf Beseitigung der auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragenen Vormerkung klagt, z. B. weil die zu sichernde Forderung getilgt ist (vgl. § 886 BGB.).

§ 925. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 654, WarnE. **11** 43 = JW. **11** 47 f. JDR. **9** 1. In dem Verfahren über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung sind auch solche Umstände zu berücksichtigen, die erst nach Erlassung der Verfügung eingetreten sind. Die einstweilige Verfügung ist nur dann aufrecht zu erhalten, wenn die Sachlage zurzeit der Erlassung des Urteils sie rechtfertigt (**RG. 60** 182, JW. **00** 182, **09** 693). — Eine zur Sicherung einer Hypothek die Fortschaffung von Grundstückszubehör untersagende einstweilige Verfügung wird aber durch die Fortschaffung nicht gegenstandslos, wenn diese nicht infolge einer „Veräußerung" (§ 1121 BGB.), auch nicht in den Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft (§ 1122 BGB.) erfolgt ist. S. auch JDR. **8** 2.

2. SeuffBl. **11** 556, R. **11** Nr. 2958 (Nürnberg). Im Widerspruchsverfahren gegen eine einstweilige Verfügung darf das Gericht es ablehnen, sich auf eine weitausschauende unklare Aufrechnung einzulassen, auch wenn Konnexität bestehe.

3. a) OLG. **23** 241 (KG.). Nach Wegfall des Arrestgrundes kann im Widerspruchsverfahren über die Kosten des Arrestverfahrens allein durch Urteil entschieden werden, gegen welches dann die sofortige Beschwerde zulässig ist (§ 99 Abs. 3). S. jedoch unten zu § 942 Nr. 4. b) R. **11** Nr. 2614 (Hamburg). Erklärt der Arrestkläger im Widerspruchsverfahren, daß er den Anspruch auf Aufhebung des Arrestes anerkenne, so liegt darin eine der Klagerücknahme (§ 271) gleichzustellende Zurücknahme des Arrestantrags, die den Antragsteller zur Tragung der Kosten verpflichtet. § 93 greift nicht Platz. c) SeuffA. **66** 488 (Dresden). Solange das Widerspruchsverfahren anhängig ist, kann über die Kosten der einstweiligen Verfügung und des Widerspruchsverfahrens nur in diesem Verfahren entschieden werden.

§ 926. 1. OLG. **23** 230 (Breslau). Die nach § 926 bestimmte Frist kann auf Antrag verlängert werden. Gegen die Verlängerung findet Beschwerde nicht statt, da §§ 225 Abs. 3, 567 nicht Platz greifen. Zulässig ist nur Anrufung der Dienstaufsichtsbehörde (Gaupp-Stein § 225, BuschsZ. **15** 405).

2. OLG. **23** 235 (Braunschweig). Der Antrag auf Aufhebung des Arrestes gemäß § 926 Abs. 2 kann im Widerspruchsverfahren noch in der Berufungsinstanz gestellt werden, wenn zur Zeit des erstinstanzlichen Urteils die Frist zur Klagerhebung noch nicht abgelaufen war (**RG. 62** 62). — Bis zum Schlusse der Verhandlung über den Antrag kann jedoch auch nach Fristablauf die Klagerhebung nachgeholt werden (§ 231 Abs. 2).

§ 927. OLG. **23** 231 (KG.). Konkurseröffnung beseitigt den Arrestgrund nicht; denn sie hat nur zur Folge, daß die Dividende des Konkursgläubigers nicht mehr gefährdet ist; die Gefährdung des Gläubigers dauert aber insoweit fort, als seine Forderung die Dividende übersteigt. **RG. 60** 179 hat Beseitigung des Arrestgrundes nur bei Nachlaßpflegschaft angenommen.

§ 928. FrankfRundsch. **45** 259 (Frankfurt). Das Arrestpfandrecht ist ebenso wie das Vollstreckungspfandrecht im Unterschiede von dem rechtsgeschäftlichen Pfandrechte nicht unmittelbar von dem Bestehen eines Anspruchs abhängig. Es erlischt deshalb nicht schon dadurch, daß im Hauptprozesse das Nichtbestehen der durch den Arrest gesicherten Forderung festgestellt wird.

§ 929. 1. **RG. 75** 179, JW. **11** 364, LeipzZ. **11** 384 hält daran fest (**RG. 49** 406), daß im Falle der Erwirkung des dinglichen Arrestes in den Erbteil eines ungeteilten Nachlasses die Miterben als Drittschuldner im Sinne der §§ 829 Abs. 2 u. 3 und 857 anzusehen sind, daß ein solcher Arrest also erst mit der Zustellung an sämtliche Miterben vollzogen ist. Dies gilt auch für das französische Recht (Art. 883 code civil).

2. a) **RG.** SeuffA. **66** 163, HansGZ. **11** Beibl. 77 = WarnE. **10** 372 s. JDR. **9** § 929 Nr. 1 b. Einstweilige Verfügungen, die ein Verbot enthalten, bedürfen der Vollziehung durch Zustellung. b) PosMSchr. **11** 158 (Posen). Einstweilige Verfügungen, die ein Gebot (z. B. eine Zahlungsauflage) oder ein Verbot enthalten, werden mit der Zustellung an den Gegner vollzogen, solche, durch die eine Eintragung im Grundbuch angeordnet wird, dagegen erst mit dem Eingang eines ohne Hindernis zu erledigenden Eintragungsantrags beim Grundbuchamte (OLG. **9** 84, **13** 231). S. auch JDR. **7** 1, **8** 1, **9** 1.

3. a) Spitzauer, BayRpflZ. **11** 761. Im Falle formloser Behändigung des Arrestbefehls an den Arrestkläger wird die Monatsfrist des § 929 Abs. 2 ZPO. sofort mit der Behändigung in Lauf gesetzt. Nur so wird eine zeitlich unbegrenzte Vollziehung ausgeschlossen. Ebenso Seuffert 117 II, 691. Die herrschende Meinung (Gaupp-Stein [8/9] 806, Neukamp [2] 1095, Struckmann-Koch

[9] 900, Freudenthal [3] 841) läßt die Frist erst von Zustellung an den Gegner an laufen. Verf. führt aus, daß weder **RG. 11** 404 noch JW. **88** 425, noch § 221 Abs. 2 ZPO. die Ansicht stützen. S. auch JDR. **4** 1, **5** I. **b)** OLG. **23** 231 (KG.). Wird die Arrestanordnung von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht (§§ 921 Abs. 2, 925 Abs. 2), so muß binnen der Frist des § 929 Abs. 2 auch die Sicherheit geleistet sein, da erst durch sie der Arrestkläger einen zur Vollziehung geeigneten Titel erlangt. Ist nur die Vollziehung von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht, so muß binnen der Frist die Sicherheit geleistet und die darüber aufzunehmende Urkunde dem Gegner zugestellt sein (§§ 928, 751 Abs. 2). **c)** OLG. **23** 232 (KG.). Durch die Erhebung des Widerspruchs wird der Lauf der Frist des § 929 Abs. 2 nicht gehemmt; mit dem den Arrest bestätigenden Urteile beginnt keine neue Frist (Gaupp-Stein § 929 Abs. 2 Satz 1). — Auch wenn eine anderweitige Vollziehung des Arrestes während des Widerspruchsverfahrens wegen Fristablaufs unzulässig geworden ist, kann der Antragsteller im Hinblick auf § 945 ein Interesse daran haben, durch Urteilsspruch festgestellt zu sehen, daß die Anordnung des Arrestes nicht von Anfang an ungerechtfertigt war.

4. **a)** **RG.** LeipzZ. **11** 384, JW. **11** 364. Die Arrestvollziehung muß innerhalb der Frist des § 929 Abs. 2 beendet sein. Die vereinzelt in der Literatur vertretene Meinung, es genüge der Beginn der Vollziehung widerspricht dem Wortlaut und Zwecke des Gesetzes. **b)** KGJ. **41** A 241 (KG.). Soll in Vollziehung eines Arrestbefehls eine Briefhypothek gepfändet werden, so muß innerhalb der Frist des § 929 Abs. 2 nicht nur der Pfändungsbeschluß erlassen, sondern auch die Übergabe des Hypothekenbriefs erfolgt sein (§ 830). Ebenso Gaupp-Stein (8/9) § 929 Anm. II 2; aM. Güthe, GBO. (2) § 19 Anm. 130. **c)** ElsLothJZ. **11** 196 (Colmar). Die Frist des § 929 Abs. 2 wird schon durch die Ladung zur Ableistung des im Arrestverfahren angeordneten Offenbarungseids gewahrt. Denn die Bestimmung will nur eine ungebührliche Verzögerung verhüten. Auf das Verfahren zwecks Eidesleistung hat der Gläubiger aber nicht allein Einfluß. Ebenso OLG. **22** 373 (Kiel). AM. OLG. **14** 200, Gaupp-Stein (8/9), welche verlangen, daß die Eidesleistung oder die Anordnung der Haft noch in die Frist fällt; auch OLG. **19** 162 (KG.) s. JDR. **8** 3 b und HessRspr. **11** 172 (LG. Mainz). **d)** BadRpr. **11** 57 (Karlsruhe). Zur Wahrung der Frist des § 929 Abs. 2 genügt die Vorpfändung (§ 845), falls dieser die gerichtliche Pfändung innerhalb der 3 Wochen des § 845 Abs. 2 nachfolgt (aM. Gaupp-Stein [8/9] bei Anm. 36 zu § 845 und dort Zitierte). S. auch JDR. **1** 3, **6** II 1.

5. FrankfRundsch. **45** 149 (Frankfurt). Daß die Vollziehung der einstweiligen Verfügung nach § 929 Abs. 2 unzulässig geworden ist, kann im Verfahren über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung zum Zwecke der Erlangung der Aufhebung der Verfügung geltend gemacht werden (Gaupp-Stein [8/9] § 927 Anm. 15, § 942 Anm. 16).

6. WürttRpflZ. **11** 130 (Stuttgart). Wird die einstweilige Verfügung vor ihrer Zustellung vollzogen und erfolgt die Zustellung nicht binnen einer Woche, so verliert die Vollziehung ihre Wirkung und der Schuldner kann die Beseitigung der vorgenommenen Vollstreckungshandlungen im Wege der Erinnerung nach § 766 verlangen (**RG.** JW. **89** 232).

§ 930. ElsLothJZ. **11** 117 (Colmar). Der Überleitung von Vollziehungsmaßregeln aus dem Arrest- in das gewöhnliche ZwV.verfahren steht an sich kein Hindernis entgegen. Es kann also auf Grund einer Arrestpfändung, wenn die Vorbedingungen für die Einleitung der ZwV. erfüllt sind, demnächst im ZwV.verfahren eine Überweisung der gepfändeten Forderung erfolgen. S. auch unten zu § 932.

§ 931. RJA. **11** 17, KGJ. **40** A 94, ZBlFG. **12** 53, R. **11** Nr. 3323 (KG.). Während sonst eingetragene Schiffe der ZwV. in das unbewegliche Vermögen unter-

liegen (§ 864), richtet sich die Vollziehung eines Arrestes in ein solches Schiff gemäß §§ 931, 930 nach den Vorschriften über ZwV. in das bewegliche Vermögen. Erfolgt demgemäß nach § 930 Abs. 3 wegen drohender Wertminderung auf Anordnung des Vollstreckungsgerichts eine Versteigerung des Schiffes durch den Gerichtsvollzieher, so erlöschen (entgegen §§ 91, 162 ZVG.) die eingetragenen Schiffspfandrechte nicht. Diese erlöschen auch nicht nach den Grundsätzen des gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerbes von Fahrnis (§ 936 BGB.), bleiben vielmehr nach § 1262 Abs. 1 BGB. bestehen, auch wenn der Erwerber in gutem Glauben ist.

§ 932. RJA. **11** 54, KGJ. **40** A 314, ZBlFG. **12** 80, SeuffBl. **11** 281 (KG.). Die Arresthypothek, die eine Höchstbetragshypothek im Sinne des § 1190 BGB. ist, kann in eine Zwangssicherungshypothek (§§ 866 Abs. 1, 867 ZPO.) umgewandelt werden, sobald der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel für seine Forderung erlangt hat. Zur Umwandlung genügt, da der Gläubiger seine rechtliche Stellung lediglich verbessert, sein formloser Antrag und Vorlegung des Titels. Eine Umwandlung kraft Gesetzes findet nicht statt. Zinsen über den Höchstbetrag hinaus dürfen erst vom Tage der Eintragung der Umwandlung an eingetragen werden (KGJ. **31** A 337).

§ 935. 1. a) **RG.** R. **11** Nr. 383. Solange der Verkäufer noch im Besitze der Kaufsache ist, ist trotz inzwischen erfolgten anderweitigen Verkaufes, zur Sicherung des Rechtes des Erstkäufers aus § 433 BGB. eine einstweilige Verfügung zulässig. **b**) OLG. **23** 235 (Braunschweig). Der Individualanspruch des Hypothekengläubigers auf die Mieten kann, wenn seine Verwirklichung durch drohende Verfügungen des Schuldners gefährdet wird, durch einstweilige Verfügung geschützt werden. Der beste Weg ist die Anordnung der ZwV.verwaltung. Diese ist nicht nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1134 BGB. zulässig. Der Arrest, der mehrfach (Gaupp-Stein, Petersen zu § 938 ZPO., Staudinger I 36 zu § 1123 BGB.) zur Sicherung der Vollstreckung in die Mietzinsen für allein zulässig gehalten wird, hat den Nachteil, daß er für die Folge unwirksam wird, wenn ein anderer, besonders ein vorgehender Hypothekar die ZwV.verwaltung und damit die Verteilung der Einkünfte nach der Rangordnung der §§ 10 Nr. 1—5, 155 Abs. 2 ZVG. herbeiführt. **c**) RheinARV. **28** 102 (LG. Cöln). Zur Sicherung des Anfechtungsanspruchs, der auf eine Individualleistung geht, kann eine einstweilige Verfügung erlassen werden. Die Sicherung kann aber nicht durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch erfolgen, da der Anfechtungsanspruch nicht zu den eintragungsfähigen Rechten des § 883 BGB. gehört (**RG. 60** 423, **67** 39, KGJ. **20** 90), sondern nur durch Eintragung eines Veräußerungsverbots (§§ 892 Abs. 1 Satz 2, 894, 135, 136 BGB.; **RG. 67** 41, Achilles-Strecker, GBO. 25 ff., 129, 130, 183). S. auch JDR. **1** 1, **7** I 2, **9** 1 f, g.

2. OLG. **23** 234, R. **11** Nr. 594 (Naumburg). Einstweilige Verfügungen sind nur in Beziehung auf den Streitgegenstand, nicht in bezug auf Beweismittel (z. B. zwecks Herbeischaffung von Urkunden) zulässig.

3. KGBl. **11** 71 (KG.). Ist vor Erlaß der beantragten einstweiligen Verfügung der Grund für diese weggefallen, so kann im anhängigen Verfahren selbständig über die Kosten allein durch Urteil entschieden werden.

4. Anordnung aus § 769 auf Grund eines Antrags auf einstweilige Verfügung s. oben zu § 769 Nr. 1 c.

§ 937. 1. PosMSchr. **11** 82 (Posen). Gericht der Hauptsache für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung, durch die dem Werkmeister das Recht auf die Sicherungshypothek durch Vormerkung gesichert werden soll, ist das für die Klage auf Eintragung der Hypothek zuständige, nicht dasjenige, bei welchem auf Zahlung der Bauhandwerkerforderung geklagt ist (**RG. 30** 351, **62** 64, **26** 288, Gaupp-Stein § 919 Anm. 1).

2. a) OLG. **23** 236 (Braunschweig). Für einstweilige Verfügungen, die dem Manne die Zahlung eines Kostenvorschusses aufgeben, ist auch in Scheidungssachen nicht das Scheidungsgericht (§ 627), sondern das Gericht der Hauptsache (§§ 937, 943) zuständig. Als Hauptsache ist aber derjenige Anspruch anzusehen, der durch die Verfügung unmittelbar gesichert werden soll (**RG. 45** 348, **50** 345). **b**) AM. OLG. **23** 237 (München). Die Entscheidung über den Kostenvorschuß gehört zur Zuständigkeit desjenigen Gerichts, bei dem der Scheidungsprozeß anhängig ist, auch wenn der Vorschuß verlangt wird, um die durch einstweilige Verfügung gemäß § 627 geregelte Unterhaltspflicht in einer anderen Instanz weiter zu verfolgen.

3. OLG. **23** 236 (München). Gegen die Entscheidung, die im Falle des § 937 entgegen dem Antrage mündliche Verhandlung anordnet, findet Beschwerde nicht statt (**RG. 54** 349).

§ 938. 1. OLG. **23** 228, SeuffBl. **11** 284 (München). Trotz des weiten Spielraums des § 938 darf keine Maßregel angeordnet werden, die auch nach rechtskräftiger Feststellung des Anspruchs nicht vollzogen werden dürfte (Gaupp-Stein I zu § 938). Zur Sicherung eines Anspruchs auf Herausgabe einer beweglichen Sache kann deshalb kein Sicherheitsarrest (§ 918) angeordnet werden.

2. **a**) FrankfRundsch. **45** 141 (Frankfurt). Ein auf dem Anfechtungsgesetze beruhender Anspruch kann nicht durch Eintragung einer Vormerkung nach § 883 BGB., sondern nur durch eine ein Veräußerungsverbot enthaltende einstweilige Verfügung gesichert werden, denn nach § 7 AnfG. steht dem Anfechtungsberechtigten ein Anspruch der im § 883 BGB. gedachten Art nicht zu (vgl. **RG. 60** 423, **67** 40, **70** 178). **b**) Ebenso SchlHolstAnz. **11** 111 (Kiel). Geht der Anfechtungsanspruch auf Befriedigung aus einer für den Antragsgegner eingetragenen Hypothek, so ist gleichzeitig anzuordnen, daß dieser den Hypothekenbrief behufs Vorlegung beim Grundbuchamte herausgibt (§ 42 GBO.). Diese Anordnung ist nach § 883 ZPO. zu vollstrecken. S. auch oben zu § 935 Nr. 1 c.

3. PosMSchr. **11** 68 (Königsberg) tritt der herrschenden Meinung bei, daß durch eine auf Grund des § 1134 Abs. 2 BGB. erlassene einstweilige Verfügung eine Zwangsverwaltung im Sinne der §§ 146 ff. ZVG. angeordnet werden kann (vgl. Jäckel-Güthe § 146 ZVG. Anm. 1, Gaupp-Stein [8/9] § 938 Anm. I 1, RGRKomm. zu § 1134 BGB. Anm. 6, **RG. 52** 140). S. auch JDR. **1** 1, **3** II 1, **4** II, **7** 1, **8** 1, **9** 1 a.

4. OLG. **23** 238, SeuffBl. **11** 802 (München). Die Löschung einer für den Antragsgegner eingetragenen Hypothek kann auch gegen Sicherheitsleistung im Wege der einstweiligen Verfügung nicht angeordnet werden.

5. SchlHolstAnz. **11** 140 (Hamburg). Soweit Handlungen des Grundbuchamts tatsächliche und rechtliche Einwirkungen auf die materiellen Rechtsverhältnisse ausüben, ist das Grundbuchamt verpflichtet, einer vom Gericht erlassenen einstweiligen Verfügung auch über den Rahmen der §§ 25, 39, 42 GBO., § 941 ZPO. hinaus Folge zu leisten.

§ 939. 1. OLG. **23** 238 (Colmar). § 923 ist für einstweilige Verfügungen durch § 939 ersetzt. Danach kann nicht von vornherein in einer einstweiligen Verfügung angeordnet werden, daß der Antragsgegner durch Hinterlegung einer bestimmten Summe die Vollziehung hemmen könne und alsdann zum Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung berechtigt sein solle. Liegen besondere Umstände vor, welche die Aufhebung gegen Sicherheit rechtfertigen, so kann diese nur nach vorheriger mündlicher Verhandlung durch Urteil erfolgen.

2. (§§ 936, 927.) SächsOLG. **32** 351. Die Löschung der auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragenen Vormerkung einer Hypothek kann nur durch Aufhebung der einstweiligen Verfügung erlangt werden (§§ 936, 927; **RG. 55** 141). Auf Grund des die einstweilige Verfügung aufhebenden, von Amts wegen für vor-

läufig vollstreckbar zu erklärenden Urteils (§ 708 Nr. 5) erlangt der Grundstückseigentümer die Löschung ohne Bewilligung des eingetragenen Berechtigten (§ 25 GBO.). Eine Klage auf Löschung der Vormerkung — ohne vorgängige Aufhebung der einstweiligen Verfügung — ist unzulässig.

§ 940. 1. Anwendungsfälle. a) KGJ. **40** A 137, SeuffBl. **11** 639 (KG.). Ob durch einstweilige Verfügung die Verwaltung und Nutznießung des Mannes am eingebrachten Gute der Frau — einstweilen — aufgehoben werden kann, ist streitig (bejahend: **RG.** GuchotsBeitr. **46** 950, OLG. **4** 163 [Darmstadt], Ullmann, JW. **02** 205, Staudinger, BGB. [5/6] § 1418 Anm. 5 c, Neumann, BGB. [5] § 1418 Anm. I 3; verneinend: Planck [3] § 1418 Anm. 10, RGRäte § 1418 Anm. 12). KG. läßt es dahingestellt. Hat aber das Prozeßgericht eine einstweilige Verfügung dieses Inhalts erlassen, so ist sie für das Grundbuchamt bindend (KGJ. **27** A 28). Die rechtliche Tragweite einer solchen einstweiligen Verfügung geht nicht nur — wie KGJ. **27** A 27 (KG.) angenommen — dahin, daß die Frau nur solche Maßregeln vornehmen könne, die in den Rahmen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft fallen, sondern dahin, daß sie von allen sonst durch das Recht des Mannes bewirkten Beschränkungen frei ist. S. auch JDR. **1** I 6—8, **7** 2. b) OLG. **23** 234 (Naumburg) = R. **10** Nr. 1141 s. JDR. **9** 1 d. Einstweilige Verfügung gegen Ausübung der Jagd seitens der Jagdberechtigten während eines Rechtsstreits über die Gültigkeit des Austauschens von Jagdparzellen. — Kostenvorschußpflicht des Ehemanns: c) BraunschwZ. **11** 15 (Braunschweig). Der Grundsatz, daß im Zweifel der gesetzliche Güterstand der Verwaltung und Nutznießung anzunehmen sei (**RG.** JW. **06** 167, 386, DJZ. **09** 661), gilt für vor 1900 geschlossene Ehen nicht. Nach § 73 BraunschwAGBGB. gilt für frühere dotalrechtliche Ehen seit 1900 im Zweifel Gütertrennung. Für solche Ehen besteht deshalb keine Vorschußpflicht des Mannes. d) BreslauAK. **11** 91 (Breslau). Mangels Notlage keine einstweilige Verfügung über die Kostenvorschußpflicht des Mannes, wenn der Frau das Armenrecht bewilligt ist. e) NaumburgAK. **11** 88 (LG. Halle) läßt dahingestellt, ob die Ehefrau, der das Armenrecht bewilligt ist, überhaupt gegen den Mann einen Anspruch auf den Prozeßkostenvorschuß hat (verneinend SeuffA. **63** 423 [Dresden]; aM. SeuffA. **62** 40 [Hamburg]); jedenfalls ist in solchem Falle mangels dringenden Bedürfnisses eine einstweilige Verfügung nicht zulässig. f) OLG. **23** 233 (Hamburg). Ist schon ein Urteil erlassen, so fehlen regelmäßig die Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung in Ansehung der in der Instanz der Frau erwachsenen Kosten. — Wegen der Zuständigkeit zu c—f s. oben zu § 937 Nr. 2 und im übrigen s. auch JDR. **3** III 1, **4** 1 f, **5** 4, **6** II 3, **7** I 4, **8** 2, **9** 1 k—n. g) *Reichel, Unklagbare Ansprüche 34. Die einstweilige Verfügung kann auch dahin gehen, daß dem Antragsgegner die klageweise Geltendmachung eines gewissen ihm angeblich zustehenden Anspruchs auf Zeit untersagt wird; es liegt alsdann ein Fall eines „unklagbaren Anspruchs" vor.

2. **RG. 74** 158. Wenn auch § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB. die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines künftigen Anspruchs zuläßt, so kann eine solche Eintragung durch einstweilige Verfügung doch nur angeordnet werden, wenn dem Antragsteller gegen den Antragsgegner bereits ein im Klagewege verfolgbarer Anspruch zusteht. Denn die einstweilige Verfügung müßte nach §§ 926, 936 aufgehoben werden, wenn der Antragsteller nicht innerhalb der ihm auf Antrag des Gegners gesetzten Frist Klage erhöbe.

3. OLG. **23** 394 (Düsseldorf). Derjenige, der aus § 14 UnlWG. eine einstweilige Verfügung nachsucht, muß glaubhaft machen, daß die vom Gegner behaupteten Tatsachen nicht erweislich wahr sind, obwohl im Hauptprozesse der Gegner für die Wahrheit beweispflichtig ist (Rosenthal-Wehner § 14 Nr. 17). Es

gilt hier dasselbe wie bei der einstweiligen Verfügung zum Schutze eines Dritten dem Patentverletzung vorgeworfen wird, gegen den Patentinhaber (I s a y 177, S e l i g s o h n 21 Nr. 4 zu § 4 PatG., SeuffA. **60** 38, JW. **07** 750).

§ 941. RJA. **11** 48, KGJ. **41** A 272, OLG. **22** 402, HansGZ. **11** Beibl. 1 (Hamburg). Aus § 941 ZPO., §§ 25, 39, 42 GBO. ist der allgemeine Grundsatz zu entnehmen, daß das Grundbuchamt durch einstweilige Verfügung des ordentlichen Gerichts gebunden ist. Es ist nicht Sache des Grundbuchamts, die einstweilige Verfügung auf ihre sachliche Berechtigung zu prüfen.

§ 942. 1. SeuffA. **66** 255 (Dresden). Gericht der Hauptsache im Sinne des § 942 Abs. 1 ist das mit der Hauptklage tatsächlich befaßte, wenn auch für sie unzuständige Gericht. Ein Gericht, bei dem zurzeit der Ladung zur mündlichen Verhandlung die Hauptsache noch nicht anhängig ist, wird Gericht der Hauptsache im Sinne des § 942, wenn die Hauptsache bei ihm anhängig wird, während das Bestätigungsverfahren noch schwebt. § 263 Nr. 2 verhütet nur den Wegfall der anfangs begründeten Zuständigkeit, steht aber der nachträglichen Begründung der anfangs fehlenden Zuständigkeit nicht entgegen (**RG. 52** 136).

2. OLG. **23** 240 (Dresden). Für die Fristsetzung aus § 942 Abs. 2 Satz 2 ist nur das AG. zuständig, das die einstweilige Verfügung erlassen hat.

3. **a**) SächsOLG. **32** 142 (Dresden). Die Aufhebung der einstweiligen Verfügung wegen Versäumung der Frist des § 942 Abs. 1 kann auch in dem Verfahren über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung erfolgen (**RG. 67** 159). Da die Ladung zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung eine Prozeßhandlung im Sinne von §§ 230 ff. ist und die Aufhebung nach § 942 Abs. 3 nur auf Antrag zu verfügen ist, so kann die Ladung auch nach Ablauf der Frist so lange nachgeholt werden, bis der Antrag auf Aufhebung gestellt ist (§ 231). **b**) Ebenso FrankfRundsch. **45** 149 (Frankfurt). **c**) OLG. **23** 239, SeuffBl. **11** 140 (München). Der Beschluß des AG., durch welchen dessen nach § 942 Abs. 2 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Abs. 3 wegen Fristablaufs wieder aufgehoben wird, ist keine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung, steht daher einer Erneuerung des Antrags nicht entgegen. Gegen Mißbrauch des Gläubigers schützt den Schuldner die Möglichkeit, daß er jederzeit — unter ausdrücklicher Erhebung des Widerspruchs oder auch ohne solche — den Gläubiger zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung vor das Gericht der Hauptsache laden kann (**RG. 67** 159). **d**) SeuffBl. **11** 217 (Nürnberg). Dadurch, daß der A n t r a g s g e g n e r den Antragsteller zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung vor das Gericht der Hauptsache lädt (**RG. 67** 159), wird eine Ladung seitens der Antragstellerin entbehrlich (S e u f f e r t zu § 942).

4. OLG. **23** 239 (Breslau). Wird der Antragsteller nach Erlassung der vorläufigen einstweiligen Verfügung des AG. aus § 942 b e f r i e d i g t, so kann die einstweilige Verfügung nicht mehr für rechtmäßig erklärt werden. Der Antragsteller hat nach § 91 die Kosten zu tragen. S. oben zu § 925 Nr. 3 a.

5. L a n d a u, BayRpflZ. **11** 114, führt gegen die abweichende Entscheidung eines OLG. aus, daß eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Sicherungshypothek für eine Bauforderung, die auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen sei, — abgesehen von dem Falle der Löschungsbewilligung des Berechtigten —, nur auf Grund einer die einstweilige Verfügung aufhebenden Entscheidung gelöscht werden dürfe. Diese Entscheidung könne lediglich auf dem Wege des Widerspruchs, allenfalls des § 942 ZPO. herbeigeführt werden und könne nicht durch ein Urteil auf Grund der materiell-rechtlichen Vorschriften der §§ 886 894 oder 1004 BGB. ersetzt werden. S. oben zu § 924 Nr. 4.

6. HessRspr. **12** 91 (LG. Mainz). Das Verfahren vor dem AG. und dem Gerichte der Hauptsache bildet im Falle des § 942 bezüglich der Gerichts- und Anwaltsgebühren nur eine Instanz.

§ 943. 1. a) SeuffA. **66** 48 (Dresden). Mit der Zustellung des Urteils verliert das Berufungsgericht seine Eigenschaft als Gericht der Hauptsache im Sinne der §§ 919, 937, 943. Das erstinstanzliche Gericht ist dann wieder für die Anordnung des Arrestes und der einstweiligen Verfügung zuständig. **RG.** (VZ.) **68** 250 trifft eine abweichende Entscheidung nur für den Fall des § 246. — Ebenso **b**) OLG. **23** 238 (Hamburg).

2. OLG. **23** 187, SeuffA. **66** 338 (München). Wird die einstweilige Verfügung vom LG. als Berufungsgericht durch Urteil erstmalig erlassen, während sich die Hauptsache bei ihm in der Berufungsinstanz befindet, so ist dagegen die Berufung nicht zulässig, da ein solches Rechtsmittel auch für die Hauptsache nicht gegeben ist (ebenso OLG. **15** 147 (Stuttgart), Gaupp-Stein, Seuffert, Struckmann-Koch, Petersen zu § 922).

§ 945. 1. a) **RG.** LeipzZ. **11** 931, JW. **11** 819, WarnE. **11** 462, SeuffBl. **11** 795, DJZ. **11** 1391, R. **11** Nr. 3541. Ist der Hauptanspruch hinfällig, so ist die darauf gestützte einstweilige Verfügung immer von Anfang an ungerechtfertigt (**RG. 67** 372, JDR. 7). Dies gilt auch, wenn die einstweilige Verfügung im Widerspruchsverfahren rechtskräftig bestätigt worden ist. Nur dann, wenn die einstweilige Verfügung aufgehoben ist, bindet die darüber im Widerspruchsverfahren erlassene Entscheidung den über den Schadensersatzanspruch entscheidenden Prozeßrichter. Die rechtskräftige Bestätigung der einstweiligen Verfügung dagegen bindet das Prozeßgericht nur insofern, als das Vorhandensein des Grundes der einstweiligen Verfügung nicht hinterher wieder in Zweifel gezogen werden darf (**RG. 67** 365); sie enthält aber über das Vorhandensein des Hauptanspruchs nur eine vorläufige Entscheidung. **b**) HansGZ. **11** Beibl. 2 (Hamburg). Solange der Arrest oder die einstweilige Verfügung nicht durch gerichtliche Aufhebung oder in anderer Weise beseitigt ist, ist der Schadensersatzanspruch aus § 945 nicht fällig. Solange kann deshalb der Arrestgläubiger die Zinsscheine der von ihm zur Sicherheit hinterlegten Wertpapiere herausverlangen (§§ 1296, 1228 Abs. 2, 233 BGB.). **c**) Levis, LeipzZ. **11** 765. „Von Anfang an ungerechtfertigt" ist eine einstweilige Verfügung nur dann, wenn ein Urteil, das zu gleicher Zeit im ordentlichen Verfahren ergangen wäre, abweichend hätte lauten müssen. Eine auf ein Patent gestützte einstweilige Verfügung darf also nicht schon deshalb, weil das Patent nachträglich für nichtig erklärt wird, als von vornherein ungerechtfertigt betrachtet werden. Die Nichtigkeitserklärung begründet daher nicht ohne weiteres die Schadensersatzpflicht aus § 945.

2. **RG.** BayRpflZ. **11** 385, WarnE. **11** 461, GruchotsBeitr. **55** 1078, JW. **11** 659, R. **11** Nr. 3118. Die Schadensersatzpflicht aus § 945 umfaßt ebenso wie die aus § 717 Abs. 2 (vgl. zu § 655 Abs. 2 aF., **RG. 49** 414) auch die Kosten, welche dem Gegner durch die Vollziehung der einstweiligen Verfügung entstanden sind, so die im ZwV.verfahren beigetriebenen und die durch Eintragung einer Vormerkung entstandenen Kosten.

3. **RG.** R. **11** Nr. 3540. Durch den Vollzug der einstweiligen Verfügung entsteht begriffsmäßig kein Schaden, wenn die durch sie erzwungene Unterlassung einer Vertragspflicht entspricht (**RG. 65** 66).

4. a) OLG. **23** 242 (Hamburg). Daraus, daß der Arrestbeklagte es unterlassen hat, die Vollziehung des Arrestes durch Hinterlegung abzuwenden, kann ein für den entstandenen Schaden mitwirkendes Verschulden nicht erblickt werden. **b**) Einfluß der Hinterlegung von Wertpapieren statt Geld (§ 923) auf den Schadensersatzanspruch wegen Kursverlustes s. oben zu § 923 Nr. 2.

5. **RG. 74** 249 = JW. **10** 1008, s. JDR. **9** 1. Der Schadensersatzanspruch aus § 945 unterliegt der dreijährigen Verjährung des § 852 BGB. Ebenso **RG.** JW. **11** 153, WarnE. **11** 89, BayRpflZ. **11** 118, SächsRpflA. **11** 79, PosMSchr. **11** 11 und SächsOLG. **32** 65 (Dresden).

6. SchlHolstAnz. **11** 209 (Kiel). In dem unbegründeten Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung kann verbotene Eigenmacht im Sinne des § 862 BGB. niemals, ein Verstoß gegen § 826 BGB. nur dann erblickt werden, wenn der Antragsteller wissentlich einen unberechtigten Anspruch verfolgt.

Neuntes Buch. Aufgebotsverfahren.

§ 957. **RG.** WarnE. **11** 94, R. **11** Nr. 596. Die sofortige Rechtskraft des Ausschlußurteils gilt auch für das Aufgebot zwecks Todeserklärung (§§ 960, 973).

§ 962. Coenen, BuschsZ. **42** 198. Der Aufgebotsantrag zum Zwecke der Todeserklärung eines Erben kann auch von dem Testamentsvollstrecker gestellt werden, wenn die Todeserklärung zwecks Ausführung der Auseinandersetzung (§ 2204 BGB.) erforderlich ist. Ebenso AG. Paderborn aaO.

§ 974. **RG. 74** 327 = JW. **11** 104, s. JDR. **9**. Die Anfechtungsklage ist, wenn ein Verschollener auf Antrag eines Abwesenheitspflegers für tot erklärt ist, nicht gegen den früheren Pfleger, sondern gegen den Staatsanwalt zu richten.

§ 1003. Literatur: Rönneberg, Zulässigkeit und praktische Bedeutung des Aufgebotsverfahrens bei Verlust von Lotterielosen, GoldschmidtsZ. **70** 219—265.

Rönneberg gelangt in eingehender Erörterung an der Hand eines Rechtsfalls zu dem Ergebnisse: Das Aufgebotsverfahren ist bei Verlust von Lotterielosen, da sie regelmäßig Inhaberpapiere im Sinne des § 793 BGB. sind, zulässig und wird auch nicht durch die Klausel, daß der Gewinn ausfällt, wenn das Los nicht binnen bestimmter Frist vorgelegt wird, ausgeschlossen. Es hat aber wenig praktische Bedeutung. Denn da die Verfallfrist fast nie mehr als 6 Monate beträgt und durch Zahlungssperre nicht gehemmt wird, kann ein Ausschlußurteil von einem Spieler, der erst nach der Ziehung das Aufgebotsverfahren betreibt, innerhalb der Verfallfrist nicht erwirkt werden.

§ 1018. Rönneberg 226. Durch das Ausschlußurteil wird die Inhaberposition desjenigen, der das Urteil erwirkt hat, unwiderlegbar festgestellt. Demgegenüber ist also der Einwand, er sei niemals Inhaber gewesen, unzulässig.

Zehntes Buch. Schiedsrichterliches Verfahren.

§§ 1025 ff. Literatur: Haeger, Schiedsgerichte für Rechtsstreitigkeiten der Handelswelt. Berlin 1910. — Haffner, Das ständige kaufmännische Schiedsgericht. Berlin 1911. — Schultzenstein, Verhältnis zwischen schiedsrichterlichem und zivilprozessualem Verfahren, BuschsZ. **41** 351—369.

1. a) *Schultzenstein. Untersucht wird das Verhältnis zwischen dem schiedsrichterlichen Verfahren und dem zivilprozessualen unter Scheidung der drei Fälle, daß der Schiedsvertrag geschlossen wird, bevor es zu einem zivilprozessualen Verfahren gekommen, während ein solches bereits und noch anhängig oder nachdem es beendet ist. Der Abschluß eines Schiedsvertrags während eines bereits anhängigen Zivilprozesses ist lediglich so zulässig, daß das schiedsrichterliche Verfahren stets ganz von vorn zu beginnen hat, als wäre noch kein Zivilprozeß anhängig geworden. Der Abschluß nach Beendigung eines Zivilprozesses ist nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen möglich. b) **RG.** WarnE. **11** 338. Nur im Wege und im Rahmen von Schiedsverträgen können durch Privatabkommen Rechtsstreitigkeiten den ordentlichen Gerichten entzogen werden. Abgesehen hiervon kann § 13 GVG. durch Privatvereinbarung nicht durchbrochen werden. c) **RG.** R. **11** Nr. 3222.

Einem öffentlich-rechtlichen Schiedsgerichte können auch privatrechtliche Streitigkeiten unterworfen werden.

2. a) OLG. **23** 244 (Hamburg). Ergibt der Vertrag klar, daß den berufenen Personen die Abgabe einer endgültigen, das gerichtliche Verfahren ausschließenden Entscheidung über Rechtsstreitigkeiten, nicht nur über technische Fragen, übertragen werden sollte, so schließt die Bezeichnung jener Personen als „Sachverständige" die Annahme eines Schiedsvertrags nicht aus. — Ebenso **b**) OLG. **23** 245 (Celle). **c**) OLG. **23** 253 (Hamburg). Die Vereinbarung einer „Arbitrage", durch die „alle Qualitäts- und anderen Differenzen zu erledigen sind", enthält eine Schiedsgerichtsklausel. **d**) OLG. **23** 245 (München). Die „amichevoli compositori" der italienischen ZPO. Artt. 20, 28, 31 sind wahre Schiedsrichter. **e**) **RG.** R. **11** Nr. 2959. Ist in Gesellschaftsstatuten bestimmt, daß vor Anrufung des Schiedsgerichts die Generalversammlung eine Vorentscheidung zu erlassen hat, so ist — trotz Bezeichnung der Generalversammlung als erste Schiedsgerichtsinstanz — als eigentliches Schiedsgericht erst das nach der Vorentscheidung anzurufende Schiedsgericht anzusehen. **f**) **RG.** R. **11** Nr. 3221. Ist in einem Schiedsvertrag auf anderweitige, demnächst zu revidierende Organisationsnormen Bezug genommen, so binden die später revidierten Normen die Parteien auch ohne Kenntnis der Einzelheiten.

3. **RG.** JW. **11** 459, R. **11** Nr. 1970. Daraus, daß die Parteien auf die Befolgung der für die Wirksamkeit eines Schiedsspruchs im § 1039 vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht verzichten können, ist zu entnehmen, daß es kein Schiedsvertrag ist, wenn die Parteien vereinbaren, daß ein Sachverständiger eine Entscheidung treffen und dann auf Grund derselben zur Beendigung des Rechtsstreits vor dem Gericht ein Vergleich geschlossen werden soll.

4. a) Haffner. Eine Schiedsklausel ist nichtig, wenn sie dazu dienen soll, gesetzliche Formvorschriften durch Scheinprozesse von dem Schiedsgericht illusorisch zu machen, und wenn durch sie einem gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßenden Vertrag Erzwingbarkeit verschafft werden soll (12). Dasselbe gilt für die verbotenen Differenzgeschäfte (42). — Nichtig ist auch eine Bestimmung, welche den Schiedsrichtern vorschreibt, zwingende Gesetzesvorschriften (z. B. über die Form der Verträge) nicht zu beachten. Ob damit der ganze Schiedsvertrag nichtig wird, ist nach § 139 BGB. zu entscheiden (13). **b**) OLG. **23** 247 (Rostock) = SeuffA. **65** 1 f. JDR. **9** 5. Kein Verstoß gegen die guten Sitten, wenn zwei Inländer sich einem ausländischen Schiedsgericht unterwerfen. Vollstreckungsurteil. Klage auf Erfüllung des Schiedsspruchs.

5. a) OLG. **23** 244 (Hamburg). Selbständige im Bauvertrage nicht vorgesehene Bauten fallen, auch wenn sie demselben wirtschaftlichen Zwecke dienen wie die im Vertrage bezeichneten, nicht ohne weiteres unter die im Vertrag enthaltene Schiedsklausel. **b**) MecklZ. **29** 432 (Rostock) betrifft Umfang der Schiedsgerichtsklausel, wenn „alle Ansprüche, die von Gesellschaftern als solchen gegeneinander erhoben werden", darunter fallen sollen.

6. a) OLG. **23** 248 (Cassel). Auch der von den Schiedsrichtern gemäß dem Schiedsvertrage zugezogene Obmann erlangt einen unmittelbaren Anspruch auf Vergütung gegen die Parteien. **b**) BadRpr. **11** 2 (Karlsruhe). Die Schiedsrichter sind kraft Gesetzes nicht befugt, über die Höhe der ihnen selbst zukommenden Vergütung zu entscheiden. Ob ihnen eine solche Befugnis im Schiedsvertrag übertragen werden kann, bleibt unerörtert. S. auch JDR. **6** 8, **9** 7.

7. a) Haffner. 14. Ein Schiedsrichter ist nur dann schadensersatzpflichtig, wenn er sich bei dem Schiedsspruche vorsätzlich zu Gunsten oder zum Nachteil einer Partei einer Beugung des Rechtes schuldig macht (§ 839 Abs. 2 BGB., § 336 StGB.; **RG. 65** 176). Entspricht es dem Willen der Parteien, daß der Schieds-

richter eine zwingende materielle Gesetzesbestimmung nicht beachtet, so ist er für die in Beachtung dieses Parteiwillens begangene Gesetzesverletzung nicht haftbar, z. B. wenn er den Differenzeinwand nicht berücksichtigt. **b)** SeuffA. **66** 125, OLG. **23** 248 (Cassel). Der Schiedsrichtervertrag (receptum arbitri) ist ein dem Dienstvertrage verwandter, von ihm aber in wesentlichen Punkten abweichender Vertrag, der eine selbständige Regelung im BGB. nicht gefunden hat. Dem Schiedsrichter wird von den Parteien vertragsmäßig bezüglich des zu entscheidenden Streites die Stellung eines Staatsrichters eingeräumt, nur steht er hinsichtlich des materiellen und Prozeßrechts noch freier. Er haftet daher nur für Vorsatz. Fahrlässige Außerachtlassung wichtiger Tatumstände und rechtlicher Vorschriften (z. B. über das Gehör) begründet weder einen Anspruch auf Schadensersatz noch ein Recht zur Verweigerung der Vergütung.

§ 1026. 1. BreslauAK. **11** 17 (Breslau). Ein Schiedsvertrag über künftige Rechtsstreitigkeiten darf nach § 1026 nicht ganz unbestimmt sämtliche zwischen den Parteien etwa entstehende Streitigkeiten umfassen. Die hiernach an sich ungültige Bestimmung des § 4 der Statuten der Vereinigung Schlesischer Getreide- usw. Interessenten kann gleichwohl für ein einzelnes Rechtsgeschäft durch stillschweigende Vereinbarung die Wirkung eines Schiedsvertrags erlangen, wenn die Parteien in irrtümlicher Annahme ihrer Gültigkeit auf diese Bestimmung beim Vertragsschlusse Bezug nehmen.

2. **RG.** R. **11** Nr. 2961. Ist in einem Syndikatsvertrage die Entscheidung aller Streitigkeiten aus dem Vertrage und die Feststellung von Zuwiderhandlungen gegen ihn einem Schiedsgericht übertragen, so unterliegt diesem auch die Entscheidung darüber, ob einer Partei wegen angeblicher Vertragsverletzungen des Gegners ein Recht zum Rücktritte vom Syndikate zusteht.

§ 1029. 1. OLG. **23** 251 (Celle). Im Verfahren aus § 1029 Abs. 2 sind für die Frage der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts die Behauptungen des Antragstellers über den Inhalt der Streitigkeit zugrunde zu legen.

2. OLG. **23** 250 (Rostock). Das um Ernennung eines Schiedsrichters gemäß § 1029 Abs. 2 angerufene Gericht hat die Zulässigkeit des Schiedsverfahrens von Amts wegen zu prüfen. Der Einwand, über die streitige Angelegenheit sei schon einmal durch Schiedsspruch entschieden, begründet nicht die Unzulässigkeit eines neuen Verfahrens, ist vielmehr erst in dem neuen Verfahren selbst zu prüfen.

§ 1031. 1. OLG. **23** 258 (Hamburg). § 1031 greift auch Platz, wenn der von einer Partei erwählte im Vertrage namentlich bezeichnete Schiedsrichter fortfällt und die Partei sich weigert, von dem ihr nach dem Schiedsvertrage zustehenden Rechte, einen anderen Schiedsrichter zu ernennen, Gebrauch zu machen.

2. SchlHolstAnz. **11** 62, SeuffA. **66** 296 (Kiel). Aus § 1031 folgt nicht, daß die Partei, welche einen Schiedsrichter ernannt hat, im Falle seiner Weigerung nicht einen anderen Schiedsrichter ernennen könne. Einer besonderen Regelung bedurfte nur der Fall, daß die Gegenpartei die Ernennung des neuen Schiedsrichters herbeiführen will.

§ 1032. 1. **a)** SächsOLG. **32** 146 (Dresden). Daß der Schiedsrichter bereits in einer ähnlichen Sache zugunsten der Gegenpartei entschieden hat, begründet keine Ablehnung wegen Befangenheit (**RG.** JW. **01** 33). **b)** R. **11** Nr. 3855 (Naumburg). Vorherige Beratung der einen Partei begründet die Ablehnung des Schiedsrichters nicht, wenn sie im Schiedsvertrage vorgesehen war.

2. **RG.** SeuffA. **66** 166 = JW. **10** 687 s. JDR. **9** § 1032 Nr. 1. Die Entscheidung über die Ablehnung eines Schiedsrichters kann durch den Schiedsvertrag einer dritten Privatperson übertragen werden.

§ 1033. Nr. 1. 1. **RG.** R. **11** Nr. 3223. Eine auf Rechtsunkenntnis beruhende Versäumung der vorschriftsmäßigen Zustellung und Niederlegung des Schiedsspruchs

durch einen Schiedsrichter stellt noch keine ungebührliche Verzögerung der Erfüllung seiner Pflichten dar.

2. OLG. **23** 243, HessRspr. **12** 67 (Darmstadt). Ist in einem Schiedsvertrage zwischen Verbandsmitgliedern festgesetzt, daß die Beisitzer des Schiedsgerichts aus der Reihe der an dem Streitfalle nicht beteiligten Verbandsgenossen entnommen werden sollen, so wird die Bestellung eines Schiedsgerichts unmöglich und damit der Schiedsvertrag hinfällig, wenn im Einzelfall auf der einen Seite ein ausgeschiedener Genosse, auf der anderen alle übrigen Verbandsmitglieder stehen.

§ 1034. 1. Haffner 22. Der Schiedsvertrag darf kein Versäumnisverfahren vorschreiben (vgl. Mot.; aM. Gaupp-Stein).

2. **RG.** R. **11** Nr. 3349. Es liegt völlig im Ermessen des Schiedsgerichts, ob es einen Zeugen vernehmen oder sich auf andere Weise die Überzeugung von der Richtigkeit tatsächlicher Behauptungen verschaffen will. Besondere Gründe für die Nichtvernehmung brauchen im Schiedsspruche nicht angegeben zu werden.

3. **RG. 74** 321, R. **11** Nr. 196—199 = JW. **11** 56 f. JDR. **9** 3. Vergütungsanspruch der vom Schiedsgericht zugezogenen Sachverständigen gegen die Parteien als Gesamtschuldner. Keine Festsetzung dieser Kosten durch das Schiedsgericht.

§ 1036. 1. OLG. **23** 252 (Nürnberg). Die Schiedsrichter müssen in dem dem Antrage der Partei aus § 1036 zugrunde liegenden Beschlusse die Streitpunkte, auf die sich die richterliche Handlung erstrecken soll, genau bezeichnen und die zu vernehmenden Zeugen und Sachverständigen selbst namhaft machen, dürfen dies also nicht etwa der Partei überlassen.

2. OLG. **23** 251, BuschsZ. **42** 200, R. **11** Nr. 1363 (Hamburg). Das um Vornahme einer richterlichen Handlung ersuchte Gericht hat nur zu prüfen ob es sich um eine Handlung handelt, die das Schiedsgericht nicht selbst vornehmen darf, ob die richterliche Handlung als solche zulässig ist und ob sie zu seiner Zuständigkeit gehört. Dagegen hat das Gericht — anders als im Falle des § 1029 Abs. 2 (**RG.** SeuffA. **59** Nr. 98) — nicht die Zulässigkeit des schiedsgerichtlichen Verfahrens zu prüfen. Dies wäre auch mit § 1037 unvereinbar, wonach die Schiedsrichter das Verfahren fortsetzen können, auch wenn dessen Unzulässigkeit behauptet ist.

3. OLG. **23** 178 (München). Das vom zuständigen Gericht angeordnete Beweisverfahren folgt den allgemeinen Regeln der ZPO. Danach kann unter anderem die Ladung eines Zeugen von der Hinterlegung eines Auslagenvorschusses abhängig gemacht werden (§ 379).

§ 1039. 1. a) OLG. **23** 253, HansGZ. **11** Beibl. 57, R. **11** Nr. 598 (Hamburg). Die Worte: „Das Schiedsgericht erkennt auf Grund der Verhandlung vom 5. Februar 1910 für Recht" sind nach Lage des Falles als genügende Angabe des Tages der Abfassung angesehen worden, da als Regel die sofortige Beschlußfassung nach der mündlichen Verhandlung angesehen werden könne. b) **RG.** SeuffA. **66** 298 = JW. **10** 659 f. JDR. **9** § 1039 Nr. 2 betreffend Unterzeichnung des Schiedsspruchs durch einen Schiedsrichter, der den Text nicht lesen kann.

2. **RG. 74** 307 = JW. **11** 57 f. JDR. **9** Nr. 1 a. Die Wirkungen eines Schiedsspruchs (§ 1040) können nicht eintreten, solange noch die ergangene Entscheidung innerhalb des im schiedsgerichtlichen Verfahren vorgesehenen Instanzenzuges anfechtbar ist. Nur der endgültige das Verfahren abschließende Schiedsspruch der höheren schiedsgerichtlichen Instanz braucht nach § 1039 niedergelegt zu werden.

3. **RG.** JW. **11** 989, WarnE. **11** 503. Erst mit der Niederlegung des Schiedsspruchs und der Zustellungsurkunden auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts findet das Verfahren seinen Abschluß (**RG. 38** 392, JW. **02** 133). Bis zu diesem Zeitpunkte kann das Verfahren vor dem Schiedsgerichte wieder eröffnet werden.

4. MecklZ. **29** 219 (Rostock). Solange nicht der Schiedsspruch bei dem zuständigen (§§ 1045, 1046; **RG. 68** 185) Gerichte niedergelegt ist, ist sowohl eine Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs wie eine solche auf Erlassung des Vollstreckungsurteils unzulässig.

5. (§ 1045.) OLG. **23** 254 (KG.). §§ 1039, 1045 sind wegen ihres öffentlichrechtlichen Charakters zwingendes Recht.

§ 1040. 1. *Schultzenstein 354. Obgleich der Schiedsspruch die Wirkungen der Rechtskraft begründet, sind weder der Schiedsvertrag als solcher noch seine Folgen: das schiedsrichterliche Verfahren und der Schiedsspruch, von Amts wegen zu berücksichtigen.

2. DJZ. **11** 160 (Düsseldorf). Durch einen Schiedsspruch über die Wandelung eines Kaufes wird im Falle der §§ 467, 354 BGB. ein zweiter Schiedsspruch über den Anspruch auf Vertragserfüllung nicht ausgeschlossen.

§ 1041. I. 1. *Schultzenstein 356, 358. Die notwendige Voraussetzung des schiedsrichterlichen Verfahrens, ein noch einer schiedsrichterlichen Entscheidung bedürftiger und fähiger Streit zwischen den Parteien, muß auch noch zur Zeit des Erlasses des Schiedsspruchs vorhanden sein; sonst unterliegt dieser gemäß Nr. 1 der Aufhebung. — Der im § 1041 zugelassene Rechtsbehelf der Aufhebung und die daselbst aufgezählten Aufhebungsgründe sind derart alles andere ausschließend bzw. erschöpfend, daß deshalb auch die Wiederaufnahme des Verfahrens gegenüber dem Schiedsspruch ausgeschlossen ist, und zwar obwohl nach § 1040 der Schiedsspruch die Wirkungen eines gerichtlichen Urteils hat und hiermit die Voraussetzung der Wiederaufnahme: ein rechtskräftiges Endurteil, als gegeben anzusehen sein könnte.

2. OLG. **23** 254 (Hamburg). Die Ungültigkeit eines Schiedsspruchs kann nicht nur im Wege der Aufhebungsklage und der Einwendung gegen die Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurteils, sondern auch im Wege des Einwandes gegen die mit auf den Schiedsspruch gestützte Vertragsklage geltend gemacht werden.

3. ElsLothJZ. **11** 183 (Colmar). Ergeht der Spruch des Schiedsgerichts dahin, daß statt seiner eine andere Instanz (Vollversammlung eines Verbandes) zu entscheiden habe, so liegt eine Verweigerung des Schiedsspruchs vor. Diese Entschließung hat keine Entscheidungskraft (**RG. 13** 350, **52** 285), kann also auch nicht die Grundlage für eine Klage auf Aufhebung aus § 1041 bilden. Die Streitfrage, ob das Schiedsgericht oder die Vollversammlung zur Entscheidung berufen ist, ist durch Feststellungsklage vor dem ordentlichen Gerichte zum Austrage zu bringen.

4. **a) RG.** R. **11** Nr. 2750. Überschreiten der Anträge ist kein Aufhebungsgrund, wenn sich das darüber hinaus Zugesprochene mit Rechtsnotwendigkeit aus dem antragsgemäß Erkannten ergibt. — Weitergehend Haffner aaO. 19. Dagegen Schultzenstein, BuschsZ. **42** 230. **b) RG.** R. **11** Nr. 3351. Ein Schiedsspruch ist nach Lage des Falles nicht schon deshalb für unwirksam erachtet, weil er statt auf die dem Schiedsgericht übertragene Feststellung auf Zahlung lautet.

II. Nr. 1. 1. **a)** PosMSchr. **11** 12 (Posen). Ein stimmberechtigtes Mitglied einer den Fiskus vertretenden Behörde (z. B. Reg.- und Forstrat bei der Regierung) kann nicht Schiedsrichter in Streitigkeiten des Fiskus in den zur Zuständigkeit dieser Behörde gehörenden Angelegenheiten sein. **b)** SächsOLG. **32** 143 = OLG. **21** 124 (Dresden) s. JDR. **9** II 1 b. Vorstandsmitglieder eines Verbandes unzulässige Schiedsrichter in Sachen eines Verbandsmitglieds gegen den Vorstand.

2. **RG.** R. **11** Nr. 201. Die allgemeine Vollmacht zur Vertretung einer Partei im schiedsgerichtlichen Verfahren berechtigt in der Regel auch zum Verzicht auf die Mitwirkung eines vertraglich berufenen Schiedsrichters.

3. **a) RG.** WarnE. **11** 153, LeipzZ. **11** 146. Wird ein nach § 1039 wirksam gewordener Schiedsspruch demnächst auf Grund des § 1041 aufgehoben, so ist mangels

dahingehender Bestimmungen des Schiedsvertrags ein neues schiedsrichterliches Verfahren nicht zulässig. Denn der ursprüngliche Schiedsvertrag war durch Erlaß des ersten Schiedsspruchs erfüllt und erledigt. — **b)** HansGZ. **11** Beibl. 57, R. **11** Nr. 599 (Hamburg). Anders in dem Falle, daß sich der Gegner stillschweigend auf das neue schiedsrichterliche Verfahren einläßt.

4. **RG.** JW. **11** 989, WarnE. **11** 503, R. **11** Nr. 3544. Ergeben sich nach der Darstellung des Schiedsspruchs über den Gang des Verfahrens gegen dessen Gesetzmäßigkeit keine Bedenken und ist der Schiedsspruch ordnungsmäßig unterschrieben, so ist — abgesehen von den Fällen des § 1041 Nr. 6 — unanfechtbar dargetan, daß der über die Unterschrift stehende Text der zusammenwirkenden Willensmeinung der Schiedsrichter entspricht. Die Partei kann dann die Wirksamkeit des Spruches nicht durch eine Untersuchung über die Art und Weise, wie er gefunden ist, in Frage stellen (**RG. 38** 410).

III. Nr. 3. **RG.** R. **11** Nr. 203. „Vertreten nach Vorschrift des Gesetzes" heißt: nach den allgemeinen für die Vertretung im bürgerlichen Rechte gegebenen Vorschriften, nicht: nach den Vorschriften der ZPO. Es bedarf also — entgegen § 80 ZPO. — keiner schriftlichen Vollmacht.

IV. Nr. 4. **a)** **RG.** R. **11** Nr. 3224. Ladung zur mündlichen Verhandlung vor das Schiedsgericht genügt als Gewährung des Gehörs auch für solche in der Verhandlung benutzte Beweismittel, die vorher dem Geladenen nicht angekündigt worden sind. **b)** **RG.** WarnE. **11** 152. Zu einer Mitteilung des Beweisergebnisses an die Parteien ist das Schiedsgericht regelmäßig nur dann verpflichtet, wenn durch die Beweisaufnahme neues Material oder ein neuer Gesichtspunkt hervorgetreten ist, zu dem Stellung zu nehmen die Parteien bisher keinen Anlaß hatten. **c)** **RG.** R. **11** Nr. 597. Auch wenn das Schiedsgericht nochmaliges Gehör in Aussicht gestellt hat, braucht es sich auf ungebührliche Verzögerungen nicht einzulassen, wenn es sich nach pflichtgemäßem Ermessen zur Abgabe des Spruches imstande erachtet. **d)** **RG.** JW. **11** 989. Die von einem der Schieds*richter* zugesagte Wiedereröffnung der Verhandlung bindet das Schiedsgericht nicht. **e)** OLG. **23** 256 (KG.). Haben die Parteien die Streitigkeit dem Schiedsgericht „unter Ausschluß jeder gerichtlichen Entscheidung" übertragen, so ist eine Aufhebung des Schiedsspruchs auf Grund des § 1041 Nr. 4 u. 5 ausgeschlossen.

V. Nr. 5. **a)** **RG.** R. **11** Nr. 386. Ein Aufhebungsgrund liegt vor, wenn das Schiedsgericht eine Klagabweisung lediglich damit begründet, daß es nicht in der Lage gewesen sei, den Sachverhalt zu ermitteln. **b)** **RG.** SeuffA. **66** 298 = JW. **10** 658 s. JDR. **9** V a betreffend Anforderungen an die Begründung des Schiedsspruchs. Ebenso **RG.** R. **11** Nr. 3226.

§ 1042. 1. **RG.** WarnE. **11** 463. *Zweck* des Vollstreckungsurteils ist vor allem, die Geltung des Schiedsspruchs im geordneten Rechtswege zur Anerkennung zu bringen und gegen spätere Anfechtung zu sichern (§ 1043). Daneben dient es der Ermöglichung der ZwV., soweit solche in Frage kommt. Ein Vollstreckungsurteil kann deshalb auch begehrt werden, wenn der Schiedsspruch zu einer ZwV. keinen Anlaß bietet.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 1081, JW. **11** 374, WarnE. **11** 339. In dem Verfahren wegen Erlassung des Vollstreckungsurteils sind auch *Einwendungen* zulässig, die erst nach dem Erlasse des Schiedsspruchs entstanden sind. Ob sie bei Vermeidung des Ausschlusses gemäß § 767 Abs. 2 in diesem Verfahren erhoben werden müssen, bleibt dahingestellt. In einem früheren Urteil hat RG. dies für die Erfüllungseinrede bejaht.

3. **RG.** R. **11** Nr. 3699. Gegen eine Klage aus § 1042 ist unter den Voraussetzungen des § 33 eine *Widerklage* zulässig. Wird die prozeßhindernde Einrede erhoben, daß die Widerklage auch der Entscheidung des Schiedsgerichts unterliege, so darf das Gericht in einem der Einrede stattgebenden Urteile nicht dahin=

gestellt lassen, ob der Schiedsrichter in dem Schiedsspruche schon über die Widerklagansprüche entschieden hat; denn eine nochmalige Entscheidung durch den Schiedsrichter wäre dann ausgeschlossen.

4. **RG.** R. **11** Nr. 3350. Unterläßt der Beklagte im schiedsgerichtlichen Verfahren, den Mangel der Aktivlegitimation des Klägers zu rügen, so hindert dies ebensowenig wie im ordentlichen Rechtsstreite die Rechtskraftwirkung des Spruches zugunsten des Klägers. — Werden nach Abschluß des schiedsrichterlichen Verfahrens die Rechte aus dem Schiedsvertrag abgetreten, so ist nur der neue Gläubiger zur Vollstreckungsklage aktiv legitimiert. § 265 Abs. 2 greift nicht Platz.

§ 1043. OLG. **23** 255 (KG.). Mit der „Erlassung" nicht erst mit der Rechtskraft des Vollstreckungsurteils wird der Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruchs aus anderen als den im § 1041 Nr. 6 bezeichneten Gründen unzulässig. Dasselbe gilt auch von der — eine Unterart bildenden — Klage auf Unzulässigkeit des schiedsgerichtlichen Verfahrens.

§ 1045. 1. OLG. **23** 258, HansGZ. **11** Beibl. 213 (Hamburg). Unter „gerichtlichen Entscheidungen" über die Ernennung eines Schiedsrichters im Sinne des § 1045 sind nur die durch die ZPO. vorgesehenen Fälle der §§ 1029, 1031 zu verstehen. Weigert sich eine Partei die im Schiedsvertrage vereinbarte Ernennung des Schiedsrichters durch einen Dritten zu betreiben, so kann sie nur im ordentlichen Rechtsstreite hierzu angehalten werden.

2. OLG. **23** 257, HansGZ. **11** Beibl. 154 (Hamburg). Die stillschweigende Unterwerfung der einen Partei unter den im Bestätigungsschreiben der Gegenpartei enthaltenen Hinweis auf die „Bedingungen des Getreidehändlervereins" enthält keinen schriftlichen Schiedsvertrag im Sinne des § 1045. Es bedarf einer von beiden Parteien schriftlich vollzogenen Vereinbarung.

3. Öffentlich-rechtlicher Charakter des § 1045 s. oben zu § 1039 Nr. 5.

Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

Vom 24. März 1897.

Vorbemerkung: 1. Wieder haben sich die Rechtsprechung und die Gerichte mit diesem Gesetze reichlich beschäftigt, am meisten diesmal mit der Rangordnung (§ 10), der Beschlagnahme und ihren Wirkungen (§§ 20 ff.), dem Stempel-Steuer- und Gebührenwesen hierzu (§ 58), den Erlösen unter Wert (§ 85), dem Zuschlag (§§ 90 ff.) und der Verteilung (§ 115). Auch über Schiffsversteigerung (§ 162) erschien manches Neue. S. auch die Vorbem. vor §§ 37, 44, 90, 115! 2. Von den unten mitgeteilten, mit ➠ . . . Red. ⟵ bezeichneten Entscheidungen sind bisher andere Veröffentlichungen nicht bekannt. 3. Nur ausnahmsweise war auf Entscheidungen zurückzukommen, die bereits früher im JDR. angegeben und neuerdings wieder in Zeitschriften erwähnt sind. 4. „Zwangsversteigerung" wird unten durch „ZwV." — „Zwangsverwaltung" durch „ZwVerw." — „Teilungsversteigerung" durch „TV." abgekürzt. 5. Die unten genannten Paragraphen ohne Beisatz sind solche des ZVG. 6. Ortsnamen ohne Beisatz bedeuten die dortigen Oberlandesgerichte. 7. Bei verschiedenen Entscheidungen des RG. unten ist deren in den Zeitschriften nur teilweise abgedruckter Inhalt aus den Urschriften ergänzt.

Literatur: Kretschmar, Die ZwV. und ZwVerw., Leipzig 1911. — Wohlfahrt, Inwieweit können wesentliche Bestandteile und Zubehörstücke von der Pfandhaftung und Immobiliarvollstreckung ausgeschlossen werden? Diss. Breslau 1911. — Wolff, T., Das Reichsges. über die ZwV. u. die ZwVerw. nebst EinfGes. und den preuß. Ausführungsbestimmungen mit Anmerkungen (2) Berlin 1911.

Erster Abschnitt. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken im Wege der Zwangsvollstreckung.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 1. 1. Gravenhorst, Schiffsregister und Landregister, GruchotsBeitr. **55** 248, führt unter anderem 266 aus: Nach § 2 Abs. 2 KaisVO. vom 21. November 1902 und Gouverneurerlassen wird in den meisten deutschen Kolonien das ZVG. angewendet. Dies geschieht zwar entsprechend auch in Ostafrika und Kamerun, hier aber ohne genügende gesetzliche Grundlage. Der im kolonialen Landregister eingetragene Realgläubiger ist zwar für sein Pfandrecht durch § 891 BGB. geschützt, muß aber, wenn er dingliche Klage erhebt, dartun, daß das Landregister die Eigentumsverhältnisse richtig widergibt. Gleichwohl muß es nach § 22 Abs. 2 zit. KaisVO. zur Anordnung der ZwV. entsprechend den einheimischen Verhältnissen genügen, wenn derjenige, gegen den der Titel sich richtet, als Eigentümer in das Landregister eingetragen ist (§ 17 ZVG.). Jedoch ist die Eintragung der Unterwerfung des Eigentümers unter sofortiger Zwangsvollstreckung mit Wirkung gegen den jeweiligen Eigentümer im Landregister unzulässig.

2. ZwV. in Bruchteile und daneben in das Ganze § 15 Ziff. 6.

§ 3. Zustellung an den Bevollmächtigten § 15 Ziff. 2.

§ 4. Terminsbestimmung § 43 Ziff. 1.

§ 6. BadRpr. **11** 193 (Karlsruhe). Der Notar hatte dem Kläger nicht nur einen Zustellungsvertreter zu bestellen, sondern dies dem Aufgestellten auch zur Kenntnis zu bringen. Er hat nicht genügend hierfür gesorgt, auch einen unbestellbar zurückgekommenen Brief an den Kläger dem Zustellungsvertreter nicht aushändigen lassen. Infolgedessen konnte der Kläger seine Rechte im ZwV.termin nicht wahren und ist dadurch in Schaden gekommen. Hierfür haftet der badische Staat, jedoch ist Mitverschulden des Klägers, der sich selbst um seine Hypothek kümmern und dem Grundbuchamte mit Rücksicht auf § 19 seine Adresse hätte angeben sollen, anzunehmen.

§ 9. 1. SchlHolstAnz. **11** 329 (Kiel). Der Zedent einer Hypothek gehört nach Eintragung der Abtretung im Grundbuche nicht mehr zu den Beteiligten im Sinne des § 9.

2. Vollmacht § 15 Ziff. 2. Nachträgliche Eintragungen § 20 Ziff. 1 i. Nacherbe § 28 Ziff. 2. Ersteher §§ 115 Ziff. 3; 153 Ziff. 3. Berechtigte an einem dinglichen Rechte § 115 Ziff. 9. Vorschiebung eines Eigentümers § 115 Ziff. 21. Gemeinschuldner § 172 Ziff. 4. Zubehörverfügung § 20 Ziff. 1 c.

§ 10. 1. R. **11** Nr. 212 (Rostock). Die Kosten von Interventionsprozessen, in denen sich der Beschlagnahmegläubiger in betreff der vom Zwangsverwalter als Zubehör des Grundstücks in Besitz genommenen Gegenstände gegen die Ansprüche Dritter verteidigt, gehören nicht zu den Kosten der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung.

2. **RG. 75** 209. Die preuß. Kreisumsatzsteuer ist keine öffentliche Last (s. auch Ziff. 15!).

3. HansGZ. **11** Beibl. 173, R. **11** Nr. 1312 (Hamburg). Eine nach Beschlagnahme eingetragene Zinserhöhung (§ 1119 BGB.) einer hypothekarischen Forderung, sofern sie nicht die zulässige Höhe überschreitet, ist nur dem betreibenden Gläubiger (nicht den Hypothekengläubigern als solchen) gegenüber unwirksam, und zwar auch nur insoweit, als er dadurch in seiner Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse beeinträchtigt wird. (S. a. BGB. § 1119.)

4. **RG.** ZBlFG. **12** 202, JW. **11** 493, R. **11** Nr. 1977, WarnE. **11** 342. Das RG. beharrt auf der Entscheidung **RG. 63** 190, wonach gemäß Artt. 1, 2, 17 Pr. AGZVG. bei der ZwV. von Bergwerkseigentum zwar die Beiträge zu den Knapp-

schafts- und Krankenkassen, n i c h t a b e r die Umlagen der Knappschafts-Berufsgenossenschaften gemeine Lasten im Sinne des § 10 Ziff. 3 ZVG. sind. Daß den Berufsgenossenschaften der See- und Binnenschiffahrt in §§ 754 Ziff. 10 HGB., 102 Ziff. 6 BinnenSchG. Pfandrecht ausdrücklich verliehen ist, kommt hierbei nicht in Betracht.

5. **RG.** R. **11** Nr. 3122. Mit seiner Annahme, daß die in der ZwV.verteilung an bevorzugter Stelle berücksichtigten (preußischen) Straßenanliegerbeiträge zu den öffentlichen Lasten des § 10 Ziff. 3 gehören und daß die klagenden Hypothekengläubiger mit ihren sich gegen die Veranlagung des Schuldners G. zu diesen Gemeindelasten richtenden Einwendungen im Rechtswege nicht gehört werden können, befindet sich das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem RG. Ebensowenig ist die weitere Annahme zu beanstanden, daß die Berücksichtigung der beklagten Stadtgemeinde bei der ZwV.teilung nicht durch ein ihr wegen der Anliegerbeiträge durch G. an seinem Sparkassenguthaben bestelltes Pfandrecht ausgeschlossen sei. Anders wäre es bei Abtretung dieses Guthabens an die Stadtgemeinde oder Aufrechnung damit, aber beides hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum verneint.

6. ➠ **RG.** 28. 6. 11. Die Entsch. **RG. 73** 397 (JDR. **9** § 152 Ziff. 5) hat keineswegs ausgesprochen, daß die Fertigstellung eines Neubaues unter a l l e n Umständen eine „nötige Verbesserung" im Sinne des § 10 Ziff. 1 sei. Eine solche darf mit der „notwendigen Verwendung" der §§ 994, 995 BGB. nicht verwechselt werden. Nötige Verbesserungen sind vielmehr impensae utiles und würden, wenn BGB. überhaupt anzuwenden wäre, unter dessen § 996 fallen. Nur bei objektiver Wertssteigerung des Grundstücks für die Gesamtheit aller Beteiligten, insbesondere der Hypothekgläubiger, sind sie anzunehmen. Das Sonderinteresse eines einzelnen Hypothekgläubigers bleibt dabei außer Betracht. Red. ←

7. OLG. **22** 405, PosMSchr. **11** 85 (Posen). Die Leistungen des § 17 PrAnsiedG. vom 10. August 1904 (für Schule und Kirche) fallen nicht unter § 10 Nr. 3. Sie sind zwar öffentliche Lasten, daß sie aber a u f d e m G r u n d s t ü c k als gemeine Lasten haften, kann aus der preuß. Gesetzgebung nicht abgeleitet werden.

8. OLG. **22** 407 (KG.). Für den beklagten Kreis war 1897 die Verpflichtung des Eigentümers zur Zaununterhaltung eingetragen worden. In der ZwV. erhielt der Kreis dafür 660 M. ausbezahlt, aber die Klage des erst ausfallenden Hypothekgläubigers auf Herausgabe dieser 660 M. war dem Grunde nach gerechtfertigt. Soweit der Beklagte selbst den Zaun errichtet hat, bestand keine (positives Handeln erfordernde) Reallast des Eigentümers und war daher Grundbucheintrag nach Art. 184 EGBGB., § 12 PrEEG., §§ 6, 91 PrAblösG. vom 2. März 1850 nicht zulässig. Soweit aber der Rechtsvorgänger des Eigentümers den Zaun errichtet hat, blieb das Recht des Kreises nach § 153 I. 8 ALR., Art. 124 EGBGB., Art. 89 PrAGBGB., § 9 EGZVG., Art. 6 AGZVG. auch ohne Eintragung bestehen, der Beklagte hatte also kein Recht auf einen Geldbetrag.

9. ➠ **RG.** 28. 10. 11. Die Widerspruchsklage der Nachhypothekarin gegen die Einsetzung von Zinsen und Kosten aus einer Vorhypothek für den Z e s s i o n a r dieser Zinsen und Kosten ist mit Recht abgewiesen worden. War der Übergang der befriedigten Zins- und Kostenforderung von der Bank als Vorhypothekarin auf den Zessionar P. gemäß §§ 1150, 268 BGB. unmittelbar auf Grund der Zahlung kraft Gesetzes eingetreten, so bedeutete die spätere Abtretung weiter nichts als eine Klarstellung dieser Rechtslage. Von den §§ 1150, 268 BGB. abgesehen hängt die Entscheidung der Frage, ob die Zahlungen die betreffenden Forderungen samt Hypothekenrecht zum Erlöschen gebracht haben, davon ab, ob die Zahlungen zwecks Tilgung oder zwecks Erwerbes der Forderung geleistet sind, wofür der — vom Berufungsgericht einwandfrei festgestellte — Wille der Beteiligten maßgebend ist. Red. ←

10. ThürBl. **58** 178 (Jena). Die Straßenanliegerbeiträge in der Stadt Altenburg sind „öffentliche Lasten des Grundstücks". Es kann die Meinung, daß im Verteilungsstreit (§ 115) immer der Rechtsweg dafür zulässig sei, dahingestellt bleiben, denn jedenfalls ist er insoweit zulässig, als es sich um den dinglichen Charakter der Abgabe handelt. Ebensowenig ist zu erörtern, ob die vom Altenburger Statut angeordnete Hypothekbestellung für solche Beiträge noch jetzt zulässig ist.

11. SchlHolstAnz. **11** 107 (Kiel). Die sog. „Mergelrente" ist dingliche, öffentliche Gemeindelast.

12. Pagenkopf, KGBl. **11** 91, billigt gegenüber abweichenden Entscheidungen des LG. III Berlin die höhergerichtlichen, daß in Preußen städtische Kanalisationsgebühren nicht gemeine dingliche Lasten im Sinne des § 10 sein können (vgl. JDR. **9** § 10 Ziff. 3). ➠ Laut KGBl. **11** 134 hat nun auch das LG. III Berlin in diesem Sinne entschieden. Heilgendorff, PrVerwBl. **32** 807, hält das Ortsstatut als entscheidend für die Frage. Red. ⟵

13. PosMSchr. **11** 5 (Königsberg). Chausseebaubeiträge sind öffentliche gemeine Lasten, die nach Artt. 2, 11 PrAGZVG. von der Eintragung im Grundbuch ausgeschlossen sind.

14. PosMSchr. **11** 68 (Königsberg) (o. BGB. § 1134 Ziff. 2). Das **RG. 72** 332 stellt zwar den richtigen Satz auf, daß die Kosten einer ZwVerw. gemäß § 1134 BGB. nicht zu denen des § 1118 das. gehören. Daraus folgt aber nur, daß sie nicht nach § 10 Abs. 2 aus dem Erlöse verlangt werden können. Ihre Anmeldung nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 ist dagegen nicht ausgeschlossen, wenn die erforderlichen Voraussetzungen hierfür vorliegen. Zwar wurde die einstweilige Verfügung, worauf die vom Beklagten betriebene ZwVerw. beruhte, durch Urteil aufgehoben, aber der Vollstreckungsrichter hob sie gleichwohl nicht auf, weil ihr Frau X. auf Grund vollstreckbarer Forderung beitrat. Der Senat hält dies Verfahren nach der herrschenden Meinung (Jaeckel-Güthe § 146 Anm. 1) für richtig. Wäre es aber auch unrichtig gewesen, so würde dies nichts ändern, weil dann jedenfalls die ZwVerw. für die X. bis zum Zuschlag fortgedauert, also doch eine ununterbrochene ZwVerw. vorgelegen hätte. Der Ersatzanspruch des Beklagten für seinen ZwVerw.-Vorschuß von 2499 M. hängt somit nur davon ab, daß dieser Vorschuß zur Erhaltung oder notwendigen Verbesserung des Grundstücks erlegt und tatsächlich verwendet worden ist. Dies hat der Beklagte bewiesen. Sache des Klägers wäre es dagegen gewesen, nachzuweisen, daß infolge ungünstiger Umstände oder schlechter Verwaltung die Ausgaben tatsächlich dem Grundstück einen zur Zeit der ZwV. noch bestehenden Vorteil nicht gebracht haben.

15. Wolff, PrVerwBl. **32** 109. Die Umsatzsteuer fällt in Preußen nicht unter § 10 Nr. 3. Der Gläubiger kann sie aber zunächst mit Mobiliarvollstreckung, dann aber auch mittels ZwVerw. oder ZwV. beizutreiben versuchen (vgl. Miersch das. 239 und oben Ziff. 2).

16. Mützelburg, PrVerwBl. **32** 444. Bei ortsstatutarisch gestatteter Ratenzahlung der Straßenanliegerbeiträge läuft die zweijährige Frist des § 10 Nr. 3 von der Veranlagung (nicht von Fälligkeit der Einzelraten) an.

17. Krug, PrVerwBl. **32** 758. Dingliche kommunale Abgaben können als „rückständig" in Preußen erst dann behandelt werden, wenn sie zur Hebung gestellt, ausgeschrieben sind, wenn ihre Zahlung verlangt, aber nicht erfolgt ist. Sie müssen zur ZwV. angemeldet werden, sonst wird das Grundstück von der Haftung frei.

18. SächsRpflA. **11** 564 (Dresden). Wer eine ihm verpfändete Hypothek zur ZwV. anmeldet, aber nicht zur Einziehung aus eigenem Rechte, sondern nur zur Sicherung der nach § 1281 BGB. vorgeschriebenen Art der Auszahlung, hat für die Anmeldungskosten nicht das Vorrecht des § 10 Abs. 2.

19. Möricke, Der Begriff der laufenden und rückständigen Beträge wiederkehrender Leistungen im ZVG., BadNotZ. **11** 132, schließt sich für die Vermögens-

steuer gegen Wolff im allgemeinen der Ansicht von Jäckel und Fischer-Schäfer an, wonach es lediglich darauf ankommt, inwieweit der angemeldete Betrag auf einen nach dem letzten Fälligkeitstermine vor der Beschlagnahme liegenden Zeitraum entfällt. Er hält die Ansicht für richtig, daß (badische) Feuerversicherungsbeträge nach dem Erhebungs- (nicht Vor-) Jahr zu beurteilen sind.

20. Gutmann, DNotV. **11** 289, führt die bei der ZwV. in Preußen, Bayern, Sachsen, Württemberg in Betracht kommenden wichtigeren öffentlichen Lasten auf und fügt bei: Im Zweifel haben sie gleichen Rang. Sie sind zum geringsten Gebot, in das sie fast immer fallen, anzumelden und glaubhaft zu machen. Laufende wiederkehrende Leistungen sind bis zum Ablaufe von 2 Wochen nach dem ZwV.termine zu decken, nicht wiederkehrende mit den Beträgen zu berücksichtigen, die vor dem Ablaufe der Frist zu berichtigen sind (§ 47). Die nachgiebigen Vorschriften über das geringste Gebot, auch die des § 49, können nach § 59 abgeändert werden. Bei Einzel- oder Gruppenversteigerung sind die öffentlichen Lasten dem Grundstück, auf dem sie ruhen, sonst nach Wertsverhältnis der Grundstücke aufzulegen. Verspätete Anmeldung stellt sie den übrigen Rechten nach (§§ 37, 110). Der § 129 ergibt den seltenen Fall eines Zurückstehens öffentlicher hinter private Interessen. § 10 Abs. 1 Ziff. 3 gilt auch für die ZwVerw., wobei §§ 155, 156 zu berücksichtigen. Vorstehendes gilt auch in den besonderen Fällen der §§ 172, 176, 180.

21. BayNotZ. **11** 25 macht anschließend an Mitteilungen der Berliner Handelskammer auf die Nachteile aufmerksam, die den nachfolgenden Hypothekengläubigern aus Abtretungen der sich ansammelnden Zinsen der ersten Hypothek an Dritte erwachsen, und empfiehlt den Nachhypothekaren die Ausbedingung der Fälligkeit ihrer Kapitalien für diesen Fall.

22. NaumburgAK. **11** 28 (Naumburg). Der Zwangsverwalter hatte Saatgetreide, Futter- und Düngemittel für 1872 M. gekauft, diesen Betrag zunächst für sich angemeldet, sich aber nach Ablehnung dieser Anmeldung einen Schuldschein des betreibenden Gläubigers über jenen Betrag ausstellen lassen. Nun meldete dieser Gläubiger selbst die 1872 M. mit Erfolg an und die Widerspruchsklage eines ausfallenden Hypothekgläubigers dagegen wurde abgewiesen, weil unter „Ausgaben" im Sinne des § 10 Ziff. 1 nicht bloß schon geleistete bare Auslagen, sondern auch geschuldete zu verstehen seien. (Die Redaktion billigt dies Urteil, meint aber, daß der Zwangsverwalter bei der Zweifelhaftigkeit der Frage besser den betreibenden Gläubiger zur Vorschußleistung von 1872 M. hätte anhalten und bei Verweigerung Antrag auf Aufhebung der ZwVerw. hätte stellen sollen.)

23. Dersch, HessRspr. **11** 166. Die Pflaster- und Chaussierungskosten sind öffentliche Lasten nach Art. 1 Ziff. 1 HessAGZVG. und daher in der ZwV. ins geringste Gebot aufzunehmen und in der ZwVerw. nach § 156 Abs. 1 zu behandeln.

24. HessRspr. **12** 122 (LG. Darmstadt). Vereinbarte Zinsen einer auszuzahlenden Hypothek können bis zum Verteilungstermine, nicht bloß bis zum Zuschlage, beansprucht werden.

25. Einträge nach Beschlagnahme § 20 Ziff. 1 c, i. Gegenstandswert § 15 Ziff. 1 I. Anordnungskosten § 49 Ziff. 1. Kirchenverbandslasten § 82 Ziff. 1. Aufrechnung mit dem Amortisationsfonds § 91 Ziff. 8. Hypothekeintragungs- und Prozeßkosten deswegen § 114 Ziff. 1. Rangveränderungen § 115 Ziff. 11, 17. Beschwerde gegen den Teilungsplan §§ 113, 114 Ziff. 2, 115 Ziff. 20. Nichtklagbare Ansprüche § 115 Ziff. 18.

§ 11. 1. Grimm, JW. **11** 349, bekämpft die herrschende Meinung (vgl. R. **08** Nr. 981, **09** Nr. 474), daß der Rangvorbehalt nach § 881 BGB. mit Vollstreckung nicht angreifbar sei, zeigt die Unhaltbarkeit dieser Lehre unter anderem an einem Teilungsbeispiele bei ZwV. und gelangt zu dem Schlußsatze: Der Vorbehalt der Vorrangseinräumung ist nichts anderes, als ein Ausdruck für das reine, von Be-

lastung freie Eigentum am Grundstück, in das die Zwangsvollstreckung nach § 866 ZPO. durch Eintragung einer Sicherungshypothek mit dem zu beantragenden Beisatz erfolgt, daß diese Sicherungshypothek den Vorrang vor der Hypothek habe, bei deren Eintragung der Vorgangsvorbehalt verlautbart ist.

2. Rang des Bürgen § 12 Ziff. 1. Rang in der ZwVerw. § 155 Ziff. 1. Rangänderungen § 115 Ziff. 11, 17.

§ 12. 1. PrOVG. **57** 121. Der § 12 findet nicht Anwendung, sondern der § 11 ZVG. mit § 774 Satz 2 BGB., wenn der Bürge die von ihm gezahlten Hypothekenzinsen geltend macht.

2. Amortisationshypothek § 91 Ziff. 8. Ersatzanspruch des Staates bei Armenrecht § 49 Ziff. 1.

§ 13. Laufende Beiträge § 10 Ziff. 19, 20.

Zweiter Titel. Zwangsversteigerung.

I. Anordnung der Versteigerung.

§ 15. 1. Hesselbarth, BayRpflZ. **11** 159. Die Vorschußpflicht des Antragstellers im Verfahren der ZwV. und der ZwVerw. wird für Bayern hinsichtlich der Gebühren durch Art. 7 BayGebG. mit § 81 GKG., für Auslagen aber durch Art. 16 BayGebG. geregelt. I. Die Gebührenvorschußpflicht entsteht schon bei Antragstellung, zu $^{5}/_{10}$ der Sätze des § 8 GKG. für ZwV., zu $^{10}/_{10}$ der Sätze für ZwVerw. Ausländer haben nicht das Dreifache zu zahlen. Bei ZwV. geschieht die schwierige Feststellung des Gegenstandswerts durch schätzungsweise Zusammenrechnung der im günstigsten Falle zu deckenden Forderungen, der Verfahrenskosten und der bekannten sonstigen Ansprüche nach § 10. Je nach späterem Ausfalle des Meistgebots ist der Gebührenvorschuß zu erhöhen oder zu mindern. Einfacher ist der Vorschuß für den ZwVerw.antrag nach Höhe der Forderungen zu berechnen, für die er erwirkt wird. Mehrere Antragsteller haften nach Kopfteilen, nicht samtverbindlich. Wer der ZwV. beitritt, wird neben dem Antragsteller bis zur Höhe seines Kopfteils Mitschuldner. Bei Beitritt zur ZwVerw. ist nur mehr der Differenzbetrag einzuheben, der sich berechnet zwischen dem Betrag des kontierten Vorschusses und dem erweiterten Gegenstandswerte. Für den Gesamtvorschuß haften dann beide Antragsteller zur Hälfte. Es kann deshalb auch eine Nachzahlungspflicht des ersten Antragstellers entstehen. II. Für den Auslagenvorschuß, der nach Art. 16 BayGebG. mit § 84 GKG. nur die im § 79 GKG. erschöpfend aufgezählten Auslagen (einschließlich der Notariatskosten), aber nicht den etwaigen Aufwand für besondere Sicherungsmaßregeln, wofür §§ 25, 170 maßgebend, zum Gegenstande hat, haften mehrere Antragsteller samtverbindlich. Auch der Beitretende ist verpflichtet, Auslagenvorschuß zu leisten. III. Als Gemeinsames ist hervorzuheben: a) Gezahlte Vorschüsse sind ohne Anmeldung nach § 109 (nicht § 10) aus dem Versteigerungserlöse vorweg zu ersetzen. b) Abgesehen von §§ 25, 170, 161 ZVG. und von der Ausnahme des Art. 287 BayGebG. für Ausländer kann der Betrieb des Verfahrens nicht von der Vorschußzahlung abhängig gemacht werden.

2. Hagemann, ZBlFG. **12** 212. Die Vollmacht ist im ZwV.- und ZwVerw.-verfahren teils nach §§ 164 ff. BGB., teils nach §§ 81 ff. ZPO. zu beurteilen. Die Prozeßvollmacht ermächtigt zu Anträgen nach §§ 15, 29, 30, 59, 62, 67, 68, 74, 113 und zur Prozeßführung auf Grund des § 115. Zu Klagen wegen Ersatzzahlungen (§§ 50, 51, 125 Abs. 2) ermächtigt die Prozeßvollmacht nicht, wohl aber den Vertreter des Schuldners zu den Rechtsbehelfen der §§ 766—768 ZPO., §§ 95, 96, 113 ZVG. Nach § 3 ZVG., § 176 ZPO. müssen Zustellungen an den Prozeßbevollmächtigten erfolgen. Immer müssen Handlungen des Verfahrens und Beteiligung nach § 9 gegeben sein. — Auch die übrigen Beteiligten des § 9 (außer betreibendem Gläubiger und Schuldner) sind als Prozeßparteien und die von ihnen

erteilten Vollmachten als Prozeßvollmachten anzusehen. Letztere geben dem Vertreter gleiche Befugnisse, wie sie dem Prozeßvertreter des betreibenden Gläubigers beigelegt sind. Vgl. KGJ. **28** B 34, **31** B 48. — Dagegen ist die von einem dritten Nichtbeteiligten erteilte Vollmacht reine Bietungsvollmacht. Sie ermächtigt zu einer nicht empfangsbedürftigen, zwar nicht nach Kaufsgrundsätzen, aber sonst privatrechtlich bindenden Willenserklärung und ist nach §§ 164 ff. BGB. und dessen Verschärfungen im § 71 zu beurteilen. Um sofortige Zurückweisung und Unwirksamkeit seines Gebots zu vermeiden, muß der bietende Vertreter unaufgefordert sich auf die Offenkundigkeit seiner Vertretungsmacht beziehen oder die vorgeschriebenen Vollmachtsurkunden vorlegen, was nach § 78 zu Protokoll festzustellen ist. Nachträgliche Vollmachtsvorlage und Widerspruch gegen die Gebotszurückweisung nützen nichts. § 81 Abs. 3 u. 4 können nicht durch entsprechende Anwendung, sondern nur insofern Ausweg und Heilung bieten, wenn der nicht legitimierte Vertreter nach Zurückweisung seines Gebots nun im eigenen Namen bietet und die dort vorgeschriebenen Nachweise erbringt. — Wird die Unzulässigkeit eines Vertreter-Meistgebots erst später, aber noch im Termine bemerkt, so ist es dann zurückzuweisen und im Ausbieten fortzufahren. Wird sie nach Schluß des Termins, aber vor Zuschlagsverkündung wahrgenommen, so ist der Zuschlag zu versagen. Nach Erteilung des Zuschlags auf solch unzulässiges Gebot ist nur noch der Beschwerdeweg nach §§ 100, 81 Abs. 1, nach Ablauf der Beschwerdefrist kein Rechtsbehelf mehr möglich. Dann kann der Vertreter, der ohne Vertretungsmacht geboten hat, den Geschädigten nach §§ 823, 826 BGB. haftbar werden. — Wer auf Grund gültiger Bietungsvollmacht ein nach § 72 bestehen bleibendes Gebot abgegeben hat, macht den von ihm Vertretenen zum Beteiligten im Rahmen der §§ 72, 97 und 103 und wird nun selbst in beschränkter Weise Prozeßbevollmächtigter, er darf den Machtgeber im Beschwerdeverfahren (§ 97) und ihn als den Ersteher im Teilungsverfahren (§§ 105, 113, 115 ff., aber nicht § 125) vertreten, einen Substituten bestellen, Zustellungen empfangen und Räumung und Herausgabe nach § 93 erwirken. — Je nachdem die Vollmacht in der ZwV. Prozeßvollmacht oder Bietungsvollmacht oder beides zugleich ist, hat ihre Verstempelung nach Tarifst. 73 PrStempG. zu erfolgen. Aber Generalvollmacht ist die erweiterte Prozeßvollmacht nicht.

3. SächsRpflA. **11** 524 (SächsFinMin.). Der Besteuerung einer Vollmacht zur Vertretung eines Grundstücks eigentümers in dem gegen ihn eingeleiteten ZwV.verfahren ist der Bruttowert des Grundstücks zugrunde zu legen (Tarifst. 33 I, § 12 Abs. 1 StempStG.).

4. Heilbrunn, HoldheimsMSchr. **11** 221. Der Treuhänder im Sinne des § 1189 BGB. ist unter anderen auch befugt, die Verpflichteten einzuklagen, die ZwV. zu betreiben, überhaupt die Gläubiger bei jeder gerichtlichen und außergerichtlichen Geltendmachung der Pfänder zu vertreten. Da in Preußen nach AGBGB. (Art. 7 § 2) eine ausländische juristische Person zum Erwerb, also auch zur Erstehung von Grundstücken der Genehmigung bedarf, deren Erteilung nicht immer sicher ist (vgl. § 71 Abs. 2), so wird die Zulassungsstelle eine Obligation nicht zulassen können, wenn als Treuhänder eine ausländische juristische Person bestellt ist.

5. BadRpr. **11** 234 (LG. Freiburg). In Baden ist die gleichzeitig beantragte Anordnung der ZwV. und ZwVerw. als doppelt gebührenpflichtig zu behandeln. Es müssen dabei Zinsen und Kosten der Hauptsache hinzugerechnet werden.

6. NaumburgAK. **11** 75 (LG. Naumburg). Ein Personalgläubiger hatte die Anordnung der ZwV. eines ideellen Grundstücksanteils erwirkt. Darauf beantragte eine Hypothekgläubigerin die ZwV. des ganzen Grundstücks. Das AG. ließ nur ihren Beitritt zum Verfahren gegen den schon beschlagnahmten Anteil und neues ZwV. gegen den bisher freien Anteil zu. Das LG. ordnete aber auf Beschwerde gegen Jäckels frühere Ansicht zugunsten der Hypothekgläubigerin die ZwV.

des g a n z e n Grundstücks an. Beide ZwV.n gehen bis zu ihrer Verbindung nach § 18 nebeneinander her (umgekehrter Fall s. § 27 Ziff. 2!).

7. ZwV. in den Kolonien § 1 Ziff. 1. Vollmachtstempel § 78 Ziff. 1. Wesen des Antrags § 181 Ziff. 1.

§ 16. 1. S c h e r e r, SeuffBl. **11** 123. Zur Zwangsvollstreckung aus einer vor Anlegung des Grundbuchs errichteten bayerischen Hypothekurkunde, in der sich der Eigentümer des Grundstücks nicht der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, ist die Zustellung der die Rechtsnachfolge nachweisenden öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde nicht erforderlich, wenn der Rechtsnachfolger des Gläubigers seinerzeit im Hypothekenbuch eingetragen wurde (Art. 127 Bay. AGZPO., Art. VIII EGZPO., §§ 794, 799 ZPO.).

2. C o e n e n, SeuffBl. **11** 534. Daß der persönliche Vollstreckungstitel bei Eintragung der Forderung zugleich als dinglicher wirken könne, wird jetzt fast allgemein z. B. in RheinNotZ. **10** 122 und in BadNotZ. **08** 148 aus durchschlagenden Gründen verneint. Zur Klarstellung des ZwV.antrags und zur Vermeidung der Verzögerung des Verfahrens (vgl. § 62) ist es dringend zu empfehlen, nicht abgekürzte Urteilsausfertigungen nach §§ 496 Abs. 6, 317 Abs. 4 ZPO. zu verwenden, sondern bei beabsichtigter dinglicher Zwangsvollstreckung sich solche mit Tatbestand und Gründen erteilen zu lassen. Aus gleichen Gründen sollten auch die Zahlungsbefehle deutlich ersehen lassen, aus welcher Post und ob wegen der Hauptsumme oder der Zinsen Zahlung verlangt wird. — Richtig wird man Titel, die nach der dinglichen Seite wirken sollen, dahin fassen, daß darin lediglich die „Duldung der ZwV. oder ZwVerw." zum Ausdrucke kommt.

3. KGBl. **11** 58 (KG.). Eine Vollstreckungshandlung (z. B. gegen den Nießbraucher) vor Zustellung des Vollstreckungstitels (§ 750 ZPO.) ist in jeder Beziehung nichtig, wird auch nicht durch nachträgliche Zustellung des Titels geheilt. Teilweise aM. **RG. 25** 371, GruchotsBeitr. **28** 845, **36** 467.

4. Persönlicher Titel § 148 Ziff. 1. Konkursverwalter § 172 Ziff. 4.

§ 17. 1. OLG. **22** 408 (KG.). Die Anordnung der ZwV. setzt nach § 17 voraus, daß der Schuldner als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Ein die Veräußerung hinderndes Recht (z. B. des Ehemanns, des anfechtenden Konkursgläubigers, des Anwärters) begründet nach § 771 ZPO. die Widerspruchsklage. Ein solches Widerspruchsrecht gibt aber der bloße B e s i t z, auch der Eigenbesitz n i c h t.

2. **RG.** R. **11** Nr. 3810 usw. Die Klägerin A. erwirkte für 5443 M. Pfändung und Überweisung des Auflassungsanspruchs der B. gegen den Beklagten C. und erhielt von dessen Anwalt die unzutreffende Auskunft, daß jener Anspruch schon für D. und E. gepfändet sei. C. erwarb nun die vollstreckbaren Forderungen des D. von 30 000 M., ließ dafür jenen Auflassungsanspruch gegen sich selbst pfänden und erwirkte Auflassung für die B. an einen Sequester und gleichzeitige Eintragung von Sicherungshypotheken für seine von D. erworbenen 30 000 M. und für 880 M. des E. Sodann ließ er das Grundstück beschlagnahmen, worauf noch Sicherungshypotheken zu 21 500 M. für R. und 5000 M. für die A. eingetragen wurden. Als Selbstersteher kam er mit 10 578 M. als letzter zur Hebung. Aber Klägerin beansprucht davon 5526 M. wegen Schadensersatzpflicht und ungerechtfertigter Bereicherung des C. Vom RG. wurde das klagabweisende Urteil des LG. aus folgenden Gründen wiederhergestellt. Daß die A. die Forderung der B. vor C. gepfändet hatte, gibt ihr kein dingliches Vorrecht vor C. (vgl. § 848 ZPO.). Mögen nun auch persönliche Ansprüche im Teilungsstreit unter Umständen zulässig sein, so hat doch die A. aus dem Grunde, daß C. bei seinen Maßnahmen ihre Pfändungspfandrechte nicht berücksichtigte, keinen Schadensersatzanspruch gegen ihn. Schikane (§ 226 BGB.) und bewußtes Ausnützen des Irrtums der A. (§ 826 das.) liegt nicht vor. Für die angeblich Irrtum erregende Auskunftserteilung seines Anwalts ist C. nicht haftbar.

Eine schadenbringende Fahrlässigkeit im Sinne des § 823 BGB. hat auch der Anwalt nicht begangen. Auf eine erst nachträgliche, dem § 840 ZPO. nicht entsprechende Anfrage brauchte C. nicht zu antworten. Die angebliche Verletzung des Schutzgesetzes (§ 829 Abs. 1 Satz 2 ZPO.), die C. durch Auflassung an den Sequester für die B. begangen haben soll, ist ebenfalls nicht gegeben. Eine etwa denkbare Schadensersatzklage aus § 829 Abs. 1 Satz 1 das. ist nicht erhoben. Endlich ist C. auch keinesfalls auf Kosten der A., sondern höchstens auf Kosten der ihr vorgehenden Hypothekengläubigerin R. bereichert.

3. Lenhard, Die Eigentumsaufgabe an Grundstücken, ABürgR. **35** 370, führt unter anderem folgendes aus: (383 ff.): Die ZPO. hat in ihren §§ 58, 787 den Weg geebnet, auf dem die dinglichen Ansprüche zum Ziele kommen, auch wenn der Gegenstand derelinquiert ist. [Wegen persönlicher Forderungen kann allenfalls mittels Anfechtung der Dereliktion nach AnfG. oder KO. die ZwV. des Grundstücks erreicht werden.] — Die mit dem Grundstücke verbundenen, in Abt. II des Bestandsverzeichnisses eingetragenen Berechtigungen fallen mit der Aufgabe des Grundstückseigentums in sich zusammen. — Gegen Bendix (ABürgR. **32** 235) ist der Überschuß der ZwV. bis zur Aneignung durch den Fiskus als herrenlos zu erachten, vom Versteigerungsrichter zunächst unter Mitteilung an die zuständige Fiskalstelle zu hinterlegen und bei Nichtaneignung durch den Fiskus nach §§ 138, 140 ZVG., § 58 PrHinterlO. vom 14. März 1879 zu behandeln. — Der „Vertreter" nach §§ 58, 787 ZPO. vertritt nicht, sondern ersetzt den bisherigen Eigentümer. — Die Eigentumsaufgabe hat auf die etwaige Eigentümerhypothek des bisherigen Eigentümers keinen Einfluß. Dem Derelinquenten werden also (gegen Bendix) ohne weiteres die Rechte der §§ 58, 787 ZPO. zuzusprechen sein (402 f.).

4. BreslauAK. **11** 9 (Breslau). Steht fest, daß die Veräußerung und Auflassung des Grundstücks nur zum Schein erfolgte, so kann der Gläubiger des Veräußerers ohne weiteres die Duldung der ZwV. von dem scheinbaren Erwerber verlangen, ohne erst den Anspruch seines Schuldners auf Rückgewähr pfänden und sich überweisen zu lassen. AM. Jäger.

5. ZwV. in den Kolonien § 1 Ziff. 1.

§ 18. 1. Wolff, Streitfragen aus dem Rechte der ZwV. und ZwVerw., R. **11** 213. Zutreffend hebt Reinhardt als Erfordernis des § 18 hervor, daß der Gläubiger wegen seiner gesamten Ansprüche einheitlich aus mehreren Grundstücken Befriedigung sucht. Man darf deshalb nicht mit Dernburg, Sachenrecht § 255 Nr. 4 bestreiten, daß die Verbindung der ZwV. wegen mehrerer Forderungen desselben Gläubigers gegen denselben Schuldner zulässig ist. Dagegen darf der Gläubiger nicht in demselben Verfahren die Zwangsvollstreckung wegen der Darlehnsforderung von 1000 M. in das Grundstück A. und wegen der Forderung von 2000 M. in das Grundstück B. betreiben. Denn in diesem Falle fehlt die Einheitlichkeit. — Der Streit zwischen Kretzschmar und Jaeckel-Güthe ist dahin zu entscheiden, daß nach Verteilung einer Forderung gemäß § 1132 Abs. 2 BGB. oder § 867 Abs. 2 ZPO. auf verschiedene Grundstücke der Gläubiger die einheitliche ZwV. nicht unbedingt, sondern nur dann beantragen kann, wenn er den persönlichen Anspruch ungeteilt in der Zwangsvollstreckung verfolgt. Durch die Veräußerung eines Grundstücks an einen Dritten ist die einheitliche Zwangsvollstreckung in dieses Grundstück vollständig ausgeschlossen.

2. ZwV. in den Bruchteil und in das Ganze § 15 Ziff. 6. Gebäude auf der Grenze § 90 Ziff. 4.

§ 19. Adreßangabe des Hypothekgläubigers § 6.

§ 20. 1. Kretzschmar, Die Beschlagnahme im ZwV.verfahren, SeuffBl. **11** 49. Aus der sehr eingehenden Abhandlung sind folgende Sätze hervorzuheben: a) Die Beschlagnahme erzeugt zwar kein Pfandrecht, wie die Pfändung, aber ein

dinglich wirkendes Befriedigungsrecht und ein Absonderungsrecht im Konkurse. b) Mit Zustellung an den Schuldner wird sie wirksam (§ 22), meist wohl aber schon mit Eingang des Beschlusses beim Grundbuchamte. Dies gilt auch für die mithaftenden Gegenstände. Nur für Forderungen besteht, da für sie der Schutz des § 135 BGB. nicht gilt, im Anschluß an §§ 406—408 das. die Ausnahme des § 22 II. Gegen LG. Mannheim, BuschsZ. **32** 375, ist aber anzunehmen, daß die nach der Beschlagnahme erfolgte Pfändung als solche nicht wirksam ist, wenn das Zahlungsverbot oder die Pfändungsankündigung später geschehen ist. Nur der Drittschuldner ist geschützt. c) Das Pfändungsverbot des § 22 ist absolut wirksam (§ 865 ZPO.), das Veräußerungsverbot dagegen wirkt nur zugunsten des Gläubigers. Ihm zuwiderlaufende Veräußerungen, an sich gültig, werden im Verfahren nicht oder nur an später Stelle beachtet (§§ 9 Ziff. 2, 10 Ziff. 6). d) Tritt einem persönlichen Gläubiger ein anderer solcher nach § 27 später bei, so kann dem letzteren ein inzwischen bestelltes Recht vorgehen. Nach Grundstücksveräußerung durch den Schuldner kann ein persönlicher Gläubiger überhaupt nicht mehr beitreten. e) Der Dritte, der sich gegen §§ 23, 24 auf Wirksamkeit von Schuldnerverfügungen beruft, wird die gesetzlichen Voraussetzungen dafür oder doch wenigstens Fehlen grober Fahrlässigkeit bei ihm beweisen müssen. f) Bei Vorausverfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen und wiederkehrende Leistungen gelten die in §§ 1124, 1126 BGB. gezogenen Grenzen. — Trotz § 20 II wird man annehmen dürfen, daß die Versicherungsforderung gemäß § 1128 BGB., soweit sie nicht von Hypothekgläubigern beansprucht wird, der Mobiliarvollstreckung unterliegt (aM. OLG. **14** 110 — JDR. **6** § 20 Ziff. 7 — u. a.). Sog. Wiederherstellungsgelder des § 1130 BGB. sind nur beschränkt übertragbar und auszahlbar; soweit ihre Verwendung noch aussteht, erwirbt sie der Ersteher. g) Für das Verhalten des Grundbuchrichters bei Zusammentreffen von Eintragungsersuchen und anderen Anträgen sind im allgemeinen §§ 17, 46 GBO., § 879 BGB. maßgebend. Zu allgemein verneint v. d. Pfordten hier das Bestehen eines Rangverhältnisses. Streitfragen sind nötigenfalls im Prozeßwege zu entscheiden. Bei gutem Glauben des Bevorteilten sind vom Grundbuchrichter gemachte Rangfehler — abgesehen von Zwangshypotheken — gegen den Beschlagnahmegläubiger wirksam (**RG. 57** 277). — Die im § 26 enthaltene Einschränkung des Schutzes des guten Glaubens soll dem Realgläubiger unnötige Umwege ersparen. h) Der dingliche Gläubiger kann auch während des Konkurses Beschlagnahme erwirken. Die Beschlagnahme für den persönlichen Gläubiger bleibt nach Konkurseröffnung wirksam, kann aber dann nicht neu eintreten. Maßgebend ist hierbei die Zeit der Zustellung des Anordnungsbeschlusses an den Schuldner (nicht sein Eingang beim Grundbuchamt) einerseits und die Eintragung der Konkurseröffnung andererseits (§§ 13, 14, 47, 108 KO., 22 I ZVG.). Das Grundbuchamt muß aber dem formgültigen Ersuchen um Eintragung des ZwV.vermerkes immer entsprechen. i) Grundstückswegveräußerung nach Beschlagnahme hindert den Fortgang der ZwV. in der Regel nicht. Nur in Streitfällen kann Fristsetzung nach § 28 nötig werden, z. B. dann, wenn der nur persönlich berechtigte Beschlagnahmegläubiger behauptet, daß der Erwerber trotz seiner vorgehenden Eigentumseintragung den vor der Auflassung gestellten ZwV.antrag gekannt habe. — Die nach Beschlagnahme eingetragenen beschränkten dinglichen Rechte gehen nach §§ 9 Ziff. 2, 10 Ziff. 6 dem betreibenden persönlichen Gläubiger nach. Gegen die zuvor eingetragenen steht ihm der Beweis der Kenntnis des ZwV.antrags offen. k) Die von der Beschlagnahme mitumfaßten, nicht gemäß § 65 ausgenommenen, Sachen und Forderungen erwirbt der Ersteher mit. Der Zwangsverwalter verwendet sie und kann verschleppte Sachen vom Erwerber zurückverlangen und Forderungen ohne Rücksicht auf unwirksame Verfügungen darüber einklagen (§ 152). Bei bloßer ZwV. hat der Gläubiger diese Rechte, aber,

wenn er sie auch nicht ausübt, erwirbt Sachen und Forderungen doch der Ersteher. Hierbei können sich der beitretende Gläubiger und der Ersteher nur auf eine noch fortbestehende Beschlagnahme berufen. Auch kann trotz § 23 II Satz 2 gutgläubiger Erwerb Ausnahmen begründen, was zugunsten des Pfändungsgläubigers nie möglich ist. § 22 II schützt nur den Drittschuldner. Hat dieser gutgläubig nach Beschlagnahme gezahlt, so kann Gläubiger oder Ersteher nur aus rechtloser Bereicherung gegen den Pfändungsgläubiger klagen. Ähnlich, wenn die Mobiliarpfändung schon zur ZwV. der Sachen geführt hat. l) Die Beschlagnahme erlischt mit rechtskräftiger Aufhebung des Verfahrens und durch Rücknahme des Antrags, welch letztere schon mit ihrer Abgabe beim Vollstreckungsgerichte wirkt. Bei Antragsrücknahme nur des erstbetreibenden Gläubigers wird die vor dem Beitritte des anderen Gläubigers veräußerte und entfernte Sache frei. — Nach Durchführung des Verfahrens erlischt die Beschlagnahme nicht schon mit der Rechtskraft des Zuschlags, sondern erst mit der Übergabe des Grundstücks an den Ersteher.

2. DJZ. **11** 288 (Oldenburg). Weil dem Gläubiger durch die Beschlagnahme der Weg unmittelbarer Befriedigung eröffnet wird, ist deren innerhalb der Fristen des § 30 Ziff. 2 KO. auf Grund Urteils erfolgte Erwirkung — im Gegensatze zur Eintragung einer Sicherungshypothek nach § 648 BGB. — anfechtbar.

3. SächsRpflA. **11** 91 (Dresden, Strafs.). Wer das von ihm zur Sicherheit verkaufte Grundstückszubehör nach gültiger ZwV.- und ZwVerw.-Beschlagnahme des Grundstücks aus diesem fortschafft und mindestens mit der Möglichkeit der rechtswirksamen Beschlagnahme dieses Zubehörs rechnet, ist nach § 137 StGB. strafbar. ⇒ Ähnlich **RG.** JW. **11** 236. Red. ⇐

4. BayObLG. **12** 306, BayRpflZ. **11** 266. Mit Recht haben die Vorderrichter in der Streitsache über Zubehör eines nach altem bayerischen Rechte der ZwV. unterworfenen Grundstücks die Zubehöreigenschaft nach BGB., und die Pfandhaftung nach BayHypG. (§ 33) beurteilt. Die Klage des R., der die Sachen zur Sicherheit abgetreten erhalten hatte, auf deren Freigabe von der ZwV. ist mit Recht als unbegründet abgewiesen worden. (Wird ausführlich begründet.)

5. Schneider, Zur Geschichte und Auslegung des § 1121 Abs. 1 BGB., JheringsJ. **22** 175, bespricht folgenden Rechtsfall. Gastwirt A. richtete mehrere Fremdenzimmer im Wohnhause des B. ein und verpfändete diesem später deren Einrichtung für rückständigen Mietzins. Der Zugang der Zimmer vom Gasthof aus wurde vernagelt; D. ließ den Anspruch des A. gegen B. auf Herausgabe der Sachen pfänden. Nachher erfolgte Beschlagnahme des Gasthofs, der dem C. zugeschlagen wurde. Dieser erhob Klage aus § 771 ZPO. gegen D. Verf. ist zwar der von ihm selbst als nicht unzweifelhaft bezeichneten Meinung, daß an und für sich der Ersteher C. und der Hypothekar Rechte auf den Überschuß jener Sachen haben, glaubt aber, daß keiner von beiden in der Lage sei, das unbequeme Vorrecht des D. abzustoßen oder auch nur zur Liquidation zu bringen und daß sie abwarten müßten, ob die Sachen oder deren Erlösüberschuß an A. zurückfallen. Die mit „Entfernung" verbundene wirtschaftliche Verwertung von Zubehörstücken durch Veräußerung oder Verpfändung stellt er im allgemeinen einander gleich.

6. HansGZ. **11** Beibl. 197 (Hamburg). Eine allgemeine Verkehrsauffassung, wonach Wirtschaftsinventar nicht Zubehör ist, besteht in Hamburg nicht. Fortschaffung mit beschlagnahmten Zubehör ist Eingriff in das Eigentum des Gläubiger-Erstehers. Auf diesen Eingriff ist aber nicht § 992 BGB. über verbotene Eigenmacht, sondern § 990 mit § 989 das. anzuwenden.

7. Zinserhöhung § 10 Ziff. 3. Entfernung von Bestandteilen und Zubehör § 23 Ziff. 1, 3. Leitungsnetz § 57 Ziff. 1. Verfügung des Konkursverwalters § 172 Ziff. 3. Grundstücksveräußerung § 23 Ziff. 4. S. im allgemeinen auch §§ 37, 55, 90 und über wesentliche Bestandteile und Zubehör §§ 93 ff. BGB.

§ 21. 1. Oertmann, Die Pfändung stehender Früchte, BuschsZ. **41** 44. Gläubiger des Pächters können der Beschlagnahme ungeachtet die stehenden Früchte pfänden, selbst dann, wenn das Grundstück erst nach der Beschlagnahme zulässigerweise (nach § 24) verpachtet worden ist. Ältere dingliche Fruchtbezugsrechte, z. B. Nießbrauch, werden durch die Beschlagnahme nicht berührt. Ist sie ohne Vorbehalt solcher Rechte erfolgt, so hindert sie aber formell die Gläubiger des Drittberechtigten an Vornahme der Fruchtpfändung. Es ist hier nicht zu untersuchen, ob sie ihren Schuldner zur Ausübung seines Widerspruchsrechts zwingen oder dieses selbst pfänden lassen können. — Ist der tatsächlich erfolgten Beschlagnahme zuwider eine Fruchtpfändung vorgenommen worden, so ist sie unstatthaft und unwirksam; jedem Interessenten, insbesondere auch dem Zwangsverwalter, steht dagegen die Erinnerung gemäß § 766 ZPO. zu.

2. NaumburgAK. **11** 5 (LG. Magdeburg). Am 6. Juli 1910 erfolgte die ZwV.-anordnung, am 28. September 1910 ließ die Beklagte die Mietzinspfändung ankündigen. Der Zuschlag an die Klägerin erfolgte am 29. September 1910 und am 15. bis 18. Oktober 1910 die Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses betreffend die Mietzinsen. Die Klage des Erstehers auf dessen Unwirksamkeit war abzuweisen, weil die Pfändung auf die Vorpfändung zurückzudatieren und trotz der ZwV. Beschlagnahme für das laufende und nächstfolgende Kalendervierteljahr gemäß § 573 BGB. gültig war.

3. Bäume § 91 Ziff. 10. Kali § 148 Ziff. 2. Mobiliarversicherung § 15 EG. Ziff. 1.

§ 22. Schutz des Drittschuldners § 20 Ziff. 1 b, k.

§ 23. 1. **RG.** BayRpflZ. **11** 23, GruchotsBeitr. **55** 664, R. **11** Nr. 49, 69. Wenn auch dem Eigentümer im Interesse seiner Wirtschaftsführung im § 1121 BGB. das Recht verliehen ist, bis zur Beschlagnahme des Grundstücks einzelne Bestandteile der Haftung für die Hypotheken zu entziehen, so können er und Dritte dies doch nur nach den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft tun. Die Beklagten, die vor der Beschlagnahme eingehängte Fensterflügel (wesentliche Bestandteile) entfernt haben, griffen damit schuldhaft in die Rechte des klagenden Hypothekengläubigers nach § 823 Abs. 1 BGB. ein. Dieser wäre aber dann in Wirklichkeit nicht geschädigt, wenn er durch billige Erstehung des Grundstücks seinen Ausfall eingebracht hätte. Bei der notwendigen Feststellung in dieser Richtung ist allerdings nicht schlechthin der absolute Grundstückswert einzustellen, sondern auch zu berücksichtigen, daß der vom Kläger erlangte Vorteil nicht in barem Gelde besteht und daß das Grundstück für ihn nicht gerade den absoluten Wert haben muß. (BGB. § 1121 Ziff. 2.)

2. **RG.** ZBlFG. **12** 199, R. **11** Nr. 1738, 1799, WarnE. **11** 304. Die beklagte Maschinenfabrik durfte den als Zubehör von der Beschlagnahme mitergriffenen Motor durch Herausreißen und Wegschaffen der ZwV. nicht entziehen und zwar auch nicht auf Grund rechtskräftigen Urteils. Die §§ 135 BGB., 23 ZVG. erstrecken sich auch auf Zwangsvollstreckungen nach § 897 ZPO. Die Beklagte, die bei ihren Handlungen den ZwV.antrag kannte, kann sich dem klagenden betreibenden Hypothekgläubiger gegenüber auf ihr zurückerlangtes Eigentum am Motore nicht berufen. Gleichwohl kann der Kläger die Zurückschaffung des Motors auf das Grundstück nicht mehr beanspruchen und zwar auch nicht als Ersteher, weil der Motor sich zur Zeit der ZwV. bereits im Eigentum eines gutgläubigen Dritten befand (§ 932 BGB.), und seine Beschlagnahme daher nicht mehr wirksam war. Als Ersteher hat der Kläger auch keinen Schadensersatzanspruch, wohl aber als betreibender Hypothekgläubiger. Im Zweifel und ohne — der Beklagten obliegendem — Gegenbeweis war anzunehmen, daß mit dem Motor die ZwV. einen höheren Erlös ergeben hätte als ohne ihn. Das nach § 823 Abs. 1 BGB. erforderliche Verschulden der Beklagten

könnte zwar bei ihrem entschuldbaren Rechtsirrtum über Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung ausgeschlossen sein. Aber die infolge ihres großen Geschäftsbetriebs erfahrene Beklagte durfte keinesfalls ohne Einholung rechtlichen Rates zur Zwangsvollstreckung schreiten und sich nicht dabei beruhigen, daß der Gerichtsvollzieher diese Vollstreckung vorgenommen hat (JW. **07** 251, **RG. 73** 337).

3. **RG.** R. **11** Nr. 2295, 2379, 2380. Zunächst hatte der Zwangsverwalter gegen W. L. u. A. auf Herausgabe des nach der Beschlagnahme fortgeschafften Zubehörs zur Immobiliarmasse geklagt, er war aber als nicht sachlegitimiert mit der Klage abgewiesen worden. Hierauf erfolgte die ZwV. unter der Bedingung, „daß der (vorerwähnte) Prozeß mit allen Rechten und Pflichten dem Ersteher übertragen werde". Der Zessionar des Erstehers, B., erhob sodann gegen W., L. u. A. Klage auf Herausgabe fraglichen Zubehörs (Früchte, Vieh) oder Wertersatz dafür und hatte aus folgenden Gründen Erfolg: Nach nicht zu beanstandender Auslegung des Berufungsgerichts war durch den Zuschlag der Herausgabeanspruch dem Ersteher wirksam übertragen. Es bedurfte dessen aber gar nicht, weil die Beklagten bei der Fortschaffung der Sachen die Beschlagnahme und die Ordnungswidrigkeit der Verfügung des ZwV.schuldners kannten oder doch kennen mußten, weil daher die Verfügung den betreibenden Gläubigern gegenüber unwirksam war und weil deshalb die Gegenstände kraft des Gesetzes vom Zuschlag ergriffen wurden und in das Eigentum des Erstehers übergingen (§§ 55, 90, **RG. 70** 378, GruchotsBeitr. **48** 380, JW. **09** 233). Dabei durften die fortgeschafften Kartoffeln, obschon nicht unmittelbar für das Gut, sondern vertragsgemäß für die Genossenschaftsbrennerei bestimmt, doch als Gutszubehör erachtet werden und die „Wirtschaftlichkeit" der Veräußerung der fünf Kühe (angeblich, um Mittel zu Arbeitslohnzahlungen zu gewinnen) ist nicht dargetan.

4. Voß, Relatives Veräußerungsverbot und Vormerkung nach BGB., JheringsJ. **24** 293, bespricht die von ihm teilweise nicht gebilligten Ansichten Strohals, Raakes, Knockes über diese Frage und behandelt u. a. 322 auch die ZwV.beschlagnahme mit folgenden Sätzen: Veräußert der Schuldner das beschlagnahmte Grundstück an einen Dritten, so kommt es darauf an, ob die Beschlagnahme wegen eines dinglichen oder eines persönlichen Anspruchs angeordnet ist. Im ersteren Falle hat die Veräußerung auf den Fortgang des Verfahrens keinen Einfluß. Der Erwerber kann also keinen Widerspruch (§ 771 ZPO.) erheben. Im letzteren Falle hingegen dringt er mit seinem Widerspruche durch, wenn er in Ansehung der Beschlagnahme in gutem Glauben gewesen ist. Aus dieser Regelung ergibt sich mit überzeugender Klarheit, daß das (ZwV.)Verfahren auf Grund des dem Schuldner an den Grundstücken zustehenden Rechtes fortgesetzt wird.... Die Beschlagnahme hält den durch das Verbot betroffenen Gegenstand im Vermögen des Verbotsträgers fest, ohne daß ihre Wirkung auf den Dritterwerber übertragen wird.... Der Dritterwerber hat unter der gesetzlichen Form des § 925 ein Minderrecht erworben, das zwar die auf diese Übertragung gegründete Herrschaft über das Grundbuch gewährt, nichtsdestoweniger aber unter einem abschwächenden gesetzlichen Vorbehalte steht. Er kann weiter über das Grundstück verfügen, wird aber der Zuschlag erteilt, so müssen sowohl das Eigentum des Dritterwerbers wie alle von diesem sich ableitenden grundbuchmäßigen Rechte zufolge §§ 130, 91 gelöscht werden....

5. Guter Glaube § 20 Ziff. 1 e, g, k. Löschung nacheingetragener Rechte § 130 Ziff. 9. Verfügungen des Konkursverwalters § 172 Ziff. 3, 5; § 173 Ziff. 1. Anmeldung nacheingetragener Rechte § 37 Ziff. 5.

§ 24. Beweispflicht des Dritten § 20 Ziff. 1 e. Verpachtung § 21 Ziff. 1.

§ 25. Auslagen § 15 Ziff. 1 II. Versicherung § 146 Ziff. 3.

§ 26. Gesetzgeberischer Grund § 20 Ziff. 1 g.

§ 27. 1. SeuffBl. **11** 711, R. **11** Nr. 3708 (Dresden). Die Beschlagnahme des Grundstücks zugunsten eines dem ZwV.verfahren beitretenden Gläubigers gelangt erst durch Zustellung des Beitrittsbeschlusses an den Schuldner zur Wirksamkeit.

2. HessRspr. **12** 87 (LG. Gießen). Ist das Ganze beschlagnahmt, so muß der Beitritt für einen Bruchteil des Grundstücks zugelassen werden. (Umgekehrten Fall s. § 15 Ziff. 6.)

3. Rechte auf Zubehör usw. § 20 Ziff. 1 d, k, l. Beitritt zur ZV. § 181 Ziff. 2.

II. Aufhebung und einstweilige Einstellung des Verfahrens.

§ 28. 1. **RG. 76** 357, JW. **11** 715. F. ließ auf Grund Wechselurteils gegen die L.schen Erben das Grundstücksaufgebotsrecht der Witwe L. gegen die verschollene R. pfänden und sich überweisen, erwirkte Ausschlußurteil gegen die R., ließ die Witwe L. als Eigentümerin, für sich Sicherungshypothek zu 4038 M. eintragen und sodann die ZwV. des Grundstücks einleiten. Auf deren Unzulässigkeit erhoben die L.schen Kinder als Nacherben Klage. Diese wurde vom LG. zugesprochen, vom OLG. abgewiesen. Das RG. hob auf und verwies zurück, weil sich das Ausschlußurteil äußerlich nur gegen die R., nicht aber im Sinne des § 927 BGB. gegen alle Eigentumsberechtigte, z. B. nicht gegen die Witwe L. als Vorerbin ihres Mannes richte und weil daher noch untersucht werden müsse, 1. ob die innere Tragweite des Ausschlußurteils doch etwa eine weitergehende sei, 2. ob die von den L.schen Kindern als Nacherben nach ihrer Mutter, Witwe L., geltend gemachten Verfügungsbeschränkungen (§§ 2113 ff. BGB., 773 ZPO.) sich auf das der ZwV. unterstellte Grundstück erstrecken.

2. Kretzschmar, Die Verfügungsmacht des Vorerben, ZBlFG. **12** 1, führt 7 ff. folgendes aus: Die Zwangsvollstreckung (bei vorhandenen Nacherben) ist unbeschränkt wirksam, a) wenn der persönliche Anspruch eines Nachlaßgläubigers (§ 1967 Abs. 2 BGB.) geltend gemacht wird, wobei der Nacherbe gemäß § 9 Nr. 2 ZVG. als Beteiligter beizuziehen ist; b) wenn die Zwangsvollstreckung aus einem, einen Erbschaftsgegenstand belastenden, gegen den Nacherben wirksamen Rechte (Hypothek usw.) betrieben wird. Die ZwV. des Nachlaßgrundstücks, die der Gläubiger auf Grund der von einem befreiten Vorerben bestellten Hypothek beantragt, wird ohne Beibringung der Zustimmung des Nacherben, der ja allenfalls Widerspruchsklage erheben kann, zuzulassen sein. Auch eine vom nicht befreiten Vorerben zum Zwecke der Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten u. dergl. bestellte Hypothek kann unbedingt wirksam sein. Hier muß jedoch der Gläubiger dem Vollstreckungsgerichte die Zustimmung des Nacherben beibringen. c) Eigengläubiger des Vorerben können dagegen ohne Zustimmung des Nacherben gemäß § 773 ZPO. die ZwV. des Nachlaßgrundstücks nicht betreiben. Jedoch ist diese Bestimmung nur Ordnungsvorschrift und durch eine (ohne Widerspruchsklage des Nacherben) durchgeführte ZwV. erlischt das Recht des Nacherben an dem Grundstücke sogar gegenüber einem bösgläubigen Erwerber, falls nicht sein Bestehenbleiben Versteigerungsbedingung ist. Übrigens kann sich der ZwV.richter schadensersatzpflichtig machen, wenn er trotz Ersichtlichkeit des Nacherbenrechts nicht nach § 28 verfährt.

3. BayObLG. **12** 126, SeuffBl. **11** 432, BayNotZ. **11** 126. Sind nach Mainzer Landrecht die Kinder durch das Beisitzrecht des überlebenden Elternteils in der Veräußerung und Belastung des Vermögens, das zum eingebrachten Gute des verstorbenen Eheteils gehört, beschränkt, so darf auch ein Gläubiger, der an diesen Vermögen im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung oder Sicherung suchen will — da er sein Recht nur aus dem Rechte der Kinder, über das Vermögen zu verfügen, ableitet — mit der Vollstreckung nicht vorgehen, wenn er nicht auch gegen

den Beisitzberechtigten einen vollstreckbaren Titel oder Einwilligung nach §§ 19, 29 GBO. erlangt hat. Der Widerspruch der beisitzberechtigten Witwe war daher begründet, dagegen nicht der einzelner Kinder als Miterben, wenn diese sich zum Teil auch auf Ausgleichungsansprüche gegen ihre Miterben stützten (§ 864 Abs. 2 ZPO.).

4. SchlHolstAnz. **11** 330 (Kiel). Auch eine zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung eingetragene Vormerkung steht der ZwV. entgegen, sofern der Anspruch des betreibenden Gläubigers nach der Eintragung der Vormerkung entstanden ist.

5. ElsLothNotZ. **11** 32 (Colmar). Wenn der Schuldner an einer aufgelösten Gütergemeinschaft des alten (elsaß-lothringschen) Rechtes beteiligt ist, so können weder die zu dieser Gemeinschaft gehörigen Grundstücke noch der dem Schuldner hieran zustehende Anteil durch ZwV. veräußert werden.

6. ElsLothJZ. **11** 644 (Colmar). Wie nach ZVG., so ist es auch nach §§ 27, 36 ElsLothAGZVG. in der ZwV. des Löschungsverfahrens zum mindesten statthaft, Einwendungen gegen die sachliche Zulässigkeit des ZwV.antrags gemäß § 767 ZPO. vor dem Prozeßgericht auszutragen.

7. Besitz hindert nicht § 17 Ziff. 1. Fristsetzung, Aufhebung § 20 Ziff. 1 l. Wiederkaufsrecht § 90 Ziff. 7.

§ 29. Vollmacht § 15 Ziff. 2. Wirkung der Aufhebung § 20 Ziff. 1 l. Konkursverwalter § 178.

§ 30. 1. KGBl. **11** 134 (LG. I Berlin). Von mehreren die ZwV. betreibenden Gläubigern kann jeder für sich allein (unbeschadet des Fortganges des Verfahrens für die übrigen) die einstweilige Einstellung des Verfahrens bewilligen.

2. Wirkung auf das geringste Gebot § 44 Ziff. 1. Vollmacht § 15 Ziff. 2. Einstweilige Einstellung in Zubehör § 37.

§ 31. Wiederkaufsrecht § 90 Ziff. 7.

III. Bestimmung des Versteigerungstermins.

Vorbemerkung: Gegen die bedauerliche, preisdrückende Ungewißheit darüber, ob Bestandteil oder Zubehör vorliegt, ist Conzes Vorschlag § 37 Ziff. 4 sehr beachtenswert. Freilich wird der Wert des in Aussicht stehenden Prozesses meist auch nur gering angeschlagen werden.

§ 37. 1. **RG.** JW. **11** 229, R. **11** Nr. 1035, WarnE. **11** 154. Mit **RG. 70** 399 ist anzunehmen, daß zur Herbeiführung der Ausschließung der Lokomobile (als Zubehör) von der ZwV. neben dem Einstellungsbeschluß des Prozeßgerichts noch ein gleicher Beschluß des Vollstreckungsrichters nötig war, der formfrei sein durfte, aber unzweideutig erkennbar sein mußte. Das Berufungsgericht verneint einen solchen Beschluß, weil im Versteigerungsprotokolle lediglich der prozeßgerichtliche Beschluß sowie der Beginn des Widerspruchsprozesses bekannt gegeben, sodann aber die gesetzlichen ZwV.bedingungen auch für die mitzuversteigernden Gegenstände als maßgebend erklärt seien. Kraft eigener Auslegungsbefugnis kann diese Auffassung jedoch vom Revisionsgerichte nicht gebilligt werden.

2. **RG.** R. **11** Nr. 993, DJZ. **11** 593. Wird eine Anordnung des Prozeßgerichts, wodurch die Zwangsvollstreckung in einzelne Zubehörstücke einstweilen eingestellt ist, von dem die Einstellung betreibenden Teile dem ZwV.gerichte nicht rechtzeitig mitgeteilt, so handelt sein Gegner nicht wider die guten Sitten, wenn er von jener ihm bekannten Anordnung nicht seinerseits dem Vollstreckungsrichter Mitteilung macht, sondern an seiner Ansicht, daß die Gegenstände wesentliche Bestandteile des Grundstücks seien, festhält.

3. **RG.** R. **11** Nr. 2758, WarnE. **11** 394. Die von der Klägerin für die zwangsversteigerte Mühle gelieferte Turbinenanlage war nicht von der ZwV. ausgenommen und dem Ersteher ausdrücklich mit zugeschlagen worden. Wäre die mit Eigentums-

vorbehalt verkaufte Turbinenanlage nur Zubehör gewesen, so stünde der Klägerin der Erlösanspruch des § 37 Ziff. 5 zu, wäre sie wesentlicher Bestandteil geworden, so wäre dies nicht der Fall. Das OLG. nahm das letztere an und wies daher die Widerspruchsklage gegen die Verteilung ab. Es muß aber nochmals geprüft werden, ob die Turbinenanlage teilweise doch nicht bloßes Zubehör war. Für diesen Fall kommen für den Erlösanspruch der Klägerin nach §§ 37 Ziff. 5, 92 drei Meinungen in Betracht: a) Zuteilung eines dem Verhältnisse des Wertes der Gegenstände zu dem Werte des (sonstigen) Grundstücks entsprechenden Erlösteils; b) Berechnung nach Verhältnis des Wertes der Gegenstände zum Werte des ganzen Grundstücks (einschließlich der Gegenstände); c) Verpflichtung des Zubehöreigentümers zum Nachweise, wieviel weniger der Ersteher bei Nichtmitversteigerung der Gegenstände geboten haben würde. An sich ist der Ansicht c beizutreten, aber doch ist, wenn nicht besondere Umstände entgegenstehen, die Berechnung b anzuwenden, was auch der ähnlichen Vorschrift des § 471 BGB. entspricht.

4. Conze, Zur Behandlung von Zubehörstücken und wesentlichen Bestandteilen im ZwV.verfahren, DJZ. **11** 678. Bei notwendig mitzuversteigernden wesentlichen Bestandteilen kann die Frage eines gesonderten Rechtes eines Dritten daran gar nicht entstehen. Anders bei Zubehörstücken, für die zwei inhaltlich gleiche Beschlüsse des Prozeß- und des Vollstreckungsgerichts die Mitversteigerung hindern können. Nobile officium des ZwV.richters ist es, dem Rechte auf Zubehörstücke Anmeldenden klar zu machen, daß er noch im Termine Beschluß auf einstweilige Einstellung erwirken könne und müsse. Hat der betreibende Gläubiger ein Zubehörstück freigegeben, so wird nicht bloß einstweilige Einstellung, sondern Aufhebung der ZwV. in dies Stück zu beschließen sein. Nicht betreibende dingliche Gläubiger sind nicht berechtigt, dies zu hindern. — Die eigentliche Schwierigkeit für den ZwV.-richter beginnt bei Ungewißheit, ob wesentlicher Bestandteil oder Zubehör gegeben. Freilich wird der Richter, der in solchen Fällen es beim Einstellungsbeschluß unter Mitteilung der ungewissen Rechtslage bewenden läßt, an sich korrekt handeln. Aber solches Verfahren ist dennoch nicht zu billigen, da es zur erfolgreichen Gestaltung der ZwV. einen Weg gibt, Klarheit statt Unklarheit bei den Beteiligten und bestmöglichen Erlös zu erzielen. Dies kann geschehen, wenn auf Antrag eines Beteiligten eine Versteigerungsbedingung folgender Art festgesetzt wird: „Der Ersteher hat, falls im Prozeßwege festgestellt werden sollte, daß die Maschine als wesentlicher Bestandteil mit versteigert ist, x Mark (oder den Notfalls im Prozeßwege festzustellenden Wert der Maschine) über den von ihm gebotenen Betrag hinaus zu zahlen. Unter der Bedingung solcher rechtskräftiger Feststellung soll im Verteilungsverfahren die Forderung gegen den Ersteher insoweit auf den sonst ausfallenden zunächst Berechtigten — event. auch auf den Schuldner, wenn sich ein Überschuß ergibt — übertragen werden" (analog §§ 125, 50, 51). — Dann mag jeder, der Interesse daran hat (der Ersteher selbst oder der Übertr gungsempfänger) den Prozeß gegen den Dritten, der den Einstellungsbeschluß erwirkt hat, betreiben. Eine gleiche Bedingung, wie vorstehende, kann auch für den Fall der Freigabe der Maschine durch den betreibenden Gläubiger und demgemäß beschlossener Aufhebung der ZwV. in sie beantragt werden, da auch ein solcher Aufhebungsbeschluß die etwa gegebene Bestandteilseigenschaft nicht beseitigen kann.

5. **RG. 76** 379, JW. **11** 781, DJZ. **11** 1091, R. **11** Nr. 2968. Gegenüber dem PrZVG. und dem ersten Entwurfe des ZVG. bringen die §§ 37 Nr. 4 u. 110 die schwerwiegende Neuerung, daß nunmehr auch die Rechte angemeldet werden müssen, die bei der Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt werden können, sollen sie dem Nachteil entgehen, daß sie bei der Erlösverteilung an die letzte Stelle treten. Zweck dieser Vorschrift ist, daß ein nicht im geringsten Gebot stehender Berechtigter, der sein Recht herausbieten will, genau das dazu erforderliche Gebot

berechnen kann. Bei §§ 37 Nr. 4, 110 ist der, spätere Bereicherungsklage zulassende, Grundsatz des § 878 ZPO. nicht anwendbar, bei ihnen ist der Nachteil des Zurücktretens endgültig. Der gegenteiligen Meinung des OLG. Stuttgart (R. **08** Nr. 3320) kann nicht beigetreten werden. **RG.** WarnE. **10** Nr. 117 stimmt wenigstens im Endergebnisse mit gegenwärtiger Entscheidung überein. Das Berufungsgericht durfte daher den Kläger nicht zum Teil auf die seiner Meinung nach erfolgreiche Bereicherungsklage verweisen, nachdem er vom beklagten ZwV.richter Schadensersatz deshalb verlangt, weil infolge der Fahrlässigkeit des letzteren eine erst n a ch Eintragung des Versteigerungvermerkes für den Kläger eingetragene und daher der Anmeldung bedürftige Hypothek nicht rechtzeitig angemeldet worden und daher zum größeren Teile ausgefallen ist.

6. OLG. **22** 410 (Königsberg). Die Terminsbestimmung entsprach nicht dem § 38. Es war für Dritte, namentlich den Beklagten, nicht erkennbar, daß mit dem Grundstücke Nr. 1 auch die völlig davon getrennt liegende Baulandparzelle getroffen war. Der Herausgabeanspruch des Erstehers ist sonach unbegründet.

7. M a r c u s , ZBlFG. **12** 209. Herrschende Ansicht scheint zu sein: a) daß das Verfahren auch in Ansehung nur eines Zubehörstücks aufgehoben werden könne, b) daß die Freigabe des Zubehörstücks durch den betreibenden Gläubiger einem im Interventionsprozesse gegen ihn ergangenem Urteile gleichstehe. Nach solcher Freigabe kann der Gläubiger nicht verlangen, daß die Zubehörstücke von neuem der ZwV. unterworfen werden. Durch Abgabe der Freigabeerklärung steht fest, daß sie als nicht dem Eigentümer gehörig nach dem Gesetz der ZwV. nicht unterliegen. Die Zubehörstücke können erst dann wieder in das Verfahren einbezogen werden, wenn die Freigabeerklärung des Gläubigers und zwar nach rückwärts hin in Fortfall gekommen ist. Selbstverständlich kann sie — besonders nach ergangenem Aufhebungsbeschluß — nicht einfach zurückgezogen werden. Über die Voraussetzungen ihres Fortfalls entscheidet vielmehr, auch wenn man der Freigabeerklärung prozeßrechtliche Natur beilegen sollte, in Ermangelung besonderer prozeßrechtlicher Vorschriften das bürgerliche Recht (§§ 116 ff. BGB.). Liegen deren Voraussetzungen nicht vor, dann ist die Freigabeerklärung ebenso endgültig wie das Urteil im Interventionsstreite. Ist sie aber anfechtbar, dann muß zugleich mit ihr der darauf gegründete, das Verfahren in Ansehung des Zubehörstücks aufhebende, Beschluß angefochten werden. Ist dieser Beschluß wegen Erschöpfung des Instanzenzugs oder wegen Ablaufs der Beschwerdefrist nicht mehr anfechtbar, dann bleiben die Zubehörstücke endgültig von der ZwV. frei, gleichgültig, ob der Aufhebungsbeschluß auf dem im Interventionsprozeß ergangenen Urteil oder auf einer Freigabeerklärung des Gläubigers beruht.

8. **RG. 77** 296, JW. **12** 203, DJZ. **12** 457, R. **12** Nr. 327. Wenn nicht die Beklagte, so hätte die Bestellerin der Höchstbetragshypothek, R., das Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse vor dem Kläger, falls jene Hypothek überhaupt wirksam zustande gekommen ist. Unerheblich wären dann die Fragen, ob die Hypothek nur für künftigen oder auch für vergangenen Kredit bestellt worden, inwieweit sie ausgefüllt ist und ob sie daher etwa teilweise dem Beklagten, teilweise der R. gebührte. Aber der Kläger meint, die R. habe wegen unterbliebener Anmeldung ihres etwaigen Anspruchs gemäß §§ 37 Nr. 4 u. 110 ihr Vorzugsrecht verwirkt oder sogar darauf verzichtet. Indessen fordert der § 37 nur die Anmeldung der aus dem Grundbuche nicht ersichtlichen R e ch t e , aber nicht der Personen, denen sie zustehen, wie aus Wortlaut und Sinn des Gesetzes und namentlich auch aus § 126 hervorgeht. Mit der Möglichkeit, daß eine eingetragene Hypothek von Anfang an nur Eigentümerhypothek ist oder es später wird, ist stets zu rechnen. Nach dem Tatbestande kann auch von einem Verzichte der R. auf ihr Vorzugsrecht, namentlich auch von einem solchen zugunsten des Klägers, keine Rede

sein. Da nun — wie eingehend ausgeführt wird — die Höchstbetragshypothek nicht nichtig, sondern gültig zustande gekommen ist, so war die Revision des mit seiner Widerspruchsklage gegen ihr Vorgehen vor seiner Hypothek abgewiesenen Klägers hinfällig.

9. Zohlen, KGBl. **11** 19, spricht sich für ausschließliche und unanfechtbare Befugnis des betreibenden Gläubigers zur freien Entschließung über die Mitversteigerung oder Freigabe tatsächlichen Zubehörs aus und hält im Falle der Freigabe nur Aufhebungsbeschluß des Vollstreckungsgerichts für nötig, Zustimmung der anderen Beteiligten nicht für erforderlich.

10. Öffentliche Lasten § 10 Ziff. 20. Bekanntgabe der Anmeldungen § 66 Ziff. 4. Mitversteigerte fremde Sachen § 92 Ziff. 1, 2, 3. Verjährungsunterbrechung durch Anmeldung § 162 Ziff. 4. Gemeines Eigentum des Staates § 180 Ziff. 2. S. im allgemeinen auch §§ 20, 55, 90!

§ 38. Genaue Bezeichnung § 37 Ziff. 6.

§ 39. Ausländische Bekanntmachung § 162 Ziff. 2.

§ 41. 1. ⇛ **RG.** 18. 3. 11. Klagt nach mehreren vorausgegangenen ungenehmigten Schuldübernahmen der in der ZwV. ausgefallene Hypothekgläubiger auf Grund Abtretung oder Pfändung der Rechte des ursprünglichen persönlichen Schuldners gegen spätere Grundstückserwerber auf seinen Ausfall, so können ihm die Beklagten den Einwand der Nichtbenachrichtigung des ursprünglichen persönlichen Schuldners von der ZwV. (§ 1166 BGB.). dann nicht entgegensetzen, wenn sie ohnedies als Hypothekengläubiger vom ZwV.termine Kenntnis hatten. Nach dem bestehenden Rechtszustande können sie ihm auch seine Deckung durch Selbstersteigerung des Grundstücks weit unter Wert nicht entgegenhalten. (Vgl. Posen in PosMsch. **11** 169.) Red. ⇚

2. ⇛ **RG.** 17. 5. 11. Tritt jemand (Brief-)Hypotheken unter Gewähr für deren Sicherheit ab und vereinbart er zu dem Zwecke, daß der Abtretungsempfänger und durch diesen er selbst von einer etwaigen ZwV. sicher Kenntnis erhalte, die vom Abtretungsempfänger zu bewirkende Eintragung der Übertragung im Grundbuche, so kann diese Vereinbarung dahin ausgelegt werden, daß der Abtretungsempfänger nur dann für Versäumung seiner Eintragungspflicht haften solle, wenn der bisherige Gläubiger nicht anderweitig von der ZwV. Kenntnis erlange. Red. ⇚

3. Aufgabe an die Post § 43 Ziff. 1. Kenntnis des Termins ohne besondere Mitteilung § 85 Ziff. 6.

§ 42. Notwendigkeit der Akteneinsicht § 66 Ziff. 4.

§ 43. 1. OLG. **22** 410 (Hamburg). Die Aufgabe der Terminsbestimmung an sie zur Post kann von der Hypothekgläubigerin nicht bemängelt werden, denn, daß sie einen Zustellungsbevollmächtigten hatte, ergeben die Akten nicht und aus anderen Sachen braucht das AG. das Bestehen einer Vollmacht und den jetzigen Witwenstand der Gläubigerin nicht zu entnehmen. Der Zeit und Adresse der Aufgabe vermerkende Beamte war dazu anstatt des Gerichtsschreibers gesetzlich berechtigt.

2. ElsLothNotZ. **11** 33 (Colmar). Bei nicht fristmäßiger Zustellung des Termins muß der Zuschlag aufgehoben werden, auch dann, wenn einem nicht nachweislichen Zustellungsbevollmächtigten zugestellt wurde.

IV. Geringstes Gebot. Versteigerungsbedingungen.

Vorbemerkung: Es ist für die Bildung des geringsten Gebots besonders darauf hinzuweisen, daß, wie überwiegend die Rechtswissenschaft, sich nun auch das RG. dafür ausgesprochen hat, daß der persönliche Vollstreckungstitel für eine eingetragene Forderung dem dinglichen Titel nicht gleichsteht. S. §§ 53 Ziff. 2; 148 Ziff. 1; 16 Ziff. 2.

§ 44. 1. Marcus, R. **11** 94. In einem Falle, da der Magistrat die ZwV. eines etwa mit 10 000 M. Hypotheken belasteten Grundstücks für 100 M. Grund-

steuer einleiten ließ, B. sodann am 15. August für 200 M., vollstreckbare Wechselforderung, dem Verfahren beitrat und am 1. September der Magistrat dessen einstweilige Einstellung bewilligte, fragt es sich, ob das geringste Gebot nur in den Kosten des Verfahrens, oder in diesen + 100 M. Grundsteuer + 10 000 M. Hypotheken zu bestehen hat. Gegen Wolff, R. **10** 654 (JDR. **9** § 30) wird das letztere anzunehmen sein. Es verbleibt bei der Beschlagnahme zwar zugunsten des die einstweilige Einstellung bewilligenden Gläubigers, im übrigen ruht aber das von ihm betriebene Verfahren und er wird bei Aufstellung des geringsten Gebots nicht als betreibender Gläubiger behandelt.

2. **RG.** JW. **12** 44, R. **11** Nr. 3905. Daß die Vorstandsmitglieder der Beklagten nach § 826 BGB. die Beklagte schadensersatzpflichtig gemacht hätten, wenn sie bei ihrem Meistgebote von nur 895 M. den Irrtum des Klägers, als gehe seine (des betreibenden Gläubigers) erste Hypothek von selbst auf den Ersteher als Schuldner über, gekannt und ausgenutzt hätten, nimmt das Berufungsgericht zutreffend an. Mit Unrecht meint der Kläger aber, daß die Beklagte ihm auch dann den Ausfall zahlen müsse, wenn sie nicht schon im ZwV.termine seinen Irrtum gekannt hätte. In diesem Falle hätte sie den Zuschlag auf völlig gesetzlichem Wege erlangt. Begründet ist für diesen zweiten Fall — daß die Beklagte im ZwV.termine den Irrtum des Klägers teilte —, aber der Angriff des Klägers gegen die Zurückweisung seines weiteren Klagegrundes aus §§ 270 PrStGB., 823 Abs. 2 BGB. wegen Abhaltens des S. vom Bieten durch die Beklagte. Irrtümlich vermißt das OLG. den ursächlichen Zusammenhang zwischen Abhalten vom Bieten und Schaden und vernahm es deshalb den S. nicht als Zeugen. Es ist möglich, daß dieser an den Übergang der Hypothek nicht geglaubt hat und diese daher bei entsprechendem Werte des Grundstücks ausgeboten oder doch mehr als die Beklagte geboten haben würde. Selbst, wenn auch S. oben erwähnten Irrtum teilte, konnte er dies möglicherweise tun. Ohne den Zeugen zu hören, konnte das Berufungsgericht nicht beurteilen, ob und wie er seine angebliche Bietungsabsicht ausgeführt hätte, wenn er nicht abgehalten worden wäre. Über all dies konnte sich nach Vernehmung des S. freie richterliche Überzeugung nach § 287 ZPO. bilden. Der Kläger hat das Vorhandensein aller Tatbestandsmerkmale des § 270 PrStGB., insbesondere auch das Versprechen eines Vorteils durch die Beklagte an S. behauptet und der § 270 ist auch ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.

3. PosMSchr. **11** 159 (LG. Graudenz). Ein eingetragenes Altenteil, wogegen aber der betreibende Gläubiger X. rechtkräftiges Anfechtungsurteil erwirkt hatte, durfte nicht in das geringste Gebot aufgenommen werden. X. ist trotz etwaiger anderer Rechtsbehelfe dagegen durch dies Verfahren benachteiligt und hat das Beschwerderecht gegen den Zuschlag nach § 84.

4. Kosten § 49 Ziff. 1. Irrtum §§ 52 Ziff. 1, 66 Ziff. 7. Persönlicher Titel §§ 16 Ziff. 2, 53 Ziff. 2, 148 Ziff. 1. Hypothek des Erstehers im Mindestgebot § 58 Ziff. 9. Beschwerde § 83 Ziff. 1. Löschungsvormerkung § 91 Ziff. 12. Baugelderzinsen § 115 Ziff. 17. ZwV. im Konkurse § 173 Ziff. 1. Vormerkung § 48 Ziff. 3. Einwendungen § 59 Ziff. 1.

§ 45. Öffentliche Lasten § 10 Ziff. 20.

§ 47. Laufende Beiträge, Fristen § 10 Ziff. 19, 20.

§ 48. 1. **RG.** BayRpflZ. **11** 183, SächsRpflA. **11** 153, ZBlFG. **11** 746. In der ZwV. wird die Vormerkung zwar einem bedingten Rechte gleichgeachtet, es geschieht dies aber nur unter der Voraussetzung, daß das Recht nachträglich festgestellt wird, die Bedingung, wenn man von einer solchen reden darf, eintritt. Dies ist hier nicht der Fall. Der Schuldner kann der Klägerin den Brief über die Hypothek der Beklagten, vor der der Klägerin auf Grund Vorbehalts (§ 881 BGB.) der Vorrang

eingeräumt ist, nicht verschaffen, und die Beklagte braucht diesen Hypothekenbrief wegen nicht eingetretener Bedingung des Rangvorbehalts nicht auszuhändigen.

2. Voß, ZBlFG. **11** 730. Im Gegensatze zu § 24 KO. umfaßt die Rechtsvorschrift des § 48 ZVG. auch die Löschungsvormerkung des § 1179 BGB.

3. Strucksberg, JW. **11** 559 bespricht folgenden Fall: I. Hypothek: 100 000 M., II. 75 000 M., III. 75 000 M. Hierauf folgte im Range die Auflassungsvormerkung für Y., der das Grundstück vom Eigentümer A. für 275 000 M. unter Übernahme obiger 3 Hypotheken und Barzahlungspflicht zu 25 000 M. gekauft hatte. Im Nachrang stand noch eine IV. Hypothek von 125 000 M. Stadt X. betrieb für Grundsteuern die ZwV. Z. erhielt den Zuschlag für 301 000 M. (bei wahrem Grundstückswerte zu 300 000 M.). Bei der Teilung gingen vom Erlöse 11 000 M. für Kosten, Lasten usw. vorweg ab, die Zinsen der Hypotheken I, II, III betrugen zusammen rund 5000 M. Verf. ist der Meinung, daß bei richtiger Anwendung der vom RG. (vgl. JDR. **7** § 115 Ziff. 1, BayRpflZ. **08** 164) ausgesprochenen Grundsätze nur 10 000 M. dem Vormerkungsberechtigten Y., 25 000 M. aber dem Schuldner A., oder eigentlich dem IV. Hypothekar gebühren, da Y. seine Barschuld von 25 000 M. gegen den erzielten Gewinn von 35 000 M. aufrechnen lassen müsse. ➠ Die Barschuld des Y. zu 25 000 M. ist ja in seiner Gesamtkaufschillingsschuld von 275 000 M. inbegriffen. Der über diese hinausgehende Gewinn von 26 000 M. wird dem Y. gebühren, abzüglich jedoch der Anteile an Steuern, Hypothekenzinsen, Lasten, die ihm nach dem Kaufvertrag obliegen. Seine Barschuld zu 25 000 M. zahlt für ihn der Ersteher. Daraus werden die bevorzugten Kosten, Lasten und Zinsen von 16 000 M. gedeckt, soweit sie nicht den Y. treffen. Den Rest davon erhält die IV. Hypothek. Red. ⟵

4. Du Chesne, Selbständige und unselbständige Vormerkungen im Konkurse, LeipzZ. **11** 511, führt 517 aus: Nach § 48 wird die Vormerkung bis zum letzten Augenblicke, nämlich bis zur Erlösverteilung, als Vollrecht, z. B. auch bei Feststellung des geringsten Gebots behandelt. Dies gilt nicht nur für die Antrags-, sondern auch für die Amtsvormerkung.

5. Schöny, Treuhandgeschäfte, ABürgR. **35** 347. Wird, wenn das Grundstück einem Treuhänder übertragen, für den Treugeber aber eine Vormerkung zur Sicherung seines Rückgabeanspruchs eingetragen ist, eine Zwangsvollstreckung in das Grundstück betrieben, so ist beim Zuschlage dem Erwerber (?) das vorgemerkte Recht vorzuhalten.

6. **RG.** BayRpflZ. **11** 463. Die Auflassungsvormerkung wird zugleich mit dem obligatorischen Rechte, zu dessen Sicherheit sie dient, ohne die Form des § 873 BGB. übertragen. Sie hindert neue Hypothekeintragungen und ZwVerw. dafür.

7. North, ElsLothNotZ. **11** 82. Die zugunsten des Pl. entstandene Eigentümerhypothek von 1160 M. durfte weder dem Pl. noch dessen Pfändungsgläubiger W. ausbezahlt werden, sondern mußte dem L., für den Vormerkung nach § 1179 BGB. bestand, zugute kommen. Jedoch konnte L. nicht, wie er verlangt hatte, in Höhe von 1160 M. Anweisung vor dem Nachhypothekar des Pl., dem Sch., erhalten. Denn dieser hatte, wenn auch keine Löschungsvormerkung, so doch von Anfang an besseren Hypothekenrang als L., den ihm die für diesen eingetragene Vormerkung nicht nehmen konnte.

8. Auflassunganspruch § 17 Ziff. 2, § 28 Ziff. 4. Löschungsvormerkung § 91 Ziff. 12.

§ 49. 1. Hesselbarth, BayNotZ. **11** 450, bespricht die Gerichtskosten der ZwV. und deren Deckung mit Rücksicht auf das BayGebG. und stellt dabei unter anderem auch folgende allgemeine Sätze auf: Eine Vorwegnahme der nach § 10 Abs. 2 den Rang des Hauptanspruchs teilenden Anordnungskosten mit Zubehör aus dem Versteigerungserlöse (§ 109) kann nicht in Frage kommen. Hat der Antrag-

steller das Armenrecht, so geht für ihren Ersatzanspruch die Staatskasse gemäß § 12 dem Hauptanspruche des armen Gläubigers vor. AM. Steiner. — Die Kosten des mit Rechtswirksamkeit des Anordnungsbeschlusses beginnenden eigentlichen ZwV.verfahrens sind dagegen vom Erlöse vorwegzunehmen und daher im geringsten Gebote zu berücksichtigen. Hierbei hat, wenn der künftige Erlös für die Gebühren maßgebend ist, vorsichtige, nicht zu niedrige Schätzung einzutreten. Soweit der Antragsteller für diese Gebühren vorschußpflichtig ist, erhält er sie — ohne Anmeldungspflicht — aus dem Erlöse vorweg zurück. Andererseits haftet er nach Bay. GebG. Artt. 16, 19 dafür, wenn das Bargebot nicht berichtigt wird oder das Verfahren sich ohne Verteilung (§§ 143, 144) erledigt. Die Haftung mehrerer Antragsteller bemißt sich nach ihren Forderungen verhältnismäßig trotz etwaiger Zurücknahme des Antrags durch den einzelnen. Bei Nichtzahlung des Bargebots hat die Staatskasse und der vorschießende Gläubiger gegen den Ersteher und dessen etwaige Mitschuldner übrigens auch die Rechtsbehelfe der §§ 118, 128, 134. ⇛ Vgl. über Gebühren und Kosten in Preußen Ztschr. f. deutsche JustSekr. **11** Sonderbeil. 4. Red. ⇚

2. Öffentliche Lasten § 10 Ziff. 20. Irrtum § 66 Ziff. 7, § 44 Ziff. 2, § 52 Ziff. 1.

§ 50. 1. PosMSchr. **11** 52 (Königsberg). Die ZwV.schuldner klagen, nachdem sämtliche Gläubiger in der ZwV. befriedigt worden sind, gegen den Ersteher nach § 50 auf Zahlung der nach geringstem Gebote stehengebliebenen, nach ihrer Meinung aber erloschenen drei ersten Hypotheken zu je 387 M. Allein diese sind vor 1900 von dem Rechtsvorgänger S. der Kläger bezahlt und dadurch erworben worden. Mögen die Kläger auch gegen S. den obligatorischen Anspruch auf Löschung und mögen die Erben des S. auch nach dem Zuschlage Löschungsbewilligung erteilt haben, der Fall des § 50 liegt dennoch nicht vor.

2. Vollmacht für Ansprüche aus § 50 s. § 15 Ziff. 2.

§ 51. Vollmacht zur Geltendmachung § 15 Ziff. 2.

§ 52. 1. **RG.** R. **11** Nr. 2329. A., die Inhaberin der ersten Hypothek zu 18 000 M., und der zweite Hypothekgläubiger B. besprachen brieflich die von B. zu betreibende ZwV. und das Stehenbleiben der 18 000 M. für diesen Fall. Nach ZwV.einleitung für B. wurde der Beitritt der Stadt C. für 130,31 M. Straßenbaukosten und 50 Pf. Kosten zugelassen. Im ZwV.termin erschienen nur B. und der dritte Hypothekgläubiger D. Das AG. nahm die Straßenbaukosten zu 130,31 M. nicht in das geringste Gebot auf, setzte dieses nur auf 300,20 M. (Kosten) fest und erteilte dem B. dafür den Zuschlag, der trotz Beschwerde von A. und C. in Kraft blieb. Die Klage der A. gegen B. auf Neueintragung ihrer erloschenen Hypothek wurde in drei Rechtszügen abgewiesen. Das RG. verwarf die Klaggründe: a) der ungerechtfertigten Bereicherung, b) eines vollendeten Vertragsabschlusses zwischen A. und B. über Stehenbleiben der I. Hypothek, c) eines sittenwidrigen Verhaltens des B. nach § 826 BGB., da ihm Ausnutzung des Irrtums der A. und Möglichkeit, den Schaden von dieser abzuwenden, nicht nachgewiesen werden könne und der Fall anders gelagert sei wie der in **RG. 69** 277 behandelte.

2. **RG.** ZBlFrG. **12** 692, R. **12** Nr. 141. Eine Buchhypothek war in das geringste Gebot aufgenommen. 18 000 M. davon waren getilgt, wovon schon im ZwV.-termine die Rede war. Gleichwohl erteilten sodann die eingetragenen Hypothekgläubiger B. dem Ersteher S. Löschungsbewilligung für die 18 000 M. und dieser ließ sie wirklich löschen und eine neue Hypothek von 30 000 M. eintragen. Die ZwV.schuldnerin H. trat ihre Eigentümergrundschuld von 18 000 M. nebst allen Nebenansprüchen auf Schadensersatz usw. an ihre Gläubiger X. ab und diese klagten wegen Schädigung ihrer (durch Vormerkung gesicherten) Rechte aus § 823 BGB., gegen die B. ohne Erfolg, gegen den S. mit teilweisem Erfolg, auf Zahlung von 18 000 M. Das RG. gab folgende Gründe: Die Beklagten B. handelten wegen ihrer, aus der früheren

rheinischen Gesetzgebung erklärlichen, Unkenntnis der Vorschriften über Eigentümergrundschulden bei der Löschungserteilung nicht schuldhaft, wohl aber S., der jene Vorschriften kannte. Nach § 251 BGB. kann im gegebenen Falle sofort Geldzahlung verlangt werden. Aber in Höhe von 12 866 M. hat auf die von den Klägern beanspruchte Eigentümergrundschuld zuvor schon die teilweise ausgefallene Nachhypothekarin Y. Pfändungsrechte erlangt. Daher sind die X. nur zur Klage auf den ungepfändeten Rest der 18 000 M. befugt. — Das ZVG. faßt im Gegensatze zum früheren Rechte den Zuschlag nicht mehr als Kauf auf.

3. **RG.** R. **12** Nr. 199, 550. Die Widerspruchsklage der Nachhypothekare dagegen, daß für die Hypothekenbank als erste Hypothekgläubigerin eine Entschädigung von 84 375 M. für vorzeitige (allerdings wegen Konkurseröffnung gegen den Eigentümer von ihr selbst herbeigeführte) Fälligkeit ihrer Hypothek in den Teilungsplan eingestellt, sodann aber von ihr den Erstehern vereinbarungsgemäß erlassen worden ist, wurde mit Recht abgewiesen, obschon die Bankhypothek doch wieder stehen blieb. Die Auslegung des Hypothekbestellungsvertrags, daß die Entschädigung schon für den Fall der F ä l l i g k e i t (nicht erst für den Fall vorzeitiger Heimzahlung) gelten solle, ist bedenkenfrei. Die Konkurseröffnung zieht regelmäßig ZwV. nach sich und diese kann, von einem besser Berechtigten betrieben, zur Fälligkeit der Hypothek gegen den Willen des Hypothekgläubigers führen (§ 52). Die Hypothekenbank durfte die ZwV. selbst herbeiführen, statt sie dem Zufalle zu überlassen, und durfte sich für die aus der Fälligkeit drohenden Schäden durch Ausbedingung der bestrittenen Entschädigung sichern. In deren Erlasse dem Ausbietenden gegenüber kann Arglist nicht gefunden werden. ➳ Vgl. dagegen einen ähnlichen, anders entschiedenen Fall JDR. **7** § 91 Ziff. 3. Red. ⇠

4. PosMSchr. **11** 179 (KG.). Nach § 2 EGZVG., Art. 64 EGBGB., § 5 Satz 2 PrG. vom 8. Juni 1896 und nach der Rechtslehre hat die ZwV. eines Anerbenguts das Erlöschen der Anerbeneigenschaft auch dann nicht zur Folge, wenn das Anerbenrecht nicht in das geringste Gebot aufgenommen war. Nur die Generalkommission kann es löschen lassen. Dadurch, daß der Grundbuchrichter im gegebenen Falle das Anerbenrecht auf Ersuchen des ZwV.richters gelöscht hat, ist das Grundbuch unrichtig geworden und es muß daher auf Beschwerde der Generalkommission das Grundbuchamt angewiesen werden, das Recht wieder einzutragen.

5. Stehenbleibende Hypothek bei TV. § 182. Sächs. Meliorationslast § 64. Stehenbleiben erloschener Rechte s. § 91!

§ 53. 1. **RG.** WarnE. **11** 393. Da ein Grundstück durch die Eintragung einer Höchstbetragshypothek sogleich zum vollen eingetragenen Höchstbetrag unbedingt belastet wird (**RG. 49** 165), so ist auf derartige Hypotheken § 53 anwendbar. Genehmigung der Schuldübernahme durch den davon benachrichtigten Gläubiger ersetzt nach § 415 BGB. die Erfordernisse des § 416 allda. Die betreffende Höchstbetragshypothek von 10 000 M. bildete einen Teil der Sicherung für 230 000 M. Gesamtforderung, die noch durch weitere Höchstbetragshypotheken gesichert war. Durch den mißlungenen Versuch, für den Gesamtbetrag Verkehrshypothek zu bestellen, ging die Hypothek von 10 000 M. nicht notwendig mittels Umschaffung unter und sie gilt trotz erfolgter Teilabzahlungen an den 230 000 M. nach den Umständen des Falles noch weiter (§§ 364, 366 BGB.).

2. **RG. 76** 116, JW. **11** 538, R. **11** Nr. 2213. Genehmigt der auf Grund p e r s ö n l i c h e n Titels betreibende Gläubiger die Übernahme seiner in das geringste Gebot aufgenommenen Hypothek nach § 416 BGB., so erlischt seine persönliche Forderung gegen den Schuldner und er kann aus dem persönlichen Schuldtitel nichts mehr liquidieren. Oder er genehmigt nicht und liquidiert aus dem Schuldtitel, dann erlischt, soweit er befriedigt wird, mit der Forderung aus dem Schuldtitel auch die persönliche Hypothekforderung und es entsteht zwar nicht, wie G ü t h e meint,

Eigentümergrundschuld des früheren Eigentümers nach § 1163 Abs. 1 Satz 3 BGB., wohl aber erwirbt er nach § 1164 das. die Hypothek. (S. dasselbe Urteil § 148 Ziff. 1.)

3. Spätere Genehmigung der Schuldübernahme § 91 Ziff. 2.

§ 54. Unterlassene Bekanntgabe § 66 Ziff. 4. Fälligkeitsentschädigung § 52 Ziff. 3.

§ 55. 1. **RG.** BayRpflZ. **11** 46. Der Konkursverwalter, der auszusondernde Maschinen des durch Eigentumsvorbehalt geschützten Verkäufers diesem bei der ZwV. des Grundstücks nicht gesichert hatte, wurde mit Recht verurteilt, dem Maschineneigentümer die Hälfte seines dadurch erlittenen Schadens als Masseschuld zu zahlen. Die andere Schadenshälfte mußte der Geschädigte selbst tragen, da er durch nicht genügende Wahrung seiner Rechte ein Mitverschulden im Sinne des § 254 BGB. begangen hat.

2. OLG. **22** 411 (Braunschweig). Die Frau des ZwV.schuldners durfte, nachdem sie den Grundstückszuschlag erlangt hatte, Interventionsklage wegen Pfändung zweier Pferde nach §§ 771, 865 ZPO. erheben, obschon sie zur Zeit der Pfändung noch nicht deren Eigentümerin war. Sie siegt dann, wenn sich auf die Pferde die Beschlagnahme erstreckt hat. Dies ist aber nach § 55 Abs. 1 (nicht Abs. 2) der Fall. Denn wenn sie auch zur Zeit der Beschlagnahme nicht mehr im Eigentume des ZwV.-schuldners, sondern des X. standen, so bildeten sie doch noch immer Zubehör, das vom Grundstücke *nicht entfernt* war.

3. ➵ **RG.** 23. 11. 11. Der klagende ausgefallene Hypothekgläubiger und Ersteher hat in der Berufungsinstanz noch geltend gemacht, der Klaganspruch (gegen den Maschinenfabrikanten auf Wertersatz für die weggeschaffte Lokomobile) werde auch durch den ihm in der ZwV. erteilten Zuschlag des Grundstücks gerechtfertigt, weil die noch unter Beschlagnahme stehende Lokomobile von der ZwV. mitergriffen und durch den Zuschlag in sein Eigentum übergegangen sei. Ob dies nicht unzutreffend ist, weil die Lokomobile überhaupt nicht Bestandteil des Grundstücks war und soweit sie etwa als Zubehör zu gelten hatte, dem Eigentumserwerbe durch den Zuschlag nach § 55 Abs. 2 entgegenstand, daß der Vollstreckungsschuldner nicht zur Zeit der ZwV. im Besitze des ihm nicht gehörenden und daher (§§ 1120 BGB., 20 Abs. 2 ZVG.) nicht beschlagnahmten Zubehörstücks war, ist dahingestellt zu lassen, weil (wie näher ausgeführt wird) das BerG. jedenfalls mit Recht unzulässige Klagänderung angenommen hat. Red. ⇽

4. ThürBl. **58** 32 (Jena). Trotz teilweise entgegenstehender Verkehrsanschauung muß im Herzogtume Gotha das Gutsinventar (insbesondere Vieh) als Zubehör des Grundstücks gelten. Wer solches nach der Beschlagnahme pfänden und versteigern läßt, muß den Erlös an den ausfallenden Hypothekgläubiger = Ersteher gemäß § 812 BGB. herauszahlen.

5. Verschleppungen § 23 Ziff. 3. Elektrisches Leitungsnetz und dessen Vermietung § 57 Ziff. 1. S. auch im allgemeinen §§ 20, 37, 90!

§ 56. 1. OLG. **22** 272, R. **11** Nr. 2618, 2619 (KG.). Kläger, der am 11. August 1908 den Zuschlag erhielt, verlangt vom ausgefallenen Nießbraucher mit Recht den Teil der Mieten, der auf die Zeit seit 11. August entfällt (§§ 101 BGB., 56 ZVG.). Der Hinweis des Beklagten auf §§ 573, 574, 577 BGB. ist verfehlt. Für Umbau eines Ladens darf er nach § 93 Abs. 2 dem Ersteher nichts abziehen. Allerdings ist auch § 102 BGB. anzuwenden, aber dieser meint nur solche Kosten, wodurch die Gewinnung von Früchten überhaupt erst *ermöglicht* wird. Da aber schon früher der Laden bestand, so könnte der Beklagte höchstens Ersatz seiner Aufwendungen insoweit und in der Höhe beanspruchen, als sich durch den Ladenumbau die Ladenmiete für das 3. Quartal erhöht hat. Eine solche Forderung hat er aber nicht erhoben, er stellt vielmehr die gesamten Kosten des Umbaues oder die jährliche Miet-

steigerung von 4200 M. in Rechnung; dazu ist er nach dem Gesetze nicht berechtigt. (S. Ziff. 3.)

2. Burchard, Der Einfluß der Veräußerung einer versicherten Sache auf das bestehende Versicherungsverhältnis, LeipzZ. **11** 329, erwähnt 341 auch die ZwV. der versicherten Sache, die nach § 73 VVG. der Veräußerung gleich behandelt werden soll.

3. Wolff, R. **11** 593. Der Ersteher ist nicht berechtigt, die Erstattung des Mietzinses, den ihm der Mieter für die Zeit nach dem Zuschlag infolge früherer Verfügungen nicht zu zahlen braucht, vom Subhastaten zu fordern. Hat dieser aber nach dem Zuschlag über die Miete in einer dem Ersteher gegenüber wegen dessen Unkenntnis vom Zuschlage wirksamen Weise verfügt, so haftet er dem Ersteher zwar nicht aus der Gewährleistungspflicht, aber nach § 823 BGB. AM. zum Teil die Kommentare und die (oben unter 1 angegebene) Entscheidung des KG., OLG. **22** 272.

4. Elektrisches Leitungsnetz § 57 Ziff. 1.

§ 57. 1. SchlHolstAnz. **11** 226 (Kiel). Das Leitungsnetz eines Elektrizitätswerkes ist, wenn nicht als wesentlicher Bestandteil, so doch zum mindesten als Zubehör anzusehen. Auch die auf fremden Grundstücken befindlichen Stromzähler gehören dazu. Vergeblich verlangt daher die Klägerin als Käuferin des Leitungsnetzes vom Ersteher die Herausgabe dieser Sachen. Sie beantragt aber weiter die Feststellung, daß die von den Stromabnehmern seit 1. Oktober 1910 zu zahlende „Miete" für die Elektrizitätszähler ihr, nicht dem beklagten Ersteher, zukomme. Von der ZwV. oder ZwVerw. werden diese Ansprüche nicht berührt. Nur in die Mietverhältnisse über Grundstücke, Wohn- u. dgl. Räume, nicht in solche über Zubehörstücke tritt der Ersteher nach § 57 ein. Auch die Hypothek erstreckt sich nach § 1126 nicht darauf. Übrigens liegt gar keine Zähler-„Miete" vor, sondern nur ein Zuschlag auf die Gegenleistung für die Lieferung der elektrischen Kraft (Werkvertrag). An sich ging dieser Anspruch allerdings nicht auf den Ersteher mit über. Aber ihm stehen die zwei Einwendungen zur Seite, daß er den Kläger nicht aus seinem Vermögen (mittels seiner Stromzähler) zu bereichern brauche und daß der sog. Zählermietvertrag stillschweigend nur auf die Zeitdauer des Eigentums des „Vermieters" an den Zählern geschlossen worden sei. Somit kann dem Kläger der in Rede stehende Anspruch nur bis zum Zuschlage zugesprochen werden.

2. Über Mietverhältnisse s. auch §§ 20 Ziff. 1 f, 21 Ziff. 2, 56, 90 Ziff. 4, 148, 152 Ziff. 3!

§ 58. 1. Weisbrod, BayRpflZ. **11** 65. Mit JustSekrZ. **10** 114 und Bay. MinBek. (JMBl. **09** 459) ist anzunehmen, daß der die Grundbucheintragung des neuen Eigentümers von der Abgabenentrichtung abhängig machende § 85 Abs. 3 RStempG. sich sowohl auf Rechtswirkung erzeugende als berichtigende Eintragungen, insbesondere auf solche nach Zuschlag bezieht. Gleiches muß dann auch für Art. 293 BayGebG. gelten. ➝ Der Herausgeber genannter Zeitschrift gibt dies wenigstens mit BayOLG. **10** 146 für den Fall der Eigentumseintragung nach Zuschlag zu. S. auch § 130 Ziff. 4! Red. ←

2. Simon, R. **11** 217, gibt einen Auszug aus dem RWertzuwachssteuerG. vom 14. Februar 1911, das nach § 9 auch für ZwV.en gilt.

3. Breme, Zur Auslegung des § 127 PrGKG. und Tarifst. 32 StempStG., ZBlFG. **11** 617. Ist der Ersteher Grundschuld- oder Hypothekgläubiger, so tritt bei der Berechnung der hinter dem tatsächlichen Werte zurückbleibende „Gesamtbetrag seiner Hypotheken und Grundschuldforderungen sowie der diesem vorgehenden Forderungen" an Stelle des tatsächlichen (Grundstücks-) Wertes. Bei einer Sicherungshypothek wird nur der ausgefüllte Teil berechnet. Kann dieser nicht sofort bewiesen werden, so darf der Ersteher seine Rechte wegen der Berechnung

allenfalls durch Erinnerungen wahren. Unter „vorgehenden" Forderungen sind mit KG. (JMBl. **10** 291) sämtliche im Sinne des § 10 vorgehende Forderungen (nicht bloß dingliche) zu verstehen. Für Zinsen ist der Zuschlagstag maßgebend. Wenn aber in jener KGEntsch. weiter ausgeführt wird, daß die im Gleichrange mit der Post des Erstehers stehenden Posten nicht in Ansatz zu bringen seien, so kann dem nicht beigepflichtet werden.

4. KGJ. **40** 377. Wird das Grundstück von einem ganz oder teilweise ausfallenden dinglichen Gläubiger erstanden, so sind drei Faktoren zu ermitteln: a) das Meistgebot, b) der gemeine Grundstückswert, c) der Gesamtbetrag der Hypothek- oder Grundschuldforderungen des Erstehers sowie der diesem vorgehenden Forderungen (Zinsen und Kosten sowie Ansprüche aus § 10 miteingerechnet). Der Stempel ist zu berechnen: 1. von a, wenn a höher als b und c, 2. von c, wenn a niedriger als c und c niedriger als b, 3. von b, wenn a und b niedriger als c ist (Abs. 2 Ziff. 2 neu der Tarifst. 32 PrStempStG.). ➾ Ein Zahlenbeispiel s. in Ztsch. f. d. JustSekr. Sonderbeilage **11** 83! Red. ⇜

5. KGJ. **40** 383, OLG. **23** 289 (KG.). Vorstehender Grundsatz (Ziff. 4) gilt nur für den Fall, daß die dem meistbietenden Gläubiger zustehende Grundpfandpost ganz oder teilweise ausfällt. Ist dagegen das Meistgebot höher als der Gesamtbetrag der Hypotheken- oder Grundschuldforderungen des Erstehers und der diesem vorgehenden Forderungen, so steht dem Ersteher die im Satz 3 der Tarifst. 32 Abs. 2 Ziff. 2 PrStempStG. vorgesehene Stempelermäßigung nicht zu.

6. KGJ. **40** 387. Unter (nach vorstehendem) vorgehenden Forderungen sind auch ausgefallene sowie außer Zinsen und Kosten auch die Rechte nach § 10 zu verstehen. Die mit der Hypothek oder Grundschuld des Erstehers zu gleichen Rechten stehenden Forderungen sind bei der Stempelberechnung nicht zu berücksichtigen. Die Stempelberechnung ist auf die Zeit der Zuschlagserteilung abzustellen, so daß die Zinsen der zu berücksichtigenden Forderungen nur bis zum Zuschlage zu berechnen sind.

7. PrOVG. **57** 118, PrVerwBl. **32** 433. Soweit der Bürge dem Hypothekgläubiger Zinsen gezahlt hat, ist er selbst wahrer Hypothekgläubiger geworden und hat Anspruch auf die in einer Steuerordnung dem Hypothekgläubiger als Ersteher gewährte Umsatzsteuerermäßigung.

8. PrOVG. **56** 5. Wenn die Steuerordnung bei Bemessung der Kreisumsatzsteuer für den Zuschlag die Hinzurechnung des Wertes des „Abtretungsentgelts" vorschreibt, so ist unter solchem Entgelte nicht der Eintritt in die Verpflichtungen aus dem Meistgebote, sondern nur die besondere Vergütung für dessen Abtretung zu verstehen.

9. PrVerwBl. **32** 168 (OVG.). Steht im Mindestgebot eine Hypothek des Erstehers, so wird sie zur Eigentümerhypothek. Auch diese ist für Berechnung der Umsatzsteuer mit zugrunde zu legen, wenn die betreffende Steuerordnung Hinzurechnung der Hypotheken zum Meistgebote bestimmt. ➾ Über Berechnung der Umsatzsteuer s. auch PrVerwBl. **32** 459. Red. ⇜

10. Lachmann, BankA. **10** 191, bespricht zustimmend eine Entscheidung des PrOVG., wonach eine GmbH. den Zuschlag auf Grund des ihr vom Beamten einer Bank abgetretenen Meistgebots nur nach dem einfachen, nach dem Werte des Meistgebots zu bemessenden Satze der Gemeindeumsatzsteuer zu versteuern hatte, weil ein Vollmachtsverhältnis nicht zwischen der allerdings finanziell beteiligten Bank und der GmbH., sondern zwischen der letzteren und dem Meistbietenden bestanden habe. Er gibt den Rat: a) vor dem ZwV.termine das Vollmachtsverhältnis in solchen Fällen durch notariell beglaubigte Vollmacht festzustellen, b) rechtzeitig zum Zwecke der teilweisen Umsatzsteuerbefreiung die bedrohte Hypothek auf den künftigen Meistgebotszessionar umschreiben zu lassen.

11. MecklZ. **29** 319 (Rostock). Im Sinne des RStempG. (§ 78) erfolgt die Grundstücksübertragung erst durch den Zuschlag. Daraus folgt ohne weiteres, daß die Klägerin (die den Zuschlag auf Grund von Meistgebotsabtretung erlangt hat), Schuldnerin der Stempelabgabe aus TarifNr. 11 a RStempG. vom 15. Juli 1909 ist.

12. BadNotZ. **11** 63, BadRpr. **11** 197 (BadVerwG.). Die Steuerbefreiung wegen einer zugunsten des Erstehers auf dem erstandenen Grundstücke lastenden Hypothek kann bei dem Erstehen mehrerer mit Gesamthypothek belasteter Grundstücke nur einmal auf den Gesamtpreis in Anspruch genommen werden, mehrfach auf Einzelpreise nur dann, wenn die Grundstücke in mehreren gesonderten Verfahren zwangsversteigert werden (§ 36 BadVerkStG.).

13. RheinNotZ. **11** 195, ZBlFG. **12** 430 (PrFinMin.). Im Sinne der Ermäßigungsvorschrift der Tarifst. 32 Abs. 9 Ziff. 2 PrStempStG. von 1909 und der Befreiungsvorschrift unter Ziff. 3 der Tarifst. 11 RStempG. von 1909 ist der zu selbständiger Verwertung der Hypothek berechtigte Pfandgläubiger dem Hypothekgläubiger gleichzustellen. ⟶ Ähnlich RheinNotZ. **11** 242 und PrJMBl. **11** 396. Red. ⟵

14. HessRspr. **12** 254 (Darmstadt). Bei der Berechnung des Zuschlagstempels für ZwV. einer Apotheke ist nur das Meistgebot ohne Rücksicht auf den Wert der Konzession nach HessStempTarif Nr. 46 Ziff. 8 maßgebend.

15. Stempel usw. für Meistgebotsabtretung s. auch § 81 Ziff. 1, 3, 4, 6, 7. Abhängigkeit der Eigentumseintragung § 130 Ziff. 1, 4, 5, 6. Eintragungsgebühr § 130 Ziff. 7 und 8.

§ 59. 1. ElsLothNotZ. **11** 251 (AG. Brumath). Der Schuldner kann gegen den Zuschlag, der dem Meistbietenden, auf Grund des von den beteiligten Hypothekengläubigern genehmigten, abweichend von den gesetzlichen Vorschriften bestimmten, geringsten Gebots erteilt wurde, nur dann wirksame Einwendung erheben, wenn er dartut, daß er durch diese Abweichung beeinträchtigt worden ist.

2. Vollmacht § 15 Ziff. 2. Öffentliche Lasten § 10 Ziff. 20. Ergänzungsvorschlag § 85 Ziff. 14. Nur geschriebene Bedingungen! § 90 Ziff. 5.

§ 62. Keine abgekürzten Urteilsausfertigungen! § 16 Ziff. 2. Vollmacht § 15 Ziff. 2.

§ 63. 1. SeuffA. **66** 340, R. **11** Nr. 1978 (Rostock). Soll neben den Einzelausgeboten ein Gesamtausgebot vorgenommen werden, so ist die Vorschrift des § 76 ebenso anwendbar, wie wenn nur Einzelausgebote erfolgten (aM. Jäckel, Reinhard, Wolff, die Hinausschiebung der Einstellung befürworten). Allerdings wird das Recht der Beteiligten auf das Gesamtausgebot (§ 63 Abs. 2 Satz 1) vereitelt, wenn das Verfahren sogleich nach Abgabe eines den betreibenden Gläubiger deckenden Einzelgebots eingestellt wird. Aber da das Gesetz (§ 76) keine Ausnahme macht, so muß solches Verfahren, also die Unterlassung des Gesamtausgebots, dennoch als zulässig im gegebenen Falle gelten. Zweckmäßigkeits- und wirtschaftliche Gründe, wie sie Jäckel gibt, können hiergegen nicht in Betracht kommen.

2. Gebäude auf der Grenze § 90 Ziff. 4.

§ 64. SächsRpflA. **11** 319 (LG. Dresden). Ist das mit einer (sächsischen) Meliorationslast beschwerte Stammgrundstück in eine Mehrheit von Grundstücken geteilt worden, so erfolgt der anteilige Rückgriff unter den gesamthaftenden Eigentümern nicht nach Flächengröße, Frontlänge oder Sicherheitswert, sondern gemäß § 426 BGB. gleichheitlich nach der Zahl der selbständigen Grundstücke. — Ein Ersteher erwarb sein Grundstück schlechthin so und mit der Last, wie er sie vorfand, ohne irgendwelche auch nur stillschweigende Zusicherung seines Rechtsvorgängers. Daß der Kläger sein Recht von einem Ersteher des Grundstücks erwarb, schließt auch von vornherein die Möglichkeit irgendwelcher rechtsgeschäftlicher Beziehungen zum Beklagten (einem Parzelleneigentümer) aus, auf die ein besseres

Rückgriffsrecht als das gesetzliche des § 426 BGB. gestützt werden könnte. — § 64 ZVG. läßt sich hier nicht, sondern schlechterdings nur auf die Behandlung der Gesamthaftung in einem anhängigen Vollstreckungsverfahren anwenden.

§ 65. Ausgenommene Sachen erwirbt der Ersteher nicht (§ 20 Ziff. 1 k). Vgl. auch §§ 37, 55, 90, 91 Ziff. 10.

V. Versteigerung.

§ 66. 1. ➵ **RG.** 11. 1. 11. Vereinbarte der Hypothekgläubiger, um wenigstens einen Teil seiner Hypothek zu retten, mit dem künftigen Ersteher, daß dieser bis zu einem bestimmten Betrage biete und daß ihm dann der Rest der Hypothekforderung erlassen sei, so kann daraus nicht ohne weiteres der Forderungsverzicht zugunsten eines Dritten, des persönlichen Schuldners, nach § 328 BGB. gefolgert werden. Red. ⇠

2. **RG.** JW. **11** 291, R. **11** Nr. 1127, DJZ. **11** 474. Die Vorschrift des § 270 PrStGB. (gegen Abhalten vom Bieten) ist ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.; sein Tatbestand kann als erfüllt angenommen werden, wenn ein nachstehender Hypothekengläubiger eine vorstehende Hypothek lediglich zu dem Zwecke erwirbt, um diesen Gläubiger vom Bieten abzuhalten. Es ist nicht erforderlich, daß der andere Teil sich vertragsmäßig verpflichtet, nicht mitzubieten, sondern es genügt dessen tatsächliche Abhaltung vom Bieten, wozu er schon entschlossen war oder sich noch entschlossen haben würde. Der zugesicherte Vorteil braucht nicht — vgl. **RG. 26** 311 — darin zu bestehen, daß der Abzuhaltende mehr erhält, als er zu fordern hat, er kann vielmehr schon in der Gewährung oder Zusicherung der vollständigen Befriedigung mit einer an der ZwV. beteiligten Hypothek bestehen. Es kann wirtschaftlich solche Befriedigung durch einen Dritten vorteilhafter sein, als der allenfalls notwendige Erwerb des Grundstücks in der ZwV. (S. a. BGB. § 823 zu II Ziff. 2 f.)

3. **RG.** R. **11** Nr. 1168. Klagänderung ist es, wenn zuerst behauptet wird, der Beklagte habe sich zum Ausbieten der Hypothek des Klägers verpflichtet, und wenn später geltend gemacht wird, er habe versprochen, die Ausbietungspflicht des Nachhypothekars dem Kläger zu verschaffen.

4. W o l f f, Streitfragen aus dem Rechte der ZwV. und ZwVerw., R. **11** 213. Mit der Mehrzahl der Schriftsteller ist gegen R e i n h a r d, J ä c k e l - G ü t h e, K r e t z s c h m a r anzunehmen, daß die Unterlassung der Bekanntgabe der nach §§ 37, 54 erfolgten Anmeldungen durch den ZwV.richter zwar ein Grund zur Anfechtung des Zuschlagbeschlusses (§ 83 Nr. 1) ist, daß aber abgesehen davon die Tatsache der Anmeldung (z. B. der Kündigung) trotz jener Unterlassung wirksam bleibt. Dies folgt aus §§ 78, 80. Der Bieter und Ersteher kann sich durch Einsicht der Anmeldungen (§ 42) und durch Anhören der mündlichen Anmeldungen im Termine schützen.

5. **RG.** LeipzZ. **11** 929, JW. **11** 709, R. **11** Nr. 2822. Ein Rechtsanwalt, der, mit der Durchführung eines ZwV.verfahrens beauftragt, dem betreibenden Gläubiger auf dessen Frage, ob er im Versteigerungstermin anwesend sein müsse, lediglich eine verneinende Antwort gibt, handelt fahrlässig. Er muß den Auftraggeber eingehend und erschöpfend belehren.

6. **RG.** R. **11** Nr. 2845. Eine a l l g e m e i n e Verpflichtung des Zessionars einer Hypothekforderung, bei der ZwV. für einen angemessenen Preis des Grundstücks zu sorgen, insbesondere zu diesem Zwecke selbst Gebote abzugeben, besteht nicht und ist auch nicht aus **RG. 59** 190 zu entnehmen.

7. **RG.** R. **11** Nr. 3640. Der Rechtsanwalt als Beistand eines Steigerungslustigen im Versteigerungstermine hat diesen über die Bedeutung der Versteigerungsbedingungen — insbesondere darüber, inwieweit neben dem Bargebot Hypo-

theken zu übernehmen sind — aufzuklären, wenn die Annahme begründet ist, daß in dieser Hinsicht der Bieter sich möglicherweise in einem Irrtume befindet.

8. Bietungsvollmacht § 15 Ziff. 2. Erstehungsverbot gegen Ausländer § 15 Ziff. 4. Abhalten vom Bieten § 44 Ziff. 2. Bieten gegen Erlaß der Fälligkeitsentschädigung § 52 Ziff. 3. Über niedrige Gebote s. im allgemeinen auch § 85!

§ 67. Vollmacht § 15 Ziff. 2. Konkursverwalter § 68 Ziff. 1.

§ 68. 1. *Wolff, Die ZwV. auf Betreiben des Konkursverwalters, LeipzZ. **11** 13 (101). In der KonkursZwV. kann dem Konkursverwalter die Sicherheitsleistung des Abs. 3 nicht abgefordert werden, es sei denn, daß ein Vollstreckungsgläubiger (Masse- oder Absonderungsgläubiger) das Verfahren betreibt oder ihm beigetreten ist (s. auch § 172 Ziff. 4!).

2. Vollmacht § 15 Ziff. 2.

§ 71. Vollmacht § 15 Ziff. 2, 4.

§ 72. Vollmacht § 15 Ziff. 2.

§ 73. 1. **RG.** R. **11** Nr. 2966. Das Meistgebot ist kein im ZwV.termine beurkundetes Veräußerungsgeschäft, sondern bildet nur die notwendige rechtliche Grundlage für den die Versteigerung, nämlich die zwangsweise Veräußerung, erledigenden Zuschlagsbeschluß. Durch diesen wird erst über den Erwerb des Bieters oder seines Rechtsnachfolgers entschieden.

2. Wesen der ZwV. s. auch §§ 52 Ziff. 2, 90 Ziff. 3, 5. Nichtunterbrechung § 83 Ziff. 1.

§ 74. Vollmacht § 15 Ziff. 2. ZwV. im Konkurse § 173 Ziff. 1.

§ 75. SchlHolstAnz. **11** 79 (LG. Kiel). Zu den nach § 75 zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers berechtigten Personen (§§ 268, 1150 BGB.) gehört auch der Ersteher, solange ihm der Zuschlag noch nicht erteilt ist.

§ 76. Allgemein anwendbar § 63 Ziff. 1.

§ 78. 1. FrankfRundsch. **11** 217 (LG. Frankfurt a. M.). Stempelpflichtig ist in Preußen nur eine unterschriebene Vollmachtsurkunde. Der Vermerk im ZwV.-protokolle, daß ein Beteiligter einem Rechtsanwalte Vollmacht erteile, begründet weder den Ansatz einer Gebühr, noch den Stempelansatz aus Tarifst. 73.

2. Vollmachtsfeststellung § 15 Ziff. 2. Anmeldungen § 66 Ziff. 4. Auskunft des Richters § 83 Ziff. 1.

VI. Entscheidung über den Zuschlag.

§ 80. Anmeldungen § 66 Ziff. 4. Vollmacht § 78 Ziff. 1. Auskunft des Richters § 83 Ziff. 1.

§ 81. 1. R. **11** Nr. 1062 (Rostock). Der Umstand, daß der am Meistgebot Gebliebene nach der Schlußbestimmung der TarifNr. 11 Sp. 2 des RStempG. vom 15. Juli 1909 (auf Antrag) von der Abgabe für die Beurkundung der Eigentumsübertragung befreit sein würde, begründet für den Grundstückserwerber (Meistgebotszessionar) keine Befreiung. Denn als „Eigentumsübertragung" im Sinne der TarifNr. 11 a ist nicht schon das Meistgebot (unter der Bedingung des Zuschlags), sondern erst der Zuschlag selbst anzusehen und mit Abgabe des Meistgebots ist noch keine bedingte Veräußerung erfolgt, sondern nur eine einseitige, wiewohl den Bieter bindende Erklärung.

2. **RG.** JW. **11** 533, LeipzZ. **11** 543, R. **11** Nr. 2320, DJZ. **11** 985. Ein Vertrag über Abtretung des künftigen Meistgebots und Stehenbleiben einer auszubietenden Hypothek unterliegt nicht den Vorschriften des BGB. über Gewährleistung und ist wegen Irrtums anfechtbar, z. B. wegen Schwammbehaftung des Hauses. Unerheblich ist daher auch die Unmöglichkeit völliger Rückerstattung. ➠ Vgl. aber JDR. 8 § 81 Ziff. 1. Red. ⟵

3. BayOLG. **12** 517, BayRpflZ. **11** 344, R. **11** 672 (BayObLG.). Wurde der Zuschlag an A. nicht nur wegen Abtretung des Meistgebots des B. an ihn, sondern

auch deshalb erteilt, weil B. schon kraft Vollmacht für ihn geboten hatte, so war nur die Gebühr nach Artt. 10 u. 146 BayGebG. und nicht außerdem noch die des Art. 145 das. zu erheben. Beide Wege blieben im Zwecke des ZwV.verfahrens und gingen nicht darüber hinaus.

4. **RG.** R. **11** Nr. 3251. Die Stempelpflicht ruht nicht, auch nicht bedingt, auf dem Meistgebot, sondern entsteht erst mit dem Zuschlag. Dessen Versagung beseitigt sie nicht, sondern läßt sie überhaupt nicht ins Leben treten. Daraus folgt, daß, soweit es sich bei Meistgebotsabtretung um die Besteuerung der Versteigerung handelt, nicht der Meistbietende als Erwerber des versteigerten Grundstücks nach TarifNr. 11 RStempG. vom 15. Juli 1909 anzusehen ist, sondern der Meistgebotszessionar, dem der Zuschlag erteilt ist. Für die Frage der Befreiungsvorschriften kommen daher lediglich die persönlichen Verhältnisse des letzteren in Betracht.

5. Terberger, DJZ. **11** 1269, tritt (nur mit Freund, ZBlFG. **5** 506) der Mehrheitsansicht entgegen, daß auch im Falle der Abtretung eines Teiles des Rechtes aus dem Meistgebot neben dem Meistbietenden der Teilersteher nicht nur für seinen Anteil, sondern für den ganzen Kaufpreis des oder der versteigerten Grundstücke hafte. Er meint, daß § 81 nur eine Benachteiligung der Beteiligten hindern, nicht aber deren unbegründete Besserstellung herbeiführen solle und daß der Teilersteher die persönliche Haftung für die Entrichtung des zahlenmäßig zu bestimmenden Preises des erstandenen Grundstücks oder Grundstücksteils übernehme und dies im Zuschlagsbeschlusse neben der Haftung des Meistbietenden fürs Ganze ausgedrückt werden müsse.

6. ElsLothNotZ. **11** 209 (Colmar). Wenn der Meistbietende im ZwV.termine und nicht erst nach dessen Schluß die Erklärung abgegeben hat, für einen Dritten geboten zu haben, so ist die Bürgschaftsabgabe (für die ElsLothVerkehrssteuer) nicht geschuldet.

7. PrJustMinBl. **11** 395, ZBlFG. **12** 430 (PrFinMin.). Bei Meistgebotsabtretung ist Zubehör auch nur mit 1/3 pCt. zu versteuern.

8. Gabel, BayRpflZ. **11** 421. a) Wenn der Meistbietende nach Schluß der ZwV., aber vor Zuschlagserteilung stirbt und die Erben unbekannt sind, so stellt der ZwV.richter am besten nach §§ 243, 241 ZPO., 1960 BGB. die Unterbrechung des Verfahrens fest, setzt den Zuschlag aus und erteilt ihn erst nach Aufstellung eines Pflegers den durch diesen vertretenen unbekannten Erben. Weisen sich bestimmte Erben durch Erbschein aus — andere Beweisbehelfe genügen nicht —, so erfolgt der Zuschlag an sie. b) Wenn mehrere Personen, die in einer Gemeinschaft zur gesamten Hand, z. B. einer Gesellschaft des BGB. stehen, Meistbietende waren, so müssen dem ZwV.beamten öffentlich beglaubigte Urkunden über die zwischen ZwV. und Zuschlag etwa eingetretenen Veränderungen (Austritte, Neueintritte) und über die Übernahme der Verpflichtung aus dem Meistgebote durch die Neueintretenden vorgelegt werden. Die ausgeschiedenen Gesellschafter haften neben den verbleibenden und neuen weiter. c) Ähnliche Nachweise sind bei Veränderungen zwischen meistgebotsberechtigten Erbengemeinschaften oder Ehepaaren zu liefern. d) Wegen der zwischen ZwV. und Zuschlag liegenden kurzen Frist, die Veräußerung des Meistgebots im Vollstreckungswege meist hindern wird, den Zuschlag ohne Rücksicht auf die Vollstreckung aber nicht hindert, ist die Stellung des Gläubigers, der etwa die Pfändung des Meistgebots versuchen sollte, sehr ungünstig. Günstiger steht der Gläubiger dann, wenn er den Anteil gepfändet hat, der seinem Schuldner als Miterben an einer meistgebotsberechtigten Erbengemeinschaft oder dergl. zusteht. Dann erlischt die Pfändung nicht durch den Zuschlag und der Pfändungsgläubiger kann nun die Berichtigung des Grundbuchs durch Einrtagung einer Verfügungsbeschränkung auf dem von der Gesamthand eingesteigerten Anwesen verlangen.

9. Ungenügende Vollmacht § 15 Ziff. 2. Ausländer § 15 Ziff. 4. Bedeutung des Zuschlags §§ 52 Ziff. 2, 73 Ziff. 1, 90 Ziff. 3, 5. Stempel, Steuer für Meistgebotsabtretung § 58 Ziff. 8, 10, 11. Vertagung des Zuschlags § 87.

§ 82. PosMSchr. **11** 84 (Marienwerder). Im Gegensatze zum LG. verneint das OLG., daß aus der Übernahme der Weidegerechtigkeit der Kirche zu M. in den Zuschlagsbescheid von 1834 ein Schluß auf den privatrechtlichen Charakter der Last gezogen werden könne. Der Zuschlagsbescheid ist kein Begründungsmittel und kann die Verpflichtung nicht selbständig schaffen. Die Aufführung der Last in jenem Bescheide beweist auch nichts dafür, daß sie das Gericht damals für eine privatrechtliche gehalten hat. Wenn öffentlich-rechtliche Lasten auch von selbst auf den Ersteher übergehen, so wollte doch ZwV. alle bestehenden Lasten erschöpfend aufführen. Auch aus der Eintragung der Last im Grundbuch und ihrer späteren Ablösung ist nicht auf ihren privatrechtlichen Charakter zu schließen. Aus anderen Umständen ist vielmehr ihr Zusammenhang mit der Zugehörigkeit zum Kirchenverbande, somit ihre öffentlich-rechtliche Natur zu folgern.

§ 83. 1. MecklZ. **29** 224 (Rostock). Unzureichende Begründung des Beschlusses des Beschwerdegerichts ist kein neuer selbständiger Beschwerdegrund. Die Rüge, daß das Beschwerdegericht die Nichtunterbrechung des Verfahrens bei der Versteigerung nur auf Grund der eingeforderten dienstlichen Erklärung des ZwV.richters festgestellt habe, ist unbegründet. Den Beschwerdeführer brauchte es über diese Erklärung nicht zu vernehmen. Auch über die behauptete Verletzung der Vorschriften über das geringste Gebot liegen zwei gleichlautende Beschlüsse der Vorderrichter vor. Daß sie nicht ganz übereinstimmend begründet sind, gibt keinen neuen selbständigen Beschwerdegrund.

2. Unzulässiges Gebot eines Nichtbevollmächtigten § 15 Ziff. 2. Unzulässige ZwV. § 28. Zustellung der Terminsbestimmung § 43. Abweichende Bedingungen § 59 Ziff. 1. Bekanntgabe der Anmeldungen § 66 Ziff. 4.

§ 84. Nichtbenachteiligung durch Altenteil § 44 Ziff. 3.

§ 85. 1. Fuchs, JW. **11** 82, bespricht die vielerörterte, vom DJT. 1910 vertagte, Frage der Beseitigung der Nachteile von Meistgeboten weit unter Wert, gibt ein besonders auffallendes Beispiel der Ausbeutung des persönlichen Schuldners und ist im wesentlichen übereinstimmend mit Predari gegen Oertmann, Biermann, Zelter, Raddatz, Strohal usw. a) für sofortige Ergänzung des § 1166 BGB. dahin, daß dem persönlichen Schuldner bei unverhältnismäßigem Vermögensvorteile des Gläubigererstehers zwar nicht Klage, aber Verweigerung der Ausfallszahlung gegeben wird, b) für Ausdehnung des § 85 ZVG. zugunsten des nur persönlich haftenden Schuldners. Er streift auch die wichtige, in einem Berliner Vororte (auch in München) schon angeregte Frage, ob nicht öffentliche Verbände zur Vermeidung unangemessener Meistgebote zu bilden seien (vgl. JDR. **8** zu § 85).

2. **RG.** JW. **11** 556. Wenn vom OLG. darauf verwiesen wird, daß in Fällen, wo der Hypothekgläubiger das ihm verpfändete Grundstück zu einem niedrigen Preise erwirbt, eine Aufrechnung des hieraus sich ergebenden Vermögensvorteils gegen den Ausfall an der Hypothekforderung nach der Doktrin und Rechtsprechung nicht zugelassen wird, so handelt es sich dort um einen Erfüllungsanspruch, der als solcher durch den vorteilhaften Selbstankauf des Gläubigers nach keiner Richtung eine Änderung erfährt. Im vorliegenden Falle handelt es sich um die Frage, ob und eventuell in welchem Umfange dem Kläger durch den Erwerb des Zuschlags von der Bank ein Schaden (wenn auch aus Nichterfüllung eines Vertrags entstanden) erwachsen ist, und hierfür ist der Wert des erworbenen Hauses von Bedeutung.

3. DJZ. **11** 802 f. Auf dem im September 1912 abzuhaltenden DJT. in Wien sollte die Frage verhandelt werden: Empfehlen sich gesetzgeberische Maßnahmen, durch welche die Haftung des persönlichen Schuldners für den Hypothekenausfall beschränkt wird, wenn der Gläubiger seine Hypothek nicht ausgeboten und das Grundstück weit unter Wert erstanden hat? ➠ Die Tagesordnung sieht sie jedoch nicht vor. Red. ⟵

4. ➠ **RG.** 20. 9. 11. Der Beklagte hat das vom Kläger in ihn gesetzte Vertrauen aufs schwerste getäuscht und den guten Sitten zuwidergehandelt, wenn er dem Kläger die Erfüllung des mit B. unter seiner Mitwirkung abgeschlossenen und erfüllbaren Vertrags hauptsächlich zum Vorteile des B., dem er nicht verpflichtet war, durch Bestimmung der Hypothekgläubigerin T. zur Durchführung der ZwV. und durch Abhaltung des Käufers B. von seiner Vertragserfüllung vorsätzlich unmöglich gemacht und es dadurch mit ermöglicht hat, daß B. das Grundstück statt für den vereinbarten Kaufpreis von 135 000 M. für den billigen ZwV.erlös von 110 000 M. erlangte. Daraus ergibt sich die Schadensersatzpflicht des § 826 BGB. Red. ⟵

5. ➠ **RG.** 18. 10. 11. Bei freier Beurteilung erscheint der Kläger, der die ausgefallene Hypothek auf die Empfehlung des Beklagten hin hergegeben haben will, überhaupt nicht als geschädigt. Denn er hat das vom gerichtlichen Sachverständigen auf 68 000 M. geschätzte Grundstück für nur 50 000 M. erstanden. Red. ⟵

6. **RG. 76** 345. Zwar mußte der Kläger (dem die Beklagte eine Hypothek zur Sicherheit abgetreten hatte) die Beklagte vom ZwV.termine so zeitig benachrichtigen, daß sie auf Erzielung eines die abgetretene Hypothek deckenden Gebots, insbesondere auch durch eigenes Mitbieten hinwirken konnte. Aber auch diese Benachrichtigungspflicht entfiel, wenn die Beklagte den Fortgang des ZwV.verfahrens und den ZwV.termin kannte. Dann mußte *sie* dem Kläger, wenn sie dessen Mitbieten für dienlich erachtete, die erforderlichen Weisungen geben. Allgemein war der Zessionar nicht verpflichtet, ein Gebot von selbst abzugeben, zumal die Beklagte stillschweigend die erforderliche Vorschußleistung (§ 669 BGB.) abgelehnt hatte. Der Fall in **RG. 59** 190 lag anders.

7. *Stampe*, Aus einem Freirechtslehrbuch, ACivPr. **108** 174, leitet aus §§ 157, 242 BGB. eine *Last* des Darlehnsgläubigers gegenüber dem Darlehnsschuldner ab, für den Fall gestellter Pfandsicherheit den Zugriff auf diese Sicherheit in solcher Art zu nehmen, daß das Interesse des Darlehnsschuldners an möglichst geringer Resthaftung mit der condictio ex mutuo so gewahrt wird, wie Treu und Glauben erfordern. Ob der Gläubiger als Verwerter des Pfandes oder als Bieter in der ZwV. sich gegen die Interessen des Schuldners verfehlt hat, ist ohne Belang, in beiden Fällen ist die Vorbedingung für die ungehemmte Durchführung der condictio ex mutuo auf den Restbetrag entfallen. Dem geschädigten Schuldner (auch Schuldübernehmer) steht gegen die Klage auf den Rest eine rechtsvernichtende Einrede (wirksamer als die exceptio doli *Biermanns*) zu. (S. Ziff. 15 unten!)

8. **RG.** JW. **12** 237. Es ist mindestens zweifelhaft und bedarf der Erörterung, ob derjenige, der die Gewähr für die Sicherheit einer Hypothek übernimmt, sich damit schlechthin verpflichtet, für den Ausfall einzustehen, den die Hypothek bei einer ZwV. erleidet. Wie die Erfahrung lehrt, bleiben die Meistgebote — besonders, wenn der Hypothekgläubiger Ersteher wird — nicht selten hinter dem Grundstückswerte zurück und decken bisweilen sogar mündelsichere Hypotheken nicht. In solchem Falle beweist der Ausfall nichts für die mangelnde Sicherheit der Hypothek.

9. MecklZ. **29** 189 (Rostock). War dem Bietungslustigen nur gesagt worden, er müsse 9000 M. bieten, weil die Klägerin bis dahin ausbieten werde, so liegt in Ermangelung von Gewalt oder Drohung oder Vorteils-Zusicherung oder Gewährung weder ein Verstoß gegen § 270 PrStGB. noch eine wider die guten Sitten verstoßende vorsätzliche Schadenszufügung vor. Auch kann sich der auf den Ausfall

verklagte persönliche Schuldner nicht auf Befriedigung der Klägerin als Gläubiger-ersteherin durch Weiterverkauf des erstandenen Grundstücks für einen den Zuschlags-preis übersteigenden Kaufpreis berufen.

10. BadNotZ. **11** 194. Nach der Statistik des badischen Notariats fanden im Jahre 1910 im ganzen 921 ZwV.en mit einem Schätzungswerte von 32,4 und einem Erlöse von 25,7 Millionen Mark statt.

11. Oertmann, Vorteilsausgleichung nach bürgerlichem Rechte, SeuffBl. **11** 779, bespricht unter anderem den Fall der Erstehung des Grundstücks durch den ausfallenden Hypothekgläubiger weit unter dem wahren Werte, möchte zwar hierbei den zur Schadens- und Vorteilsausgleichung erforderlichen adäquaten Zusammen-hang an sich annehmen, fordert aber andererseits, daß a) der Hypothekar auch von den etwa nachteiligen Folgen der Ersteigerung zuungunsten des Ersatz-pflichtigen entlastet, b) die Ausgleichung immer erst nach Abwickelung des Rechts-geschäfts (nach vorteilhaftem Weiterverkaufe des Grundstücks) festgestellt werde.

12. **RG.** R. **12** Nr. 724, 777. Die Schadensersatzklage des ausgefallenen Hypothek-gläubigers und Erstehers gegen den Hypothekverkäufer, der die Mängel der Hypothek verschwiegen hatte, war vom Berufungsgerichte rechtskräftig dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und dabei in den Gründen die Möglichkeit teilweiser Aus-gleichung des Schadens mit dem durch billigen Erwerb des Grundstücks entstan-denen Nutzen zugegeben worden. Im zweiten Berufungsurteil über den Betrag wurde jede Ausgleichungsmöglichkeit wegen Fehlens einer gemeinschaftlichen Quelle von Nutzen und Schaden verneint und der Beklagte zu vollem Schadensersatze ver-urteilt. Das RG. hob aus 2 Gründen auf: a) Der Ausfall war nicht schon durch den 1803 erfolgten Ankauf der Hypothek, sondern erst durch das ZwV.verfahren von 1907, wo durch Nichtausbieten der Hypothek auch der Vorteil erwachsen sein soll, entstanden. b) Das erste Berufungsurteil über den Grund des Anspruchs hat in vom RG. damals gebilligter und daher rechtskräftiger Weise bereits die Zulässigkeit der bestrittenen Ausgleichung an sich anerkannt, es handelt sich somit jetzt nur noch um deren Höhe.

13. ➼ **RG.** 20. 12. 11. Einwandfrei ist die Entscheidung des Berufungsrichters, daß der klagende Subhastat durch das angeblich vertragswidrige und arglistige Ver-halten des beklagten Nießbrauchers insofern keinen Schaden erlitten habe, als das für 130 000 M. zwangsversteigerte Haus nach zuverlässiger Schätzung keinen höheren Wert gehabt habe. Dagegen bedarf noch der ganz selbständige Klagegrund näherer Erörterung, daß der Beklagte Kaufsliebhaber, die das Grundstück für 145 000 M. freihändig hätten erwerben wollen, in arglistiger Weise abspenstig gemacht habe. Red. ⟵

14. *Friebe, Empfehlen sich gesetzgeberische Maßnahmen usw. usw., Jherings J. **24** 252. Um die (nach jetzigem Gesetz unmögliche) einwandfreie Wertfeststellung zu ermöglichen, ist es notwendig, die Vormachtstellung des (bietenden) Hypothek-gläubigers zu beseitigen. Dies kann nur dadurch geschehen, daß den anderen Bietern gleiche Bedingungen zugebilligt, d. h. auch sie von der Barzahlungspflicht befreit werden. Bei einem solchen Verfahren würde aber der Gläubiger nicht zu seinem Gelde kommen. Man muß deshalb zwei Ausgebote (ein Hauptausgebot zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers und ein Nebenausgebot zum Zwecke der Wertfeststellung) stattfinden lassen. Dabei ist notwendig, um das Interesse an dem Probeausgebote (für Wert-feststellung) zu erwecken, auch in diesem Ausgebote sämtlichen Bietern die Aussicht auf den Zuschlag zu eröffnen. (Dies wird durch ein Zahlenbeispiel erläutert.) Hier-durch wird der Gläubiger gezwungen, von vornherein — schon im Hauptausgebot — ein angemessenes Gebot abzugeben, um das Nebenausgebot zu verhindern. Findet dieses aber (mit Erfolg) statt, so muß er sich gefallen lassen, daß seine Hypothek von

dem Ersteher (nicht bar ausgezahlt, sondern) übernommen wird. Die notwendige Gesetzesänderung würde etwa folgenden Wortlaut haben: ZVG. § 59 a: Bleibt ein dinglich Berechtigter Meistbietender, ohne sein Recht ausgeboten zu haben, so kann jeder Beteiligte und der persönliche Schuldner dieses Gläubigers verlangen, daß ein Nebenausgebot unter der Bedingung der Übernahme des ganzen oder eines Teiles dieses dinglichen Rechtes stattfinde. Dem Meistbietenden in diesem Nebenausgebot ist der Zuschlag zu erteilen.

15. *Stampe, Grundriß der Wertbewegungslehre (1911) § 12, glaubt, daß die mißbräuchliche Inanspruchnahme des persönlichen Schuldners durch den Hypothekar, der in der ZwV. nur formell einen Ausfall erlitten hat (vgl. Oertmann, DJZ. **10** 929), auch ohne Änderung des ZVG. verhindert werden kann. Denn den Hypothekar trifft (nach Analogie von § 242 BGB.) aus dem Kausalverhältnisse (Darlehen usw.) die „Last", bei der Verwertung des Pfandes nach Treu und Glauben auch das Interesse des persönlichen Schuldners wahrzunehmen — mit der Folge, daß bei Nichtbeachtung dieser Last die persönliche Forderung in entsprechendem Maße entfällt, ähnlich wie im § 377 HGB. (s. Ziff. 7 oben).

16. Ausgleichung von Nutzen und Schaden §§ 23 Ziff. 1, 41 Ziff. 1. Abhalten vom Bieten §§ 44 Ziff. 2, 66 Ziff. 2. Bietungsverträge überhaupt §§ 52 Ziff. 3, 66 Ziff. 1, 3, 91 Ziff. 3, 4, 6. Niedrige Meistgebote §§ 44 Ziff. 2, 52 Ziff. 1, 130 Ziff. 8.

§ 86. Wiederkaufsrecht § 90 Ziff. 7.

§ 87. **RG.** BayRpflZ. **11** 280, ZBlFG. **12** 118, JW. **11** 598, R. **11** Nr. 2459, 2566. Die (dem Meistbietenden nachteilige und eine Ausnahme zu § 81 bildende) Vertagung des Zuschlags darf nur aus zwingenden Gründen, im wesentlichen nur dann erfolgen, wenn das nachträgliche Vorbringen neuer Tatsachen die Erhebung weiterer Beweise nötig macht, deren sofortige Erhebung nicht angeht, sowie dann, wenn die Beurteilung der neu vorgebrachten Tatsachen erhebliche Schwierigkeiten bereitet, nicht aber, um die Ordnungsmäßigkeit der Ladung eines Beteiligten aus den Akten festzustellen und ebensowenig im Interesse des Schuldners oder dritter Personen. Jedoch handelt der Beamte, der vorstehenden Grundsätzen zuwider vertagt, nicht unter allen Umständen fahrlässig.

§ 89. Wirkung der Verkündung. § 107 Ziff. 1.

Vorbemerkung: Die Gerichte und namentlich das RG. halten an der neuerdings wieder bekämpften Ansicht fest, daß auf die ZwV. und den Zuschlag Kaufgrundsätze nicht anzuwenden seien. Blachs (§ 90 Ziff. 3) Bedenken hingegen, das er aus der Verpflichtung des Erstehers entnimmt, ausgenommene wesentliche Bestandteile herauszugeben, erledigt sich — von anderem abgesehen — schon durch die Erwägung, daß es den Beteiligten nach § 59 freisteht, derartige Bedingungen für den Zuschlag zu setzen. Dadurch wird dieser aber nicht zum Verkaufsabschlusse.

§ 90. 1. **RG.** SeuffA. **66** 584, JW. **11** 599, R. **11** Nr. 3555. Der ZwV.richter war nicht befugt, wesentliche Bestandteile von der ZwV. auszuschließen und eine solche dennoch getroffene Anordnung vermochte den Übergang des Eigentums auf den Ersteher (§ 90) nicht zu hindern. Aber in GruchotsBeitr. **46** 865, **RG. 74** 201 ist anerkannt, daß dem Ersteher die obligatorische Verpflichtung auch zur Herausgabe wesentlicher Bestandteile des Grundstücks auferlegt, und die Begründung einer solchen Verpflichtung schon in dem Ausschlusse dieser wesentlichen Bestandteile von der ZwV. gefunden werden kann (vgl. auch Güthe-Jaeckel § 90 Anm. 7, v. d. Pfordten Note 3). Ob der Ausschließung im Einzelfalle jene Bedeutung beizulegen, ist im wesentlichen Auslegungsfrage, die hier vom ZwV.richter dahin beantwortet worden ist, daß die Pflicht zur Herausgabe der Lokomobile, wenn überhaupt, so nur zugunsten der Verkäuferin, Firma Pr. u. Cie., als Versteigerungsbedingung gesetzt worden sei. Aus dieser einwandfreien Feststellung ergibt sich,

daß der Kläger (ein ausgefallener Hypothekgläubiger), der es unterlassen hat, gegen die Erteilung des Zuschlags die Beschwerde nach §§ 95 ff. einzulegen, die Klage (gegen die Ersteher) nicht auf jene Ausschließung der Lokomobile von der ZwV. zu gründen vermag. Daß die Lokomobile wesentlicher Bestandteil war, muß als feststehend und vom Kläger selbst anerkannt gelten. Für deren bloße Zubehöreigenschaft würden die schon in einem Vorprozesse (vgl. JDR. **7** § 65 Ziff. 1) behandelten mehrfachen, auch zugunsten der Beklagten bestehenden Mobiliarpfändungen in Betracht kommen. ➻ JDR. **9** § 90 Ziff. 8 jetzt **RG. 74** 201 abgedruckt. Red. ⟵

2. **RG.** JW. **11** 707. Der klagende Ersteher erwarb nach §§ 90, 55, 20 auch die von den Beklagten einige Tage vor der ZwV. entfernten Sachen, soweit sie Bestandteile oder dem Schuldner gehörige Zubehörstücke waren und § 1121 BGB. nicht entgegenstand. Im vorliegenden Falle sind die Sachen zwar vom Grundstück entfernt aber nicht veräußert worden, auch haben die Beklagten die Beschlagnahme gekannt. Die Beschlagnahme ist daher nicht unwirksam geworden, selbst dann nicht, wenn — was widerlegt ist — der Abwesenheitspfleger des Schuldners seine Zustimmung zur Wegschaffung gegeben haben sollte. Dagegen ist bei einzelnen der Sachen noch nicht genügend festgestellt, daß sie Bestandteils- oder Zubehöreigenschaft gehabt haben und daß die Zubehörstücke in das Eigentum des ZwV.-schuldners gelangt sind. An und für sich muß (auch nach § 1120 BGB.) der das Eigentumsrecht des Grundeigentümers Bestreitende den Beweis erbringen. Aber den Ersteher, der vor dem Zuschlag zu dem Grundstück überhaupt in keiner Rechtsbeziehung gestanden ist, trifft hier die Beweislast, daß der ZwV.schuldner Eigentümer der Zubehörstücke gewesen ist. — Endlich bestimmt sich die Haftung der Beklagten für Schadens- und Wertsersatz und Wertminderung nicht, wie das Berufungsgericht annimmt, nach §§ 823, 249, 992 BGB. Denn zur Zeit der Wegnahme der Sachen war der Kläger nicht Besitzer. Solange die Beklagten — auch nach Klagezustellung — etwa redliche Besitzer gewesen sind, ist ihre Haftung nach §§ 989, 990 Satz 2 BGB. nicht gegeben.

3. *Blach, GruchotsBeitr. **55** 332. Den Vertretern der Vertragstheorie kann bezüglich der Eigentumsübertragung nicht beigetreten werden. Der Übergang des Eigentums ohne Eintragung und der Schutz des bösgläubigen Erwerbers gegenüber einem Besserberechtigten, der sein Recht nicht geltend gemacht hat, lassen sich nur daraus erklären, daß ein staatlicher Rechtsbegründungsakt vorliegt. Die von den Anhängern der Vertragstheorie angeführten Lebensäußerungen eines Vertragsverhältnisses lassen aber bis auf eine durch Surrogation zu erklärende Ausnahme nur den Schluß auf das Vorliegen eines obligatorischen Grundgeschäfts zu. Dieses ist auch vorhanden und wird abgeschlossen zwischen Ersteher und Eigentümer. Die Willenserklärung des Eigentümers — Annahme des im Meistgebote liegenden Vertragsantrags — wird von dem Gesetze für den Fall ersetzt, daß das Gebot nicht vor Schluß des Versteigerungstermins erlischt. Die dingliche Verwirklichung des obligatorischen Rechtsgeschäfts erfolgt dagegen durch den Staatsakt Zuschlag. Nur bei dieser Konstruktion läßt sich erklären, warum nach der Rechtsprechung auf Grund des Ausschlusses wesentlicher Bestandteile von der Versteigerung für den Ersteher eine obligatorische Verpflichtung, ihre Wegnahme zu dulden, entstehen soll. — (Bei Anm. 2): Neuerdings hat sich Eckstein, BuschsZ. **40** 101, für die Vertragstheorie erklärt. Er sieht als Verkäufer den Gläubiger an und hält diesen zum Verkauf durch das Gesetz legitimiert. Aber noch, nachdem der Ersteher das dem Rechte auf Eigentumsübertragung an der Kaufsache entsprechende Recht auf den Zuschlag erworben hat, steht der Anspruch auf den Versteigerungserlös, den Kaufpreis, dem Eigentümer zu. Nur er kann demnach Verkäufer sein. — (Bei Anm. 5 u. 19): In der 2. Aufl. von Fischer-Schäfer sind die bekämpften Äußerungen fortgefallen. — (Bei Anm. 22): In extenso abgedruckt **RG. 74** 201.

➵ Letzterwähnte Entsch. (s. JDR. **9** § 90 Ziff. 8) wird von Henle, DJZ. **11** 784 gebilligt. Red. ⇠

4. Hoeniger, ABürgR. **35** 282, bekämpft die Urteile **RG. 65** 361, **70** 200, wonach bei ZwV. eines vom Eigentümer auf der Grenze seiner beiden Grundstücke errichteten einheitlichen Gebäudes jeder Teilersteher das Gebäude so weit erwirbt, als es auf seinem Grunde steht und es insoweit auch abbrechen darf. Er erachtet es sehr wohl als möglich, entsprechend den §§ 921, 923 BGB. anzunehmen, daß das Eigentum an den Gebäudeteilen wohl gesondert den Eigentümern der beiden Grundstücke zusteht, daß aber die Benutzung des Gebäudes eine gemeinschaftliche ist. — Insbesondere weist er 284 ff. auch auf die Schwierigkeiten hin, die sich aus jenen Entscheidungen des RG. für Mietzinsen, Zubehör, wesentliche Bestandteile nach §§ 20, 55, 57 ergeben können. Jedenfalls fordert er Zusammenausgebot beider Grundstücke nach § 63, sofern die Voraussetzungen des § 18 vorliegen.

5. ElsLothJZ. **11** 33 (Colmar). Der Zuschlag ist nicht die Folge eines nach privatrechtlichen Grundsätzen zu beurteilenden Kaufvertrags, sondern ein Akt staatlicher Verleihung des Eigentums, aus dem allein die Bedingungen und der Umfang dieser Verleihung zu entnehmen ist. Es ist nicht zulässig, auf Verhandlungen vor oder bei der Versteigerung zurückzugehen, die in den Bedingungen keine Aufnahme gefunden haben. ➵ Vgl. oben § 52 Ziff. 2. Red. ⇠

6. **RG.** JW. **12** 198. Eine preuß. Provinzial-Feuerversicherungssozietät hatte vom Versicherungsbetrage die erste Hälfte unbeanstandet ausbezahlt, von der zweiten Hälfte auszahlbare 5370 M. wegen Streites darüber hinterlegt. Der Hypothekgläubiger und Grundstücksersteher R. erhob Klage auf Auszahlungsbewilligung gegen die Zessionare H. und stützte sich dabei auf den Zuschlag und in zweiter Reihe auf Abtretung an ihn selbst. Er wurde in drei Rechtszügen abgewiesen, vom RG. aus folgenden Gründen: Auch bei teilweiser Wiederherstellung des Gebäudes tritt entsprechendes Erlöschen der Haftung nach § 1127 Abs. 2 BGB. ein. **RG.** 14. 11. 08 behandelt einen anderen Fall (s. JDR. **7** § 90 Ziff. 6). Hier haben die Hypothekengläubiger durch die Verwendung der 5370 M. die frühere Sicherheit wieder erlangt, nur die nicht verwendeten restigen 4337 M. sind zu ihren Gunsten mitversteigert und dem Kläger zugeschlagen; die 5370 M. gebühren ihm nicht. Auf die besondere Abtretung durch die ZwV.schuldnerin kann sich der Kläger nicht stützen, weil sie mit Recht von der Genannten kondiziert worden ist. (Vgl. auch JDR. **9** § 90 Ziff. 5, jetzt abgedruckt **RG. 74** 106.)

7. Henrychowski, Über das dingliche Wiederkaufsrecht bei Rentengütern PosMSchr. **11** 133, bespricht folgenden Rechtsfall: Ein Pole hatte den Zuschlag eines mit dinglichem Wiederkaufsrechte des Fiskus belasteten Rentenguts für 3010 M. Bargebot erlangt und 300 M. Sicherheit geleistet. Die Ansiedelungskommission übte ihr Wiederkaufsrecht aus. Auf Antrag des Erstehers beschlossen AG. und Beschwerdegericht, daß er sein Zuschlagseigentum wieder verloren habe, daß an seine Stelle der Fiskus getreten sei, daß er das Bargebot abgesehen von den 300 M. nicht zu zahlen brauche und daß eine Ausführung des Teilungsplans noch nicht stattfinden könne. — Der Verf. gelangt zu folgendem Schlußergebnisse: Der Zuschlag war (hauptsächlich nach Art. 29 § 5 PrAGBGB.) unwirksam und ein Ersteher überhaupt nicht vorhanden. Damit ist aber das schwebende ZwV.verfahren noch nicht erledigt, was unter sinngemäßer Anwendung von §§ 86, 31 zu geschehen hat. Nach sechsmonatiger vergeblicher Frist ist das Verfahren aufzuheben. (Der Fiskus ist nicht Ersteher, sondern Käufer auf Grund seines dem Subhastaten gegenüber ausgeübten Wiederkaufsrechts. Die Hypotheken sind nicht erloschen. Die 300 M. sind vom Fiskus an den Polen zu vergüten.)

8. Wiederherstellungsgelder § 20 Ziff. 1 f. Mietzinsen §§ 21 Ziff. 2, 56, 57. Öffentlicher Fluß § 180 Ziff. 2. S. im allgemeinen auch §§ 20, 37, 55!

§ 91. 1. ➸ **RG.** 23. 1. 11. Ist eine eingeklagte Hypothek infolge des Zuschlags untergegangen und ausgefallen, so kann unter Umständen während des Rechtsstreits nach § 268 Ziff. 3 ZPO. an die Stelle der dinglichen Klage ein Schadensersatzanspruch gesetzt werden, der damit begründet wird, daß der Schuldner das Grundstück vorsätzlich herunter- und zur ZwV. gebracht habe. Red. ⟵

2. **RG.** LeipzZ. **11** 382, R. **11** Nr. 1714. Die Genehmigung einer früheren Hypothekschuldübernahme durch den Gläubiger nach § 415 BGB. kann auch noch nach der Wiederveräußerung des Grundstücks und selbst nach dessen ZwV. erteilt werden (vgl. **RG. 56** 202 und JDR. **6** § 53 Ziff. 1).

3. R. **11** Nr. 1979 (Rostock). Das von der ZwV. ausgeschlossene Zubehör wird von der Haftung für eine ausgefallene Grundschuld frei, wenn ihr Bestehenbleiben nach § 91 Abs. 2 vereinbart ist, es sei denn, daß der Eigentümer des Zubehörs in die Fortdauer der Haftung willigt. Daß das Stehenbleiben auch für Rechte vereinbart werden kann, die durch das Meistgebot nicht gedeckt sind, ist gegen ZBlFG. **10** 200 anzunehmen.

4. SeuffA. **66** 485 (Rostock). Es war die Vereinbarung über das Stehenbleiben einer zum größten Teile ausgefallenen Hypothek als Grundschuld deshalb getroffen worden, um eine eingehende Berechnung dem ZwV.gerichte gegenüber und weitere Kosten zu sparen; die Grundschuld wurde der Ersteherin sofort abgetreten. Die Klage des Hypothekgläubigers gegen einen früheren Eigentümer als persönlichen Schuldner mußte abgewiesen werden. Denn, obschon der Kläger nicht *für sich selbst* das Recht erhalten, sondern nur der Ersteherin Kosten ersparen wollte, so mußte doch die abstrakte Vereinbarung des Stehenbleibens gemäß § 91 Abs. 3 wie Befriedigung aus dem Grundstücke wirken. Der vielleicht anders zu entscheidende Fall, daß man *nur* eine nichtbestehende Grundschuld stehen lassen wollte, ist nicht erwiesen.

5. **RG. 76** 374, JW. **11** 763, R. **11** Nr. 2967, DJZ. **11** 1091. Hätte die Bank die Vorrangseinräumung entgegengenommen, ohne dem Kläger zu erkennen zu geben, daß sie einen bedingungslosen Vorrang verlange oder doch in der Art der Valutierung ihrer Hypothek nicht gebunden sein wolle, so wäre eine stillschweigende Vereinbarung als dahin zustandegekommen anzunehmen, daß nur die nach Maßgabe des Baugeldvertrags von der Bank an den ZwV.schuldner U. gezahlten Beträge den Vorrang haben sollen. Ausdrücklich brauchte diese Vereinbarung nicht zu sein. Die Beklagte, der die Bank einen Teil der Hypothek übertragen hat, muß diese Vereinbarung gegen sich gelten lassen, wiewohl das Grundbuch die den Vorrang einschränkende Abmachung nicht enthielt. Guter Glaube (§ 892 BGB.) schützt sie nicht. Ihr sind die 16 400 M. von der Bank erst nach dem Zuschlag (an sie selbst) abgetreten worden. Die nicht in das geringste Gebot gefallene Hypothek erlosch gemäß §§ 52, 91. Das Ersatzrecht auf den Erlös wirkte zwar für den Rang gegenüber anderen Rechten (**RG. 55** 264, **69** 251, **71** 413, JW. **08** 555), aber ein dingliches Recht war es nicht (**RG. 63** 216, **69** 251). Kann man ja auch den Ersatzanspruch für eine Dienstbarkeit (§ 92) nicht als Dienstbarkeit erachten. Daher kann § 892 BGB. auf das Ersatzrecht für eine Hypothek keine Anwendung finden. Allerdings bleibt auch nach dem Zuschlage die Hypothek bis zu ihrer Löschung (§ 130) noch eingetragen, aber §§ 52, 91 haben ihr die rechtliche Bedeutung als Hypothek genommen. Dies muß auch gegen sich gelten lassen, wer nach Zuschlag eine Eintragung oder einen Hypothekenbrief erlangt. Somit kann der Kläger dem beklagten Zessionare die vorerwähnte stillschweigende Vereinbarung entgegenhalten. Es ist demgemäß zu prüfen, ob und inwieweit die einzelnen Beträge, aus denen sich die 16 400 M. zusammensetzen, von der Bank auf das zugesagte Baugelderdarlehen überhaupt und ferner nach Maßgabe des Baugeldervertrags gezahlt worden sind.

6. ⇛ **RG.** 13. 11. 11. Der Kläger und der Beklagte hatten zur Rettung ihrer Nachhypotheken mit L. vereinbart, daß dieser sie möglichst ausbieten solle. Als sich dies als untunlich erwies, erstand der Beklagte, der den Kläger nicht aus dem Vertrag entließ und von ihm die Hälfte der Bietungssicherheit verlangte, das Grundstück selbst zu einem Preise, wonach jene Nachhypotheken ausfielen. Er verkaufte es alsbald für rund 9100 M. über sein Meistgebot weiter. Das OLG. (Posen) erkannte die Hälfte hiervon dem Kläger zu, indem es den Gesellschaftsvertrag (§ 722 BGB.) dahin auslegte, daß, obschon Klägers ausgefallene Hypotheken denen des Beklagten im Range nachgingen, die Streitteile doch ohne Rücksicht auf den früheren Hypothekenrang unter dem gleichheitlich zu teilenden Gewinn das verstanden hätten, was überhaupt noch zu retten war. Vom RG. wurde diese Vertragsauslegung nicht beanstandet. Red. ⇚

7. PosMSchr. **11** 65 (Marienwerder). Für den beklagten Kreis war auf dem Ansiedelungsgrundstücke des Z. eine Sicherungshypothek von 1300 M. wegen der von Z. für den Fall des Verkaufs an einen Polen versprochene Vertragsstrafe eingetragen und im Teilungsplan eingesetzt worden. Der Widerspruchsklage hiergegen war stattzugeben, weil nichts dafür vorliegt, daß Z. den Zuschlag an einen Polen vorsätzlich herbeigeführt hat, weil ferner bloße Fahrlässigkeit nicht unter Vertragsstrafe steht und daher nicht der Beklagte, sondern Z. für die 1300 M. berechtigt ist.

8. PosMSchr. **11** 104 (Posen). Solange keine Aufrechnung der Hypothek der Posener Landschaft mit dem Amortisationsfonds stattgefunden hat, entsteht keine Eigentümerhypothek. Die von der Landschaft zu den ZwV.akten eingereichte Aufstellung war keine solche Aufrechnung. Dagegen hat die Landschaft mit dem Ersteher (gültig) die Vereinbarung nach § 91 Abs. 2 getroffen, daß der Ersteher Schuldner der Pfandbriefschuld, aber auch Berechtigter an dem Amortisationsguthaben werden solle. Von da ab hatte sie in Höhe des vom Ersteher übernommenen Betrags keinen Anspruch mehr an den Erlös oder den Subhastaten. Ob der letztere einen Bereicherungs- oder sonstigen Anspruch gegen den Ersteher hat, kann hier, wo es sich nur um die Gültigkeit der Pfändung des Amortisationsbetrags handelt, dahingestellt bleiben.

9. PrVerwBl. **32** 515 f. (PrOVG.). Ist ein Landstreifen von allen Rechtsbeteiligten dem öffentlichen Verkehre gewidmet, so ist er öffentlicher Weg. Diese Eigenschaft wird durch die ZwV. nicht berührt; der Ersteher muß sie gelten lassen.

10. BreslauAK. **11** 52 (Breslau). Das Pfandrecht des Beklagten an den gefällten und veräußerten, aber vom Grundstücke noch nicht entfernten Eichen ist nicht dadurch untergegangen, daß seine dem Kapitalbetrage nach ganz in der ZwV. ausgefallene Hypothek auf Ersuchen des ZwV.richters gelöscht worden ist. Vom Zuschlage waren die Hölzer ausdrücklich ausgenommen Der Beklagte hat das Recht, sie durch Vermittlung des Gerichtsvollziehers zu besitzen und ihre Herausgabe dem klagenden Käufer zu verweigern (vgl. **RG. 55** 417).

11. *Nottebohm, ZBlFG. **11** 361, 395. Übertragung der „erloschenen" Hypothek (Abtretung, Pfändung) erfolgt nur durch und zugleich mit Übertragung der zugrunde liegenden Forderung. Abtretung erfolgt formlos und ohne Übergabe des Briefes, Pfändung gleichfalls ohne Wegnahme bzw. Übergabe des Briefes, der Beschluß bedarf aber der Zustellung, bloße Erwirkung (§ 830 ZPO.) genügt nicht. Ist im Falle des § 118 die Überweisung der gepfändeten Rechte des Hypothekars nur zur Einziehung erfolgt, so ist die Forderung gegen den Ersteher auf den Hypothekar, nicht auf den Pfändungsgläubiger zu übertragen und ist grundsätzlich der Pfändungsgläubiger zur Abrede des Bestehenbleibens mit der Wirkung des § 91 Abs. 2, 3 nicht befugt. Letztere Abrede kann auch der, dem die Hypothek an Zahlungsstatt überwiesen ist, mit der Wirkung des § 91 Abs. 2, 3 nicht treffen, wenn er den Brief nicht in Besitz bekommen hat. Die „Berechtigten"-Eigenschaft im Sinne des

§ 91 Abs. 2, 3 hat der Versteigerungsrichter zu prüfen. Bei Streitigkeiten über Gültigkeit und Rang von Pfändungen bzw. Abtretungen im Verteilungsverfahren greift weder § 115, noch §§ 872 ff. ZPO. ein, vielmehr entscheidet der Versteigerungsrichter allein und endgültig, ohne daß dagegen der Klageweg gegeben wäre; hierbei kann Zeugenbeweis zu erheben sein. Die Sicherung der Rechte des Pfändungsgläubigers des Hypothekars (Vermittlung der Kenntnis gegenüber dem Ersteher, Vermerk im Grundbuche) gehört nicht zu den Aufgaben des Versteigerungsrichters; der Vermerk im Grundbuche vor Eintragung der Sicherungshypothek aus § 128 ist überhaupt nicht statthaft. Überhaupt nicht eintragungsfähig ist das Recht aus der Überweisung zur bloßen Einziehung. ➽ Vgl. § 115 Ziff. 9. Red. ⇐

12. RheinA. **108** 270 (Cöln). Fällt bei der ZwV. die Hypothek, zu deren Gunsten eine Löschungsvormerkung eingetragen ist, n i c h t in das geringste Gebot, so erlischt durch den Zuschlag mit der Hypothek auch die Löschungsvormerkung. Sie lebt auch nicht dadurch wieder auf, daß zwischen dem Ersteher und dem Hypothekgläubiger das Bestehenbleiben der Hypothek vereinbart wird.

13. Veräußerung nach Beschlagnahme § 23 Ziff. 4. Treugeberrecht § 48 Ziff. 5. Fälligkeitsentschädigung § 52 Ziff. 3. Sächsische Meliorationslast § 64. Hypothekpfändung § 107 Ziff. 1. Schiffsarrest § 162 Ziff. 3. Anerbenrecht § 52 Ziff. 4. S. auch § 52!

§ 92. 1. **RG. 76** 212, JW. **11** 552, R. **11** Nr. 2214, 2215. Wird mit einem Grundstück in fremdem Eigentume stehendes Zubehör versteigert, so erlischt dieses Eigentum mit dem Zuschlag und tritt an seine Stelle der Ersatzanspruch aus dem ZwV.erlöse. Dieser Anspruch ist nach Erlösverteilung gegen den an letzter Stelle zur Hebung gekommenen Gläubiger zu richten (JW. **06** 15). Der Schuldner und der bisherige Eigentümer des Zubehörs haben an dem Erlöse gleichartige Rechte. Er gebührt ihnen nach dem Verhältnis, in welchem zur Zeit der ZwV. der Verkehrswert der dem Schuldner gehörigen Gegenstände zu dem Verkehrswerte der dem Dritten gehörigen Gegenstände stand (vgl. § 37 Ziff. 3).

2. **RG.** JW. **11** 661, BayRpflZ. **11** 334, PosMSchr. **11** 100, NaumburgAK. **11** 74, R. **11** Nr. 3121, WarnE. **11** 506. Der Anspruch des (Ersatz seiner unberechtigt mitversteigerten Sachen fordernden) Dritten ist, wie schon in **RG. 8** 205 ausgeführt, ein Eigentumsanspruch, solange der Erlös nicht verteilt ist; Bereicherungsanspruch ist er erst nach erfolgter Auszahlung. Bereicherungsgrundsätze kommen im ersten Falle noch nicht in Betracht. Gewiß kann der Dritte nur verlangen, was im ZwV.-erlös als Erlös seiner Sachen steckt. Aber für den Schuldner und seine Gläubiger gilt das gleiche. Es liegt daher kein Grund vor, dem Dritten den Nachweis aufzubürden, ob und wieviel der Ersteher gerade mit Rücksicht auf die fremden Zubehörstücke geboten hat. Ohne Abgabe und Annahme eines b e s o n d e r e n Gebots für sie sind die Gedanken des Erstehers ohne Bedeutung. Es ist keine Unbilligkeit gegen die Gläubiger, wenn sie den Wert der Sachen herausgeben müssen, die sie ohne Recht veräußern ließen. Unerheblich ist es auch, daß der Versteigerungserlös etwa 10 000 M. mehr betragen hat, als das Grundstück einschließlich der fremden Zubehörstücke wert war, und daß der Ersteher bereit war, weitere 10 000 M. zu bieten. — Es wird auf den im Urt. vom 12. April 1911 (Ziff. 1 oben) ausgesprochenen Grundsätzen beharrt.

3. OLG. **22** 408, KGBl. **11** 6 (KG.). Der Kläger hat wegen seines Eigentumsvorbehalts am mitversteigerten Zubehör einen Bereicherungsanspruch nicht gegen den Ersteher, sondern gegen den an letzter Stelle zur Hebung gekommenen Hypothekar infolge der entstandenen Rechtsgemeinschaft am Erlöse. Dieser ist nach dem Verhältnisse des Wertes des Zubehörs zu dem Werte des Grundstücks zu verteilen (**RG. 8** 204). Auf den vermutlichen Willen des Erstehers kommt es nicht an. AM.

OLG. Dresden, ZBlFG. **9** 186. Engrospreise durften zugrunde gelegt werden. Die erhaltene Abschlagszahlung braucht sich der Kläger nicht abrechnen zu lassen.

4. RJA. **11** 51 (KG.). Die Erhöhung der Ablösungssumme einer Rentenschuld ist unzulässig, auch wenn nachstehende Berechtigte nicht vorhanden sind. Dies ergibt sich unter anderem auch aus § 92 Abs. 3. Denn hiernach bestimmt sich, wenn eine Rentenschuld durch den Zuschlag erlischt, weil sie nicht im geringsten Gebote steht, der Betrag der Ersatzleistung durch die Ablösungssumme.

§ 93. Verwendungen § 56 Ziff. 1. Vollmacht § 15 Ziff. 2.

§ 94. 1. **RG.** R. **11** Nr. 1621. Ein gemäß § 146, später nach § 94 bestellter Verwalter bleibt auch nach der förmlichen Aufhebung der eingeleiteten Verwaltung zur Durchführung eines den Widerspruch gegen eine von ihm betriebene Zwangsvollstreckung betreffenden Rechtsstreits passiv legitimiert.

2. Borchert, R. **11** 411. Da der Ersteher überhaupt kein Wohnungsrecht hat, so ist das Vollstreckungsgericht in der Lage, dem die Verwaltung (des § 94) gefährdenden Ersteher die Räumung des Grundstücks aufzugeben, ohne daß es der Anwendung des § 149 Abs. 2 bedarf.

VII. Beschwerde.

§ 95. Vollmacht § 15 Ziff. 2.

§ 96. Ausschluß von Sachen § 90 Ziff. 1. Weitere Beschwerde § 83 Ziff. 1.

§ 97. Bevollmächtigter § 15 Ziff. 2.

§ 100. Vollmachtsmangel § 15 Ziff. 2.

§ 103. Bevollmächtigter § 15 Ziff. 2.

VIII. Verteilung des Erlöses.

§ 105. Bevollmächtigter § 15 Ziff. 2.

§ 107. 1. **RG. 75** 313, SeuffBl. **11** 696, JW. **11** 413, DNotV. **11** 942, R. **11** Nr. 1800, 1801. Schon von Verkündung, nicht erst von Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses an kann streng genommen nicht mehr die durch den Zuschlag erloschene Eigentümergrundschuld, sondern nur das Recht auf ihre Befriedigung aus dem Erlöse gepfändet werden. Aber wegen des Surrogationsgrundsatzes und deswegen, weil vor und nach dem Zuschlage Drittschuldner der Subhastat ist (**RG. 40** 395, **43** 427, **64** 216, V. 272. 07), kann die Ungenauigkeit des Ausdrucks den ordnungsmäßig zugestellten Pfändungsbeschluß nicht ungültig machen.

2. Berücksichtigung des Ergebnisses der ZwVerw. § 146 Ziff. 4.

§ 109. Kostenwesen s. § 15 Ziff. 1, § 49 Ziff. 1. Anmeldung § 110 Ziff. 1.

§ 110. 1. Kraft, Die Haftpflicht der Justizbeamten, RheinA. **108** 56 Anm. 19. Entgegen dem OLG. Cöln dürfte anzunehmen sein, daß die Anmeldung von Gerichtskostenforderungen durch einen preuß. Kassenrendanten vor oder im ZwV.termine nirgendwo vorgeschrieben ist und daß § 110 für die Gerichtskasse nicht in Betracht kommt, da deren Kostenrechnungen ohne weiteres einen vollstreckbaren Titel darstellen, also einer besonderen Glaubhaftmachung nicht bedürfen.

2. Öffentliche Lasten § 10 Ziff. 20. Nichtanmeldung von Gebührenvorschüssen § 49 Ziff. 1. Über Anmeldung s. auch §§ 37 Ziff. 5, 8; 115 Ziff. 16.

§ 111. Fälligkeitsentschädigung § 52 Ziff. 3.

§ 113. 1. Marcus, SeuffBl. **11** 157. Nur die Gläubiger mit Befriedigungsanspruch aus § 10 werden in den Teilungsplan aufgenommen, gegen den, wenn er Verfahrensvorschriften verletzt, Beschwerde statthaft ist.

2. Bevollmächtigter § 15 Ziff. 2.

§ 114. 1. ZBlFG. **11** 443, SeuffA. **66** 124, R. **11** Nr. 2212 (Dresden). Das AG. hat die angemeldeten Kosten für Eintragung der Hypothek nebst Prozeßkosten deswegen zwar nicht in den Teilungsplan aufgenommen, aber die Anmeldung als

Widerspruch gemäß § 115 Abs. 2 angesehen und deshalb nach § 124 Abs. 1 verfahren. Die Beschwerde des Anmeldenden hiergegen war zwar nicht unzulässig, da sie einen formellen Verstoß rügt, aber sie ist unbegründet, weil nach § 1118 BGB., § 10 ZVG. die Hypothek ohne besonderen Eintrag dafür auf solche Kosten sich nicht erstreckt.

2. KGBl. **11** 113 (KG.). Zur Erinnerung und Beschwerde wegen eines Gerichtskostenansatzes im Teilungsplane, z. B. wegen der Gebühren des § 125 Nr. 12 Pr. GKG., die nach § 133 Abs. 1 daselbst nicht den Ersteher, sondern den Antragsteller treffen, ist jeder Beteiligte befugt, dessen Vermögenslage durch den Kostenansatz beeinträchtigt wird.

3. Zinsen § 10 Ziff. 24. S. im allgemeinen §§ 10 und 115! Beschwerde gegen den Teilungsplan s. auch §§ 113 Ziff. 1, 115 Ziff. 20.

Vorbemerkung: Es wird besonders auf die wichtige, von einem früheren Urteile teilweise abweichende Entscheidung des RG. § 115 Ziff. 16 über die nicht angemeldete, tatsächlich nicht ausgefüllte Grundschuld hingewiesen. Folgerichtig müßte eine solche Grundschuld nach dem Geiste unseres Grundbuchrechts ohne weiteres und ohne die Notwendigkeit einer Bereicherungsklage dem Eigentümer zugesprochen und so angesehen werden, als sei sie von Anfang an in zweiter Reihe schon für ihn bestellt. Allein der Wortlaut des § 1192 BGB. steht dem entgegen. Übrigens scheint die genannte Entscheidung des RG. die Frage zunächst nur nach prozessualen ZwV.grundsätzen zu erledigen. Vgl. über die Streitfrage JDR. 5 § 50 Ziff. 1 und unten Strohal § 115 Ziff. 19.

§ 115. 1. ➠ **RG.** 12. 12. 10. Im Teilungsstreit über eine mit Löschungsvormerkung nach § 1179 belastete Baugelderhypothek kamen folgende Rechtssätze zur Anwendung: a) Eine solche Hypothek kann im Zweifel gültig auch erst durch den Zessionar ausgefüllt werden. b) Der Zessionar der durch jene Vormerkung geschützten Nachhypothek kann sich gegen die nach a vereinbarte Valutierung nicht auf seinen guten Glauben stützen. c) Im Zweifel genügt es, wenn die Baugelder nur zur Verwendung für den Bau gewährt wurden; auf tatsächliche Verwendung der Gelder zum Baue kommt es dann nicht an. d) Dagegen braucht sich der durch die Vormerkung Geschützte vereinbarungswidrige Ausfüllung der Baugelderhypothek durch Provisionsabzüge nicht gefallen zu lassen und auch die späteren Zessionare dieser Hypothek können sich ihm gegenüber in der Regel nicht auf ihren guten Glauben stützen (vgl. JW. **08** 275). Red. ⬅

2. **RG.** SächsRpflA. **11** 155, JW. **11** 334, R. **11** Nr. 1371. a) Ohne besondere Vereinbarung ist der Baugeldgeber dem mit seiner Hypothek zurückgetretenen und durch Löschungsvormerkung (§ 1179 BGB.) geschützten Gläubiger gegenüber nicht verpflichtet, Baugelder nur nach Fortschreiten des Baues zu gewähren und ihre Verwendung zu überwachen. b) Allerdings hätte der Widerspruchskläger als angreifender Teil gemäß § 115 ZVG., § 878 ZPO., WarnE. **09** Nr. 331 seine Berechtigung zur Erhebung des Widerspruchs darzutun und seinen Widerspruch zu begründen. Aber dem hat er auch durch Geltendmachung seiner mit Ausfall bedrohten Nachhypothek, seiner Löschungsvormerkung bei der Vorhypothek des Beklagten und der teilweisen Nichtausfüllung dieser Vorhypothek genügt. Nun war es Sache des Beklagten, die Ausfüllung seiner vorgehenden Sicherungshypothek zu beweisen. Dahingestellt kann bleiben, ob es anders wäre, wenn dem Beklagten eine gewöhnliche feste Hypothek zustünde (§§ 891, 1138 BGB.).

3. ZBlFG. **11** 550 (Dresden). Das Recht zum Widerspruche gegen den Teilungsplan steht nur einem Beteiligten im Sinne des § 9 (nicht z. B. dem dinglich nicht berechtigten Ersteher) zu. — Mit dem Widerspruche kann nur eine andere Verteilung des Versteigerungserlöses (nicht etwa die Wiederherstellung einer erloschenen Hypothek) verlangt werden.

4. **RG.** BayRpflZ. **11** 136, R. **11** Nr. 321. Der Sicherheitszessionar einer ihm im Verteilungsverfahren ausbezahlten Hypothek kann in der Regel nicht mehr aus ungerechtfertigter Bereicherung von dem Nachmanne verklagt werden, wenn er das Empfangene auf die Forderung seines Schuldners (Zedenten) verrechnet und den Überschuß an diesen herausbezahlt hat. Bereichert ist er nur insoweit, als seine Forderung gegen den Zedenten nicht vollwertig war oder als er noch einen einbringlichen Rückforderungsanspruch gegen diesen hat (vgl. **RG. 72** 3).

5. ➡ **RG.** 22. 2. 11. a) Die Verteilungswiderspruchsklage kann nicht auf Pfändungen gestützt werden, die dem Teilungstermine nachfolgten (**RG. 62** 171, **65** 65, ZBlFG. **10** 248). b) Bloße Bemängelungen der Legitimation des Vormanns sind unzulässig (**RG.** GruchotsBeitr. **52** 1072 usw.). Red. ⬅

6. ➡ **RG. 11.** 3. 11. Auf Widerspruchsklage des Hypothekgläubigers, der einer Baugelderhypothek den Vorrang eingeräumt hatte, wurde ihm der darauf angemeldete Betrag nach Lage des Falles und besonders deshalb zugesprochen, weil ihn die Baugeldgeberin vor Erteilung der Bauerlaubnis ausgezahlt hatte und der Neubau sodann, nachdem erst die Baugrube zur Hälfte ausgehoben war, polizeilich eingestellt worden war. Red. ⬅

7. **RG.** R. **11** Nr. 1944. Im Verteilungstermine muß es sich entscheiden, welche Forderungen aus dem versteigerten Grundstücke zu befriedigen sind und welchen Umfang diese Ansprüche haben, und die Folge ist, daß wegen erst später entstandener Ansprüche eine Befriedigung aus dem Versteigerungserlös auf Grund einer früher eingetragen gewesenen Hypothek nicht beansprucht werden kann. Was für Höchstbetragshypotheken in **RG. 51** 118, **55** 222 in dieser Richtung ausgesprochen wurde, muß auch für den Fall der nicht zum vollen Betrag ausgefüllten gewöhnlichen Verkehrshypothek gelten. Mangels solcher Ausfüllung kann daher der beklagte Baugelderhypothekar wegen des erst ein halbes Jahr nach dem Teilungstermin an die Baugeldzessionarin Sch. gezahlten Betrags von 4127 M. Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse nicht beanspruchen. Er brauchte an Sch. nicht mehr zu zahlen, weil ihm seine Hypothek keine Sicherheit mehr dafür bot. Auch nicht „freigehalten", wie der Beklagte meint, war für ihn der genannte Betrag in der ZwV. zu derartiger Verfügung. Dieser Betrag kommt daher zum Teil dem durch Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB. geschützten Nachhypothekare, zum Überreste der Klägerin, als Zessionarin der ZwV.schuldner (als Eigentümergrundschuldgläubiger) zu.

8. Noack, LeipzZ. **11** 539, erwähnt die Entsch. **RG. 75** 245, wodurch die frühere Meinung bezweifelt ist, daß der unausgefüllte Teil der Höchstbetragshypothek erst mit endgültiger Erledigung des Kreditverhältnisses zur Eigentümergrundschuld werde. Er findet in dieser neuen, von ihm übrigens gebilligten, Meinung eine Benachteiligung der Nachhypothekare zugunsten des Eigentümers und seiner Konkursmasse dann, falls sich die ersteren bei ihren Rangrücktritte nicht genügend insofern gesichert haben, daß ihnen nur tatsächliche Baugelder vorgehen dürfen.

9. Marcus, SeuffBl. **11** 157. Auch denjenigen, die ein Recht (Nießbrauch, Pfandrecht, Pfändungspfandrecht) an einem nach § 10 zu befriedigenden Anspruch haben, steht der Widerspruch zu, der sich aber nicht gegen anderes als diesen Anspruch und nicht gegen die bloße Legitimation seiner Vor- und Mitberechtigten richten kann. Die schon vom OLG. Dresden (SeuffBl. **08** 27) angeregte Frage, wie denn eigentlich ein solcher Streit auszutragen sei, wird, wie folgt, zu beantworten sein: Zunächst ist der ZwV.schuldner befugt, auf seine Gefahr zu entscheiden, wer von mehreren an einem Anspruch Berechtigten der Bestberechtigte ist. Unter Umständen kann, ja muß er hinterlegen (§ 835 ZPO.). Diese Vorschriften müssen auch für den ZwV.richter gelten. Auch er darf bei Gefahr (und muß nach § 853 ZPO.) den betreffenden Erlösanteil hinterlegen ohne Rücksicht darauf, ob im einzelnen Falle gegen die Art und Weise der Berücksichtigung oder gegen die Nichtberücksichtigung eines an einem

Anspruche bestehenden Rechtes Widerspruch erhoben wird. § 124 ZVG., § 878 ZPO. finden keine Anwendung. Ist vom ZwV.richter auf Grund des § 853 ZPO. ein Geldbetrag hinterlegt worden, dann, aber auch nur dann, tritt gemäß §§ 872 ff. das. das Verteilungsverfahren ein, nachdem der ZwV.richter ferner dem Vollstreckungsgerichte von der Sachlage (unter Aushändigung der Pfändungsbeschlüsse) Anzeige gemacht hat. All dies gilt aber nur dann, wenn der Versteigerungserlös in Geld vorhanden ist. Ist dies nicht der Fall, so hat der ZwV.richter nur darauf hinzuwirken, daß bei der für den Realgläubiger einzutragenden Sicherungshypothek die an dem Anspruche bestehenden Rechte nach § 128 miteingetragen werden. AM. SeuffBl. **72** 47, SeuffA. **63** 487 f. ➠ Vgl. auch § 91 Ziff. 11! Red. ⇜

10. **RG.** R. **11** Nr. 2969. Mit Recht ist die Klage des Nachhypothekars gegen die vorgehende Hypothekgläubigerin, welche Klage sich auf Nichtausfüllung der Vorhypothek stützt, abgewiesen worden. Nach ständiger, auch von den Fachschriften gebilligter, Rechtsprechung des RG. gibt der Umstand, daß der Eigentümer sich an dem Teilungsstreite nicht beteiligt, insbesondere dem Ansatze der 78 528 M. für die Beklagte nicht widersprochen hat, dem Kläger keine Rechte an der allenfalls zur Eigentümergrundschuld gewordenen Vorhypothek und dem darauf entfallenden Erlösteil, und ein bloßer Legitimationsmangel der Beklagten ist nicht geeignet, Klägers Widerspruch zu begründen. Mag auch nach § 877 ZPO. Einverständnis des Eigentümergrundschuldgläubigers mit der Ausführung des Teilungsplans anzunehmen sein und dies den Legitimationsmangel der Beklagten beseitigen, so kann doch der Kläger seinen Widerspruch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht auf Rechte eines Dritten gründen.

11. Laué, GruchotsBeitr. **55** 234, bespricht die Rechtsprechung über Rang-Rück- und Vortritte, gibt Zahlenbeispiele und gelangt zu dem Schlußsatze: „Die richtige mit dem Lokusprinzip allein vereinbare Ansicht ist dahin festzustellen, daß sowohl bei ursprünglicher Rangverschiedenheit, als auch bei ursprünglicher Ranggleichheit der mehreren vortretenden bzw. zurücktretenden Hypotheken deren Rangverhältnis unter sich ungeachtet der Gleichzeitigkeit ihres Vortritts bzw. Rücktritts vor bzw. hinter eine andere Hypothek mangels anderweiter Bestimmung der Beteiligten und grundbuchlicher Eintragung dieser Bestimmung aufrecht erhalten bleibt."

12. ➠ **RG.** 29. 6. 11. L. vertauschte ein Grundstück an die P. und verpflichtete sich, seine Eigentümergrundschuld zu 8000 M. darauf zur Löschung zu bringen, während hinter den 8000 M. ein Tauschzugaberest von 15 000 M. für L.s Ehefrau als Abtretungsempfängerin eingetragen wurde. In der ZwV. trafen auf die nicht gelöschten 8000 M.: 7506 M., die 15 000 M. fielen aus. Der Streitbetrag von 7506 M., den H. als Zessionar der P. beanspruchte, wurde der Frau L., die inzwischen ihren Mann beerbt hatte, vom RG. aus folgenden Gründen zugesprochen: Allerdings kann die L. wegen Ungleichartigkeit der Ansprüche nicht mit ihrem Verlangen auf Auszahlungsbewilligung gegen die an Stelle des Löschungsanspruchs durch den Zuschlag getretene reine Geldforderung des H. von 7506 M. aufrechnen. Aber dem H.schen Löschungsanspruche stand gleichwertig der Anspruch L. auf den Eintritt in die Rangstelle der zu löschenden 8000 M. gegenüber, der ein L.sches Zurückbehaltungsrecht, aber auch zugleich den durch Teilungswiderspruch nicht zu bekämpfenden Anspruch der L. auf Auszahlung der auf die 8000 M. treffenden 7506 M. begründete. Red. ⇜

13. ➠ **RG.** 10. 7. 11. Der Beteiligte, dem der Teilungsplan die Rolle des widersprechenden Gläubigers zuweist, kann sich der ihm als Widerspruchskläger obliegenden Beweislast nicht dadurch entledigen, daß er das vom ZwV.richter beobachtete Verfahren bemängelt. Zum Obsiegen der Klage genügte daher nicht die Feststellung, daß die von der Beklagten gepfändete Vorhypothek gemäß § 1181

Abs. 2 BGB. erloschen sei, der Kläger muß vielmehr sein Recht zum Widerspruche, nämlich seine Gläubigerschaft für die auf ihn nicht überschriebene Nachhypothek, dartun. Red. ←

14. → **RG.** 10. 7. 11. Hat sowohl der Verwalter im Konkurse des ZwV.schuldners als ein Nachhypothekar gegen Einstellung einer Hypothek in den Teilungsplan Widerspruch erhoben, so kann a) im gesonderten Rechtsstreit über die Widerspruchsklage des Konkursverwalters auch über dessen etwaiges besseres Recht gegenüber dem mitverklagten Nachhypothekar entschieden werden. Es besteht b) keine notwendige Streitgenossenschaft zwischen den beiden Beklagten über die Frage, ob die bekämpfte Hypothek eine (nach § 1181 BGB. erloschene) Gesamthypothek oder eine Einzelhypothek war. c) Der Konkursverwalter hat ein rechtliches Interesse daran, daß der Versteigerungserlös, auch nicht teilweise, an jemand ausgezahlt wird, der weder dinglicher Gläubiger noch Konkurs- oder Massegläubiger ist und er kann dieses Interesse auch mittels Widerspruchs im Verteilungsverfahren nach § 115 ZVG., § 878 Abs. 1 ZPO. verfolgen. Red. ←

15. **RG.** JW. **11** 953, WarnE. **11** 507, R. **11** Nr. 3556. Die Rechte solcher Gläubiger, die Widerspruch unterlassen haben, kommen für den Verteilungsstreit nicht in Betracht (**RG. 26** 420, **72** 52, GruchotsBeitr. **50** 1169). Aber hier handelt es sich darum, ob der Kläger einem voreingetragenen Hypothekenrechte deshalb widersprechen kann, weil der Anmeldende nicht der richtige Gläubiger sei. Diese Frage ist in bekannter feststehender Rechtsprechung verneint worden. Es fragt sich daher hier nur, ob die mit Widerspruch angegriffene, dem Kläger vorgehende Hypothekzinsenforderung e r l o s c h e n ist. Wäre sie von der Eigentümerin oder für sie gezahlt worden, so würde allerdings nach der Ausnahmevorschrift des § 1178 BGB. Eigentümergrundschuld nicht entstanden sein. Allein es muß noch näher untersucht werden, ob die zahlende Dritte etwa nach §§ 426, 774 die Zinsenhypothek für sich erworben und ob sie nicht vielleicht eine andere Schuld als diese Zinsenschuld bezahlt hat.

16. **RG. 78** 61, JW. **12** 242, DJZ. **12** 345, R. **12** Nr. 435—438, 517. Der Senat hält zwar an seiner (vielbekämpften) Ansicht in **RG. 60** 251, daß § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. auf Grundschulden nicht anwendbar sei, fest, nicht aber an dem dortigen Ausspruche, daß zu dem vom Grundschuldgläubiger nicht liquidiertem Betrage die Nachhypothekare ohne weiteres berechtigt würden. Der nicht anmeldende, aber damit nicht verzichtende, Grundschuldgläubiger bleibt nach wie vor Gläubiger des rechtsbeständigen Teiles des Rechtes. Der ZwV.richter hat den fraglichen Teil zu hinterlegen, und der ZwV.schuldner mag dann nach Vertrag oder nach § 812 BGB. vom Grundschuldgläubiger dessen Übertragung verlangen. Der Widerspruch des klagenden Nachhypothekars war somit unberechtigt und der streitige Betrag dem darauf im Teilungsplan eingesetzten Beklagten (einem Zessionare des ZwV.schuldners) zuzusprechen.

17. NaumburgAK. **11** 44 (Naumburg). Die Beklagte beanspruchte für ihre im geringsten Gebote stehende Baugelderhypothek zu 43 200 M. die 5 prozentigen (eintragsmäßigen) Zinsen aus dem Versteigerungserlöse. Die Widerspruchsklage der nachfolgenden Hypothekgläubigerin, die den Vorrang eingeräumt hatte und die auf stete Vorauskürzung der Zinsen durch die Beklagte hinwies, war abzuweisen. Die Beklagte hat dargetan a) daß sie bei Eintragung der 5 prozentigen Darlehnshypothek von 90 000 M. (der Vorrang war nur für 43 200 M. eingeräumt) mit dem Schuldner vereinbart hatte, diese Verkehrshypothek solle wie eine Höchstbetragshypothek wirken, b) daß sie 43 200 M. Kapital und 1080 M. Zinsen noch gut habe. Die Vereinbarung zu a war gültig und wenn sie die Klägerin auch nicht gekannt hat, so mußte sie doch mit den nach Eintrag und Gesetz zulässigerweise ihr vorgehenden Beträgen rechnen.

18. Reichel, Unklagbare Ansprüche, JheringsJ. **24** 52 f., glaubt feststellen zu dürfen, daß auch für (nach Gesetz oder Übereinkommen) unklagbare Forderung klagbare Hypothek bestellt werden kann. Er fährt fort: Ist die Klagbarkeit der Hypothek gleichfalls ausgeschlossen, so kann der Gläubiger zwar nicht selbst die Zwangsvollstreckung betreiben (§ 1147 BGB.), wir haben ihn aber für befugt zu erachten, daß er, wenn ein Dritter das Grundstück zur Versteigerung bringt, dem Versteigerungsgerichte seinen Anspruch auf rangmäßige Befriedigung anmeldet.

19. Strohal, Die Behandlung der nicht valutierten Grundschuld in der ZwV., JheringsJ. **23** 149, bespricht die vielumstrittene Entscheidung, **RG. 60** 251, wodurch der vom Gläubiger nicht angemeldete Teil einer Grundschuld im Verteilungsstreite den Nachhypothekaren zugesprochen wurde. Er gelangt zu dem Endergebnisse, daß der ZwV.schuldner wegen Unrichtigkeit des Grundbuchs Widerspruch gegen die volle Geltendmachung der Grundschuld eintragen lassen konnte, daß er aber auch ohne solche Eintragung jene Unrichtigkeit noch im Verteilungsverfahren geltend machen könne und ein Recht auf Zuweisung des vom Gläubiger nicht in Anspruch genommenen Grundschuldbetrags habe, dies auch schon aus dem anderen Grunde, daß die liegenschaftsrechtlichen Vorschriften (über Verzicht auf dingliche Rechte, Einreden dagegen usw.) nach allen Richtungen hin auch auf den an Stelle des Grundstücksrechts getretenen Rechtes auf Befriedigung aus dem Grundstückserlös angewendet werden müssen.

20. OldenbZ. **11** 338 (Oldenburg). Die erste Hypothekgläubigerin erhob Widerspruch gegen den Plan, weil die Gebühren ihres Rechtsanwalts mit 61,60 M. nicht eingesetzt waren. Der Betrag wurde hinterlegt. Die Genannte erhob aber auch Beschwerde gegen den Plan und das LG. ordnete die Auszahlung des Betrags an die Beschwerdeführerin an. Auf weitere Beschwerde des betreibenden Gläubigers und Erstehers erachtete das OLG. zwar das Beschwerdeverfahren an sich für zulässig, aber den Beschluß des LG. für unrichtig; es hob ihn auf und ordnete ein neues Verteilungsverfahren wegen des streitigen Betrags an.

21. FrankfRundsch. **11** 54 (Frankfurt). Nur ein Beteiligter nach § 9 kann Widerspruch erheben. Beteiligter ist aber der Gemeinschuldner nicht. Er soll zwar laut Behauptung des Konkursverwalters gegenüber dem angeblich nur fiduziarisch vorgeschobenen ZwV.schuldner eigentlicher Grundstückseigentümer und Darlehnsempfänger gewesen sein, aber Eigentümerhypothekar und persönlicher Schuldner für den bestrittenen getilgten Hypothekenbetrag im Sinne der §§ 1163, 1164 war er nicht, da der Inhalt des Grundbuchs und Schuldscheins dem entgegensteht.

22. FrankfRundsch. **11** 142 (Frankfurt). Der an einem Widerspruche gegen den Teilungsplan beteiligte Gläubiger gibt schon durch das Unterlassen der von ihm im Termine nach § 876 ZPO. abzugebenden Erklärung oder durch sein Nichterscheinen im Termine (§ 877 Abs. 2 das.) dem den Widerspruch erhebenden Gläubiger (§ 878 ZPO.) Anlaß zur Klage, braucht also nicht erst noch von letzterem zu einer Erklärung aufgefordert zu werden.

23. S. im allgemeinen § 10! Rangvorbehalt § 11 Ziff. 1. Bevollmächtigter § 15 Ziff. 2. Persönliche Ansprüche § 17 Ziff. 2. Herrenloser Überschuß § 17 Ziff. 3. Bereicherungsklage § 37 Ziff. 5. Höchstbetragshypothek § 37 Ziff. 8. Vormerkungen § 48 Ziff. 1, 3, 7. Fälligkeitsentschädigung § 52 Ziff. 3. Baugelderhypothek § 91 Ziff. 5. Beschwerde §§ 113 Ziff. 1.

§ 118. S. § 128! Übertragung erloschener Hypotheken § 91 Ziff. 11. Staatsgebühren § 49 Ziff. 1.

§ 124. Nicht anwendbar auf Rechte an einem dinglichen Rechte § 115 Ziff. 9.

§ 125. Vollmacht? § 15 Ziff. 2. Erlös fremder Sachen § 37 Ziff. 4.

§ 126. Herrenloser Überschuß § 17 Ziff. 3. Fehlender Hypothekenbrief § 91 Ziff. 11.

§ 128. 1. PosMSchr. **11** 105 (Posen). Daß die Beklagten sich für die Berechtigten aus der nicht für sie, sondern „für die noch festzustellenden Berechtigten" eingetragenen Sicherungshypothek halten, kann ihnen für die Grundbuchberichtigungsklage die Passivlegitimation nicht geben. Ihre Einwilligung ist zur Löschung der Hypothek weder erforderlich noch ausreichend.

2. Staatsgebühren § 49 Ziff. 1. Schutz der Berechtigten an einem dinglichen Rechte § 91 Ziff. 11, § 115 Ziff. 9.

§ 129. Zurückstehen öffentlicher Ansprüche § 10 Ziff. 20.

§ 130. 1. Reich, R. **11** 226. Entgegen PrJMBl. **10** 165 und Krause, Ricks, DJZ. **10** 528, 585 (JDR. **9** § 130 Ziff. 2) ist nach dem Wortlaute des § 85 Abs. 3 RStempG. und wegen der aus dem Gegenteile sich ergebenden unbilligen Folgen (Wiederversteigerungshindernisse) für die Hypothekengläubiger usw. anzunehmen, daß der Ersteher in das Grundbuch als Eigentümer eingetragen werden muß, wenn der Reichsstempel nicht bezahlt oder keine Sicherheit für ihn geleistet ist (aM. Ziff. 6).

2. BayObLG. **11** 665, ZBlFG. **12** 95, OLG. **22** 413 (schon erwähnt JDR. **9** § 130 Ziff. 5). Der Beschwerde kann darin beigetreten werden, daß § 39 GBO. das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Grundbuchrichters bestimmt und die Vorschrift des § 130 ZVG. den Umfang der Befugnisse des ZwV.gerichts begrenzt. Rechtsänderungen, die nicht durch das ZwV.verfahren herbeigeführt werden, können nicht Gegenstand des Ersuchens des Vollstreckungsgerichts sein. Aber der § 130 versteht unter den „durch Zuschlag erloschenen Rechten" nicht bloß dingliche, sondern alle im Grundbuch eingetragenen oder vorgemerkten Rechte für den Fall, daß sie durch den Zuschlag erlöschen (RJA. **2** 253, OLG. **16** 343). Unter diese Rechte ist auch der Anspruch auf Grund des § 1179 BGB. einzureihen. Mit Recht hat daher das Grundbuchamt die zugunsten der bestehen bleibenden I. Hypothek von 7000 M. eingetragene, aber durch den Zuschlag erloschene Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB. auf Ersuchen des ZwV.richters gelöscht.

3. ➠ **RG.** 8. 4. 11. Am 4. Dezember 1906 wurde eines von drei auf demselben Grundbuchblatte stehenden Grundstücken dem A. zugeschlagen. Am gleichen Tage überreichte er mit seinem Gläubiger B. dem Grundbuchamte die Bewilligung einer Hypothekeintragung zu 10 000 M. auf diesem Grundstücke für B., die auf 8 Wochen zurückgelegt wurde. Obwohl am 29. Januar 1907 der ZwV.richter Überschreibung des Grundstücks auf A. nachsuchte, blieb die Sache weiter liegen, bis am 16. März 1907 Ersuchschreiben des ZwV.richters auch für die beiden anderen von A. gleichfalls erstandenen Grundstücke nebst einer Hypothekbestellung zu 15 000 M. für B. einging. Nach erholter einseitiger Erklärung des A. trug der Grundbuchrichter nur 15 000 M. auf den beiden letzten Grundstücken ein; Grundstück 1 blieb frei und wurde von A. anderweit belastet. Der geschädigte B. klagte gegen den Fiskus nach § 12 GBO. auf Schadensersatz und das OLG. erklärte die Klage als dem Grunde nach gerechtfertigt. Das RG. erachtete aber noch weitere Feststellungen darüber für nötig: a) ob am 4. Dezember 1906 B. die Eintragung der 10 000 M. beantragt hatte, in welchem Falle später A. nicht einseitig seine Eintragungsbewilligung zu 10 000 M. zurücknehmen konnte, b) warum die 10 000 M. nicht sogleich am 29. Januar 1907 eingetragen wurden, c) ob B. zur Vermeidung seines Mitverschuldens nach § 254 BGB. nicht auf Protokollaraufnahme seines etwaigen Antrags am 4. Dezember 1906 dringen und auch später noch Schadensabwendung veranlassen konnte und mußte. Red. ⟵

4. Weisbrod, Die Haftung des Grundbuchbeamten für die Gebühren der Grundbucheintragungen, SeuffBl. **11** 419, führt unter anderem 424 f. aus: Der Art. 293 BayGebG. (der dem Grundbuchamt untersagt, eine Eintragung in das Grundbuch eher vorzunehmen, als der Nachweis über die Entrichtung oder Hinter-

legung der Gebühren vorgelegt ist) erstreckt sich auch auf die Besitzveränderungsgebühr, weshalb auch das BayObLG. **10** 146 (JDR. 8 § 130 Ziff. 1) entschieden hat, daß im ZwV.verfahren der Eintrag des neuen Eigentümers in das Grundbuch nur nach Entrichtung der Immobiliargebühr erfolgen darf (s. auch § 58 Ziff. 1).

5. Weitemeyer, DJZ. **11** 1264. Der Grundbuchrichter hatte nach § 18 GBO. dem Vollstreckungsrichter, der nach § 130 um Eintragung des Erstehers ersuchte, eine Frist zum Nachweise der Sicherheit des Reichsstempels gemäß § 85 Abs. 2 RStempG. und der PrAllgJustMinVf. vom 23. Mai 1910 vorgestreckt. Auf Beschwerde des Vollstreckungsrichters hat aber das LG. (Wiesbaden?) das Grundbuchamt angewiesen, jenem Ersuchen ohne weiteres stattzugeben. Die Begründung hierzu sagt: Der Grundbuchrichter habe lediglich die Form und die Legitimation zum Antrage, nicht aber die Voraussetzungen für das Ersuchen, wozu auch die Stempelfrage gehöre und wofür der Vollstreckungsrichter allein verantwortlich sei, zu prüfen. Selbst dann habe der Grundbuchrichter das Ersuchen zu vollziehen, wenn er zufällig von Nicht-Zahlung oder Sicherung des Stempels Kenntnis erlangt habe. Durch das RStempG. und die genannte Verfügung vom 23. Mai 1910 habe der § 130 des (älteren) ZVG. nicht abgeändert werden können und sollen (s. Ziff. 1, 4 oben, Ziff. 6 unten).

6. Heinitz, DJZ. **11** 1379, weist darauf hin, daß im Gegensatze zu der vorstehend unter Ziff. 5 erwähnten landgerichtlichen Entscheidung der I. Sen. KG. in mehreren Entscheidungen die Weigerung des Grundbuchrichters, die Eigentumseintragung des Erstehers ohne Sicherung des Reichsstempels zu vollziehen, als gerechtfertigt angesehen hat, daß aber der daraus für die Wiederversteigerung (§ 133) sich ergebende Mißstand durch § 67 RZuwStG. vom 14. Februar 1911 beseitigt ist, der das Stempelsicherungsverlangen des § 85 Abs. 3 RStempG. auf Auflassungsfälle beschränkt.

7. R. **11** 773 (KG.). Die Gebühr für die Eintragung des Erstehers als neuen Eigentümers ist auch dann nach dem vollen Werte des Grundstücks zu erheben, wenn bei einer TV. bei Bruchteilsgemeinschaft einer der bisherigen Miteigentümer den Zuschlag erhalten hat.

8. Beyerle, WürttZ. **11** 232, ist in einem Falle, wo ein gemeinderätlich auf 42 250 M. geschätztes Grundstück infolge von Bietungsabmachungen für 420 M. zugeschlagen wurde, der Meinung, daß nach Art. 17 WürttGKO. die Gebühr für Eintragung des Eigentums des Erstehers aus dem gemeinen Werte des Grundstücks (nach gemeinderätlicher Schätzung) zu berechnen sei. ➛ Nach 367 aaO. sind das LG. Ulm und das OLG. Stuttgart im allgemeinen derselben Ansicht. Red. ⟵

9. ElsLothNotZ. **11** 378 (LG. Straßburg). Dem Ersuchschreiben des ZwV.beamten, nicht nur die näher bezeichneten, durch den Zuschlag erloschenen, sondern auch diejenigen Rechte zu löschen, die erst nach der Beschlagnahme eingetragen worden sind, hat das Grundbuchamt Folge zu geben, auch wenn die letzteren Rechte nicht näher bezeichnet sind.

10. Rechte der Dritterwerber § 23 Ziff. 4. Zwischenzeit zwischen Zuschlag und Löschung § 91 Ziff. 5. Übertragung erloschener Hypotheken § 91 Ziff. 11. Alte Korrealhypothek § 15 EGZVG. Ziff. 2.

§ 132. Übertragungsempfänger § 91 Ziff. 11.

§ 133. 1. HansGZ. **11** Beibl. 47 (Hamburg). Der Ersteher ist für ein Säumnis in Erfüllung der ZwV.bedingungen dem Hypothekengläubiger schadensersatzpflichtig, der infolge der Wiederholung der ZwV. durch inzwischen aufgelaufene Zinsen seiner Vormänner Verlust erleidet (Bremisches Recht).

2. Reichsstempel kein Hindernis mehr? § 130 Ziff. 6.

§ 134. Staatsgebühren § 49 Ziff. 1.

§ 138. Herrenloser Überschuß § 17 Ziff. 3.
§ 143. Staatsgebühren § 49 Ziff. 1.
§ 144. Staatsgebühren § 49 Ziff. 1.

Dritter Titel. Zwangsverwaltung.

§ 146. 1. ZBlFG. **11** 543 (Cassel). Zur Wirksamkeit der ZwVerw. eines mit Nießbrauch belasteten Grundstücks gegenüber dem Nießbraucher bedarf es der Zustimmung des Nießbrauchers oder eines gegen ihn gerichteten Schuldtitels und zwar auch dann, wenn das dingliche Recht des betreibenden Gläubigers dem Nießbrauche vorgeht.

2. →→ **RG.** 2. 10. 11. Zu dem Zwecke, daß die Nutzungen des Grundstücks in die Zwangsverwaltungsmasse flössen, hat der Kläger als ein die ZwVerw. mitbetreibender Hypothekgläubiger gegen den ihm im Range nachstehenden Nießbraucher zunächst auf Duldung der Zwangsvollstreckung geklagt. Wenn er später den Klagantrag stellte, daß der Beklagte die aus der Verwaltung sich ergebenden Überschüsse an den Zwangsverwalter abzuführen habe, so war dies — nach Begründung und Ziel — im wesentlichen derselbe Antrag und wenn nunmehr Anerkenntnisurteil und Kostenentscheidung erging, so war letztere allein gemäß der Ausnahmevorschrift im § 99 Abs. 2 ZPO. mittels Berufung anfechtbar. Red. ←←

3. Josef, Die Verweigerung des Wiederaufbaues seitens des Versicherungsnehmers in ihrer Einwirkung auf die Realgläubiger, SeuffBl. **11** 715, gelangt (720) zu dem Schlußsatze: Sofern sich jene Weigerung darstellt als eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Einwirkung auf das Grundstück, ist nach § 1134 BGB. die ZwVerw. gerechtfertigt, so daß der Zwangsverwalter an Stelle des Versicherungsnehmers das Geld vom Versicherer zu verlangen berechtigt ist. In diesem Falle ist die bestimmungsmäßige Verwendung des Geldes schlechthin als gesichert anzusehen (§ 97 VVG.).

4. SeuffBl. **11** 774, R. **11** Nr. 3941 (Dresden). Findet gleichzeitig die ZwV. und die ZwVerw. eines Grundstücks statt, so ist das Ergebnis des einen abgeschlossenen Verfahrens bei der Verteilung im anderen Verfahren zu berücksichtigen.

5. OLG. **23** 235 (Braunschweig). Auf Antrag des durch Verfügungen des Schuldners gefährdeten Hypothekars ist Anordnung der Zwangsverwaltung wegen Zinsrückständen mittels einstweiliger Verfügung zulässig. Sie ist auch zweckmäßiger als Arrestanordnung.

6. ZwVerw. zuerst auf einstweilige Verfügung, dann zur Zwangsvollstreckung § 10 Ziff. 14. Vollmacht § 15 Ziff. 2. Anordnungsgebühr § 15 Ziff. 1. Auflassungsvormerkung § 48 Ziff. 6. Vollstreckungstitel § 16 Ziff. 2.

§ 148. 1. **RG. 76** 116, JW. **11** 538, SeuffBl. **12** 73, R. **11** Nr. 2157. Der Hypothekgläubiger A. hatte sich vom Hypothekschuldner C. die Mietzinsen zur Deckung der Abgaben und Hypothekzinsen abtreten lassen. Nachher ließ B. für vollstreckbare Forderungen Sicherungshypotheken eintragen und zugleich die Mietzinsen pfänden und klagte gegen A. auf Rechtmäßigkeit dieser Pfändung nach Maßgabe von § 1124 Abs. 2 BGB. Das RG. trat zwar der „herrschenden" Meinung, daß Mietzins*pfändung* gleich der Beschlagnahme des § 148 wirke, weder ausdrücklich bei noch entgegen, wies aber die Klage aus folgenden Hauptgründen ab: Mit Recht hat der Berufungsrichter der Zinsenabtretung an A. die Beschlagnahmewirkung des § 1123 ff. BGB. versagt; der *Personal*pfändung des B. hat er sie zugestanden, jedoch zu Unrecht. Die für das ZwV.verfahren erhebliche Streitfrage, ob der persönliche Schuldtitel bei Nachweis der Identität der persönlichen Forderung mit einer eingetragenen Hypothek einem dinglichen Vollstreckungstitel gleichsteht, wird von *Jaeckel-Güthe*, *Kretzschmar*, *Schöbel* usw. verneint, von *Planck*, *Fischer-Schäfer*, *Reinhard*, *Eccius*, *Meyn* (mehr aus praktischen Gründen) bejaht.

Allein die für die bejahende Meinung angeführten Erwägungen über das geringste Gebot schlagen nicht durch. Die erwähnte Streitfrage ist daher zu verneinen und somit fehlt es dem Kläger B. an einer Beschlagnahme im Sinne des § 1124 BGB. Er muß die Mietzinsabtretungen an A. gelten lassen (s. dasselbe Urt. § 53 Ziff. 2).

2. Kormann, Die Zwangsvollstreckung gegen Kaliwerkbesitzer, BuschsZ. **41** 330. Nach Art. 19 PrAGZVG., § 21 ZVG. umfaßt die ZwV.beschlagnahme die bereits gewonnenen Mineralien nicht, wohl aber das ZwVerw.verfahren. Dies letztere ergibt sich aus § 148 und mit dem argumentum e contrario aus dem angezogenen Art. 19.

3. Fruchtpfändung § 21 Ziff. 1. Bäume § 91 Ziff. 10. Über Mietverhältnisse s. im allg. §§ 56, 57. Persönlicher Titel § 16 Ziff. 2.

§ 149. 1. ZBlFG. **11** 658, OLG. **22** 373 (Cassel). Das im § 149 bestimmte Wohnrecht ist das einzige Recht geblieben, das dem Schuldner bei ZwVerw. im Interesse seiner und seiner Familie Erhaltung eingeräumt ist. Auf Nahrungs-, Feuerungs-, Beleuchtungsmittel, eine Milchkuh mit Futter u. dergl. hat er keinen Anspruch. § 811 Nr. 2, 3 ZPO. finden keine entsprechende Anwendung. AM. Jaeckel-Güthe.

2. Kein Wohnrecht des Erstehers § 94 Ziff. 2.

§ 150. 1. SächsRpflA. **11** 135 (LG. Dresden). Ein Ortsrichter versprach, falls er Zwangsverwalter werde, dem ihn dazu vorschlagenden betreibenden Gläubiger, daß er immer 300 M. jährlich für Hausverwaltung anmelden, 100 M. davon aber ihm herauszahlen werde. Diese Abmachung war als nichtig nach § 138 BGB. um so weniger zu erachten, als der Gläubiger auf alle Fälle die 100 M. erhalten hätte und ein Dritter nicht geschädigt wurde.

2. du Chesne, RheinZ. **11** 203, stellt teilweise gegen Eckstein, BuschsZ. **40** 48 (JDR. **9** § 90 Ziff. 6), folgende Sätze auf: Der Zwangs- und der Konkursverwalter stellt sich als Organ des Vollstreckungsverfahrens (nicht als bloßer Stellvertreter) dar. Ob man ihn einen Beamten nennen will, hängt davon ab, wie eng oder weit man diesen umstrittenen Begriff faßt; jedenfalls wird man seine Funktion unbedenklich als Amt bezeichnen dürfen. Damit ist aber seine Rechtstellung nicht erschöpfend bezeichnet, das Schwergewicht ruht vielmehr in dem aufgestellten Begriffe des Mittelsmannes, der einen besonderen Typ darstellt und sich von allen ähnlichen Organen der Privatperson oder des Staates deutlich abhebt.

3. S. auch § 152!

§ 152. 1. R. **11** Nr. 2177 (KG.). Erhebt nach Einleitung der ZwVerw. ein Dritter gegen den Zwangsverwalter Klage auf Herauszahlung eingezogener Mieten, weil er sie vor Einleitung der ZwVerw. durch Abtretungserklärung des Grundstückseigentümers erworben habe, so ist in dem Rechtsstreit ein Hypothekgläubiger, der dem Zwangsverwalter als Nebenintervenient beigetreten ist, als solcher zuzulassen. ➞ Vgl. JDR. **9** § 152 Ziff. 7 Red. ⟵

2. *Deumer, Behandlung der auf den Zwangsverwalter lautenden Vollstreckungsklausel nach Beendigung der ZwVerw., BuschsZ. **41** 59. Führt der Zwangsverwalter innerhalb der ihm nach § 152 zustehenden Befugnis einen Rechtsstreit, so ist er auch nach Aufhebung der ZwVerw. zur Prozeßführung legitimiert. Aus einem Schuldtitel, der einen der ZwVerw. unterliegenden Gegenstand betrifft und der den Zwangsverwalter als Partei in der Urteilsformel und Vollstreckungsklausel bezeichnet, kann für oder gegen den Subhastaten Gebrauch gemacht werden, wenn der Zwangsverwalter nach Beendigung der Zwangsverwaltung, aber vor Beginn der Zwangsvollstreckung aus dem Schuldtitel, verstorben ist. Rechtsnachfolge liegt nicht vor, eigentliche Partei war der Schuldner, der Zwangsverwalter war nur Prozeßlegitimierter (aM. s. Ziff. 4).

3. SchlHolstAnz. **11** 169 (Kiel). Der Zwangsverwalter ist auch nach Aufhebung der ZwVerw. zur Fortsetzung begonnener Prozesse befugt. — Gegen den Mietzinsen einklagenden Zwangsverwalter kann zwar nach § 1121 das Aufrechnungsrecht des Beklagten beschränkt sein, aber nicht dessen Zurückbehaltungsrecht.

4. OLG. **23** 204 (KG.). Gegen den Schuldner lag rechtskräftiges Urteil auf Herausgabe von Transformatoren vor. Hierzu war dem Kläger die Vollstreckungsklausel gegen den Zwangsverwalter zu erteilen. Wenn dieser auch nicht schlechthin Rechtsnachfolger des Schuldners ist, so ist er es doch da, wo es sich um Rechtsbeziehungen, sei es zum Grundstücke selbst oder zu solchen beweglichen Gegenständen handelt, die von der ZwVerw. zunächst mitergriffen werden. Ohne die Klausel gegen den Zwangsverwalter ist Zwangsvollstreckung gegen ihn nicht zulässig. AM. Wolff (u. oben Ziff. 2).

5. Auslagen § 10 Ziff. 6, 22. Kosten des Interventionsprozesses § 10 Ziff. 1. Verschleppte Sachen, Forderungen §§ 20 Ziff. 1 k, 23 Ziff. 3. Früchtepfändung § 21 Ziff. 1. Passivlegitimation § 94 Ziff. 1. Klage gegen den Nießbraucher § 146 Ziff. 2. Wiederaufbau § 146 Ziff. 3. ZwVerw. im Konkurse § 172 Ziff. 3.

§ 153. 1. OLG. **22** 414 (Marienwerder). Grundsätzlich ist der betreibende Gläubiger dem Zwangsverwalter zur Zahlung einer angemessenen Vergütung verpflichtet. Er steht zu ihm zwar nicht in einem Vertragsverhältnisse, wohl aber in vertragsähnlichen Beziehungen, so daß § 675 BGB. sinngemäß anwendbar ist.

2. OLG. **22** 414 (Hamburg). Nach § 15 der auf Grund des § 14 EGZVG. erlassenen Hamburger VO. vom 1. Januar 1900 steht dem Zwangsverwalter nicht schlechthin eine angemessene Vergütung für seine Tätigkeit zu, richtet sie sich vielmehr im wesentlichen nach den erzielten Mieteinnahmen und soll 4—8 pCt. derselben regelmäßig nicht übersteigen. Hier, wo der Verwalter im ganzen etwas über 6 pCt. erhielt, läßt sich ein Ausnahmefall nicht begründen. Daß er für die nach dem Zuschlage notwendig gewordenen größeren Arbeiten einen verhältnismäßig geringen Betrag bekam, wird durch die (große) Vergütung für den früheren Zeitraum ausgeglichen.

3. OLG. **22** 415 (Hamburg). Zwar nicht als Bürge für einen Hypothekar, wohl aber als Selbsthypothekar steht dem A. die Beschwerde der § 153 ZVG., § 793 ZPO. dagegen zu, daß dem Zwangsverwalter entgegen der VO. vom 1. Januar 1900 erheblich mehr als 4—8 pCt. der eingenommenen Mietzinsen statt 200 M. als Vergütung zugebilligt worden ist. Sachlich ist er aber nicht beschwert, weil er auch bei nur 200 M. Vergütung völlig ausgefallen wäre. Nicht abzusehen ist, wie er als E r st e h e r geschädigt sein soll. Ob der Ersteher Beteiligter ist, kann daher dahingestellt bleiben.

§ 154. PosMSchr. **11** 17, R. **11** 1622 (Königsberg). Es ist anzunehmen, daß unter den „Beteiligten" im Sinne des § 154, zumal da das Wort „allen" davorsteht, das sonst überflüssig wäre, nicht nur die Beteiligten im Sinne des § 9, sondern alle diejenigen gemeint sind, die aus der vom Verwalter zu vertretenden Handlung oder Unterlassung den Schaden haben, z. B. diejenigen, gegen die der Zwangsverwalter Verbindlichkeiten eingeht, ohne Deckungsmittel zu haben oder erwarten zu können.

§ 155. 1. OLG. **22** 415 (Dresden). Nach § 155 Abs. 2 werden wegen anderer Ansprüche als laufender Beiträge auch die Realberechtigten nur als Beschlagnahmegläubiger d. i. in der 5. Klasse berücksichtigt. In dieser Klasse geht aber unter mehreren Ansprüchen derjenige vor, für den das Grundstück zum Zwecke der ZwVerw. früher beschlagnahmt ist (§ 11 II). Die so zurückstehenden dinglich Berechtigten müssen daher erforderlichenfalls die ZwV. betreiben. Dies gilt auch für die Zinsen des Beschwerdeführers seit 1. Oktober 1908, weil diese Zinsverpflichtung erst am 15. Februar 1910 im Grundbuch eingetragen worden, daher gegenüber der ZwVerw. beschlagnahme für A. unwirksam ist.

2. Öffentliche Lasten § 10 Ziff. 19, 20, 23. Auslagen § 10 Ziff. 6, 22.

§ 156. Öffentliche Lasten § 10 Ziff. 19, 20, 23.

§ 161. Vorschußleistung § 15 Ziff. 1 III b. Prozeßfortdauer, Vollstreckungsklausel § 152 Ziff. 2, 3, 4.

Zweiter Abschnitt. Zwangsversteigerung von Schiffen im Wege der Zwangsvollstreckung.

§ 162. 1. Gravenhorst, Schiffsregister und (koloniale) Landregister, GruchotsBeitr. **55** 248, bespricht 263 die Realisierung von Schiffspfandrecht und Landregisterhypothek mit folgenden hauptsächlichen Sätzen: Zur Begründung der dinglichen Klage des Schiffspfandgläubigers, dem § 891 BGB. nicht zur Seite steht, gehört Behauptung und Beweis, daß die Parteien über die Belastung mit dem Pfandrecht auch einig gewesen sind. — Die ZwV. in Schiffe darf nur angeordnet werden, wenn der Schuldner das Schiff im Eigenbesitze hat. Die Lösung der sich daraus ergebenden Schwierigkeiten ist nur möglich mittels des aus der Gesetzesentstehung zu führenden Nachweises, daß das Gesetz die Klage aus dem Schiffspfandrecht auch gegen den Eigenbesitzer hat zulassen wollen, um dem Gläubiger auf diese Weise einen Titel zu verschaffen. — Die Unzulässigkeit der Unterwerfungsklausel für den jeweiligen Schiffseigentümer hat Verfasser schon GruchotsBeitr. **54** 798 (JDR. **9** § 164 Ziff. 1) dargelegt.

2. Leo, LeipzZ. **11** 52, teilt einen, in Abweichung von der Registerbehörde die Eintragung des Schiffseigentums und die Löschung der ausgefallenen Schiffshypotheken bewilligenden Beschluß des LG. Schwerin vom 10. Januar 1910 mit, der wie folgt begründet ist: Der Eigentumswechsel durch ein ausländisches (hier dänisches) ZwV.verfahren muß auch vom deutschen Registerrichter anerkannt werden. Der Beschwerdeführer hat nach § 14 Abs. I FlaggenrechtsG. genügende Glaubhaftmachung für seinen Eigentumserwerb beigebracht. Die nach ausländischem Gesetze vollzogene SchiffsZwV. bewirkt — falls jenes Gesetz es bestimmt — das Erlöschen aller Schiffsgläubiger- und sonstigen Schiffspfandrechte, die im deutschen Register eingetragen sind. Entgegen der Ansicht Lewis-Boyens I 78 muß eine öffentliche Bekanntmachung der ZwV. nach Vorschrift des ausländischen Rechtes genügen.

3. ZBlFG. **12** 53, KGJ. **40** A 94, R. **11** Nr. 3323 (KG.). Bei einer auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den Vorschriften des ZVG. erfolgten Versteigerung (eines Schiffes) erwirbt der Ersteher ohne Rücksicht darauf, ob ihm die eingetragenen Belastungen bekannt waren, lastenfreies Eigentum. Die eingetragenen Schiffspfandrechte erlöschen also durch den Zuschlag. Die Gläubiger waren aber nach §§ 9, 41, 163 heranzuziehen und konnten ihre Rechte wahrnehmen. Anders bei Versteigerung eines Schiffes im Arrestverfahren, die in den Formen der Fahrnisversteigerung stattfindet (§§ 930, 931, 808 ff. ZPO.). § 91 findet hierbei nicht Anwendung, die eingetragenen Schiffspfandrechte werden durch solche nach Fahrnisrecht durchgeführte Schiffsversteigerung nicht berührt.

4. LeipzZ. **11** 954 (Stettin). Nach § 102 Ziff. 2 BinnenSchG. hat der Schiffsführer wegen seiner Forderung auf Rückgabe einer Sicherheit die Rechte eines Schiffsgläubigers. Die Verjährung des hier bestrittenen Anspruchs ist durch seine Anmeldung im ZwV.verfahren über das Schiff unterbrochen worden. Vollstreckbarer Titel war hierzu nicht nötig. Der Anspruch auf Befriedigung aus dem Erlöse wird, wenn er aus dem Grundbuch oder Schiffsregister erhellt oder in der Anmeldung ausreichend dargelegt ist, in den Teilungsplan aufgenommen und gelangt zur Hebung, solange nicht ein Beteiligter widerspricht. . . . . Die Anmeldung ist also einem Antrag auf Zwangsvollstreckung nach § 209 BGB. gleichzustellen. Das Verlangen,

daß der Schiffsgläubiger zur Unterbrechung der Verjährung die dingliche Klage erheben müsse, würde nur zu unnützen Kosten führen.

5. LeipzZ. **11** 957 (LG. Hamburg). Der Reeder eines Schiffes, das ein anderes Schiff desselben Reeders rettet, hat für den verdienten Hilfslohn ein Schiffsgläubigerrecht an dem geretteten Schiffe und einen Ersatzanspruch an dessen Versicherer. Gegen sich selbst kann er aber nicht klagen und vollstreckbaren Titel erwirken. Sein Recht hat im wesentlichen nur defensive Funktion, aber, an einen andern übertragen, wird es zum vollwirksamen Pfandrecht.

6. RheinA. **108** 187 (Düsseldorf). In diesem Urteil über internationales Schiffspfandrecht werden unter anderem folgende Sätze aufgestellt: a) Ein in Holland begründetes und dort eingetragenes Schiffspfandrecht erlischt bei einer ZwV. des Schiffes in Deutschland; an seine Stelle tritt ein Anspruch auf Befriedigung aus dem Erlöse. b) Die Rangordnung bei der Verteilung des Erlöses eines zwangsversteigerten Schiffes bestimmt sich nach dem Rechte des Vollstreckungsgerichts. →→ **RG. 77** 1 billigt vorstehende Sätze und erachtet den guten Glauben der inländischen Pfandgläubiger über Nichtbestehen ausländischer Pfandrechte für entscheidend. Red. ←←

7. Berufsgenossenschaft § 10 Ziff. 4.

§ 170. Vorschuß § 15 Ziff. 1 III b.

Dritter Abschnitt. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in besonderen Fällen.

§ 172. 1. **RG.** R. **11** Nr. 601. Auf Einbeziehung eines überlasteten Grundstücks zur Konkursmasse haben die Konkursgläubiger mangels Aussicht auf Übererlös keinen Anspruch.

2. **RG.** JW. **11** 331. Der allgemeinen Verwertungsvorschrift des § 117 KO. gemäß ist dem Konkursverwalter für die zur Masse gehörigen unbeweglichen Gegenstände das Recht zur Betreibung der ZwV. durch § 126 KO. gegeben. Die Zugehörigkeit zur Masse wird in §§ 117, 126, 127 das. ausdrücklich vorausgesetzt und zur Masse gehört nicht, was nicht zur Zeit der Konkurseröffnung Vermögen des Gemeinschuldners war (§ 1 KO.).

3. Schaefer, Veräußerung von Grundstückszubehör durch den Konkursverwalter, LeipzZ. **11** 1, kommt 12 zu dem Ergebnisse, daß der Konkursverwalter ebenso frei und wirksam über Zubehör verfügen kann, wie außerhalb des Konkurses der Eigentümer selbst. Er fügt bei: Die vom Konkursverwalter nach §§ 172—174 (mit §§ 126, 127 KO.) betriebene ZwV. oder ZwVerw. ist keine Zwangsvollstreckung, woraus sich auch erklärt, daß nach § 173 Satz 1 die Anordnung des Verfahrens nicht als Beschlagnahme gilt, also auch nicht das Verfügungsrecht des Konkursverwalters einschränkt, wenn er ZwV. betreibt. Eine Einschränkung wird nur insoweit anzuerkennen sein, als der Verwalter durch Veräußerungen in der Zeit zwischen ZwV. und Zuschlag dem Ersteher ersatzpflichtig wird. Bei der ZwVerw. ergibt sich eine Verfügungsbeschränkung allerdings aus dem ganz anderen Grunde, daß die Verwaltung auf den Zwangsverwalter übergeht, der die Interessen der Hypothekgläubiger zu wahren hat. — Auf die Veräußerung von Zubehörstücken, auf die sich die Hypothek erstreckt, kann § 127 KO. schon deshalb nicht bezogen werden, weil die Zubehörstücke auch durch eine freihändige Veräußerung von der Haftung für die Hypothek frei werden und somit ein Fall für die Anwendung des § 127 überall nicht gegeben ist (s. auch Ziff. 5).

4. *Wolff, LeipZ. **11** 5, 16, 98, 185. Die KonkursZwV. setzt einen Vollstreckungstitel nicht voraus, sie bewegt sich in Formen der ZwV., ist aber kein Akt der Zwangsvollstreckung. Der Verwalter hat die Stellung des Gläubigers und des Schuldners, der Gemeinschuldner ist ebenfalls Beteiligter, er hat aber nur die Nachteile, nicht die Rechte, welche der Schuldner außerhalb des Konkurses hat. Über

die Beendigung des Verfahrens insbesondere infolge der Beendigung des Konkurses, der Veräußerung des Grundstücks oder der Ausschließung desselben von der Aktivmasse s. LeipzZ. **11** 5, 193 (s. auch § 68 Ziff. 1, § 173 Ziff. 1, § 178).

5. Josef, LeipzZ. **11** 593 ist im Gegensatze zu Schäfer (s. Ziff. 3 oben!) der Meinung, daß der Konkursverwalter auch schon vor Grundstücksbeschlagnahme die Rechte der Realgläubiger auf das Zubehör zu wahren habe. Er fügt bei: Hat also der Eigentümer oder der Konkursverwalter den Erlös des veräußerten Zubehörs nicht zur Anschaffung von Ersatzstücken verwendet und fallen deswegen Realgläubiger aus, so steht diesen nach § 812 BGB. ein Anspruch auf Herauszahlung des Zubehörerlöses zu, in der Regel auch ein Schadensersatzanspruch nach § 823 das.

6. ElsLothNotZ. **11** 33 (Colmar). Die ZwV. von vor eröffnetem Konkurse gegen den Schuldner beschlagnahmten Grundstücken kann während des Konkurses fortgesetzt werden, auch wenn der betreibende Gläubiger nicht Hypothekargläubiger ist.

7. Über Beziehungen zwischen ZwV. und Konkurs s. auch §§ 10 Ziff. 20; 20 Ziff. 1 a u. h, 20 Ziff. 2; 55 Ziff. 1; 115 Ziff. 21.

§ 173. 1. *Wolff, LeipzZ. **11** 5, 18, 96, 187. Der Konkursverwalter darf das Grundstück veräußern und belasten, aber die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück auf einen Dritten beendigt das Verfahren. Er darf ferner nicht nur über die Früchte und andere Erzeugnisse, sondern auch über die Zubehörstücke frei verfügen (aM. **RG. 69** 92 und JW. **08** 561, 1033). — Der Antrag des § 174 ist noch nach dem Schlusse des ZwV.geschäfts bis zur Beendigung der Verhandlung des § 74 über die Erteilung des Zuschlags zulässig. Der Antragsteller wird nicht betreibender oder beigetretener Gläubiger. Über die Streitfrage, auf welches Gebot der Zuschlag zu erteilen ist, s. aaO. 5, 191 Anm. 13. Wird das Verfahren von einem Masse- oder Absonderungsgläubiger und dem Verwalter zugleich betrieben, so richtet es sich nicht nach den §§ 173, 174, sondern nach dem stärkeren Rechte des Vollstreckungsgläubigers, es sei denn, daß dieser die zweiwöchige Frist des § 44 Abs. 2 nicht gewahrt hat und der ZwV.termin nicht verlegt ist (s. auch §§ 68 Ziff. 1; 172 Ziff. 4; 178!).

2. PrOVG. **58** 139. Als „Veräußerer", der nach einer Steuerordnung die Wertzuwachssteuer zu zahlen hat, kann der Konkursverwalter nicht angesehen werden, wenn das Grundstück auf Betreiben eines Hypothekgläubigers zwangsversteigert worden ist.

3. S. auch § 172 Ziff. 3 und § 174 Ziff. 1!

§ 174. 1. **RG. 75** 138, JW. **11** 288, R. **11** Nr. 1037, DJZ. **11** 593. Ein Gläubiger, der gemäß § 174 ein besonderes Ausgebot verlangt, wird dadurch noch nicht zum betreibenden Gläubiger. Er stellt vielmehr in dem vom Konkursverwalter betriebenen Verfahren einen für das Ausgebot in Betracht kommenden Antrag, ohne damit dem Verfahren beizutreten. Es ist daher, wenn der Konkursverwalter den Antrag auf ZwV. zurücknimmt, die Fortsetzung des Verfahrens auf Grund jenes Gläubigerantrags, bei dem auch ein vollstreckbarer Titel nicht erforderlich ist, nicht zuzulassen.

2. S. auch §§ 172 Ziff. 3; 173 Ziff. 1!

§ 176. Öffentliche Lasten § 10 Ziff. 20.

§ 178. *Wolff, LeipzZ. **11** 5, 97. Nimmt der Konkursverwalter die vor der Eröffnung des Konkurses eingeleitete Nachlaßversteigerung zurück, so muß die Konkursmasse die gesamten Kosten, und zwar als Massekosten tragen.

§ 180. 1. OLG. **22** 416, WürttZ. **11** 268, DNotV. **11** 825, BayNotZ. **11** 498, R. **11** Nr. 2162 (Stuttgart). Die im gesetzlichen Güterstande lebende Ehefrau kann gegen den Willen des Ehemanns die TV. in bezug auf ein in ihrem und des Ehemanns Miteigentum stehendes Grundstück nicht beantragen. ➻ Vgl. JDR. **7** § 180 Ziff. 2. Red. ⟵

2. ⇛ **RG.** 23. 11. 11. Der Beklagte hatte in der TV. die Anteile seiner 25 Fischereigenossen am sog. „faulen See", einem angeblichen früheren Havelarme, zu seinem eigenen Anteile hinzuerworben. Der Kgl. preuß. Fiskus klagte gegen ihn auf Feststellung seines, des Beklagten, Nichteigentums und auf Bewilligung der Schließung des betr. Grundbuchblatts unter Löschung seines Eigentums. Er wurde aber in drei Rechtszügen abgewiesen. Allerdings wird ein Grundstück, das seiner Natur nach (als öffentlicher Fluß) in niemandes Eigentum stehen kann, weder durch die Aufnahme in das Grundbuch, noch durch Auflassung und Eigentumsumschreibung, noch endlich durch den Zuschlag in der ZwV. Gegenstand des Privateigentums. Gegenüber dem „gemeinen Eigentume" des Staates würde sich der Beklagte namentlich nicht auf die nur für eigentumsfähige Grundstücke geltenden Bestimmungen der §§ 90, 180, 37 Ziff. 5 (vgl. **RG. 45** 284, JW. **03** 406) berufen können. Da aber der „faule See" zwar nicht ganz wasserlos und nicht zum verlassenen Flußbette geworden ist, aber seit langer Zeit nicht mehr im Zuge eines schiffbaren Havelarmes liegt, so ist er dem Privateigentume zugänglich geworden und jedes frühere Privateigentum daran ist dadurch untergegangen, daß das Grundstück, und zwar seinem ganzen Umfange nach, dem Beklagten zugeschlagen worden ist. Red. ⇚

3. ElsLothJZ. **11** 90 (Colmar). Während der gerichtlichen Auseinandersetzung des Nachlasses kann die TV. der Nachlaßgrundstücke beantragt werden. Hierzu berechtigt das glaubhaft gemachte oder offenkundige Erbrecht am Nachlaß eines eingetragenen Eigentümers. Nach § 180 kann der einzelne Erbe TV. sogar gegen den Willen seiner Miterben beantragen. Das gleiche Recht steht dem dessen Rechte ausübenden Pfändungsgläubiger zu, der sich den Erbteil des Erben hat überweisen lassen. Die Behauptung des Vorerbrechts und der Teilbarkeit in Natur berechtigt nicht zur Beschwerde gegen die Anordnung der ZwV., sondern kann nur mit der Widerspruchsklage nach § 771 ZPO. geltend gemacht werden.

4. DNotV. **11** 349 verteidigt den nach ihrer Meinung selbstverständlichen Satz, daß jeder Miterbe die TV. erzwingen könne, gegen abweichende irrige Gerichtsbeschlüsse, die dies wegen Unzulässigkeit „t e i l w e i s e r" Erbenauseinandersetzung verneinten.

5. ElsLothJZ. **11** 628 (Colmar). Der Gläubiger eines Miterben kann zunächst auch Feststellungsklage gegen die Teilungsgenossen darauf erheben, daß die von ihnen zu erwartenden Einwendungen gegen die TV. unbegründet sind.

6. Öffentliche Lasten § 10 Ziff. 20. Gebühr für Eigentumseintragung § 130 Ziff. 7.

§ 181. 1. H i r s ch, Ausübung und Geltendmachung der Rechte, BuschsZ. **42** 48, bespricht 61 f. auch den § 181 und führt unter anderem aus: Ist auch die materiell-rechtliche Rechtsstellung des Antragstellers bei der vom Gläubiger betriebenen ZwV. und bei TV. eine verschiedene, so haben doch beide Fälle gemeinsam, daß die Versteigerung ein Verfahren zwecks Verwirklichung eines privatrechtlichen Anspruchs ist. Durch den Antrag wird dieser nicht verwirklicht, sondern nur vorbereitet. Zutreffend wird der Antrag vom Gesetz als „Ausübung eines Rechtes" bezeichnet.

2. M a r c u s, PosMSchr. **11** 139, hält zu § 124 PrGKG. es für unrichtig, daß die Gerichte, wenn mehrere Pfändungsgläubiger die TV. beantragen, für jeden Gläubiger einen besonderen Anordnungs- oder Beitrittsbeschluß erlassen, was zu unverhältnismäßiger Gebührenmehrung führe. Er erachtet die Anschließung der weiteren Gläubiger an das TV.verfahren nicht für einen wahren Beitritt im Sinne des § 27.

3. Voraussetzungen des Antrags § 180 Ziff. 3.

§ 182. RG. R. **11** Nr. 1294, 1313, 1334, 1341, 1344. Das Grundstück, als dessen Miteigentümer je zur Hälfte die Parteien (Gesellschafter nach BGB.)

eingetragen waren, ist zur ZV. gebracht und dem Beklagten mit der Bedingung zugeschlagen worden, daß er die auf den Anteil des Klägers für diesen eingetragene Grundschuld (von 20 000 M.) als bestehenbleibend übernehme, und ferner ist dem Beklagten auf das von ihm zu zahlende Bargebot ein der Grundschuld des Klägers entsprechender Betrag von 20 000 M. angerechnet worden. Mit Recht nimmt der Berufungsrichter danach an, daß Klägers Grundschuld, wenn auch vielleicht zunächst zum Gesellschaftsvermögen gehörig, jedenfalls damals durch Vereinbarung dem Kläger zum Alleineigentume zugewiesen und daher der Kläger berechtigt ist, sie als sein Sondervermögen gegen den Beklagten einzuklagen.

Einführungsgesetz zu dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

Vom 24. März 1897.

§ 1. Kolonien ZVG. § 1 Ziff. 1.

§ 2. Landesrechtliche Sondervorschriften:

Preußen: Straßenanliegerbeiträge § 10 Ziff. 5, 16. Umlagen zur Knappschafts-Berufsgenossenschaft § 10 Ziff. 4. Ansiedelungslasten § 10 Ziff. 7. Zaununterhaltung § 10 Ziff. 8. Mergelrente § 10 Ziff. 11. Kanalisationsgebühren § 10 Ziff. 12. Chausseegeldbeiträge § 10 Ziff. 13. Kommunalabgaben § 10 Ziff. 17. Vollmachtsstempel §§ 15 Ziff. 2 aE., 78 Ziff. 1. Herrenloser Überschuß § 17 Ziff. 3. Umsatzsteuer §§ 10 Ziff. 2, 15; 58 Ziff. 7, 8, 9, 10. Zuschlagsgebühren und Stempel §§ 58 Ziff. 3, 4, 5, 6, 13; 81 Ziff. 7; 130 Ziff. 7. Weiderecht der Kirche § 82. Abhalten vom Bieten §§ 44 Ziff. 2; 85 Ziff. 9; 66 Ziff. 2. Feuerversicherungsgelder § 90 Ziff. 6. Rentengutswiederkauf § 90 Ziff. 7. Öffentlicher Weg § 91 Ziff. 9. Landschaftshypothek § 91 Ziff. 8. Ausländischer Treuhänder § 15 Ziff. 4. Wertzuwachssteuer § 173 Ziff. 2. Anmeldung der Gerichtskosten § 110 Ziff. 1. Gerichtskostenbeschwerde § 114 Ziff. 2. Kalibergbau § 148 Ziff. 2. Teil eines öffentlichen Flusses § 180 Ziff. 2. Kosten des Beitritts zur ZV. § 181 Ziff. 2. Alte Korrealhypothek § 15 EGZVG. Ziff. 2. Anerbenrecht § 52 Ziff. 4. Kosten § 49 Ziff. 1.

Bayern: Kostenvorschüsse § 15 Ziff. 1. Alte vollstreckbare Hypothekenurkunden § 16 Ziff. 1. Zubehör § 20 Ziff. 4. Beisitz nach Mainzer Landrecht § 28 Ziff. 3. Gerichtskosten § 49 Ziff. 1. Gebühr für Meistgebotsabtretung § 81 Ziff. 3. Umschreibungsgebühren §§ 58 Ziff. 1; 130 Ziff. 4. Mobiliarversicherung § 15 EGZVG. Ziff. 1.

Königreich Sachsen: Vollmachtsstempel § 15 Ziff. 3. Meliorationsrente § 64.

Württemberg: Eigentumsüberschreibungsgebühr § 130 Ziff. 8.

Baden: Haftung des Staates § 6. Vermögenssteuer, Versicherungsbeträge § 10 Ziff. 19. Gebühr für Anordnungsbeschlüsse § 15 Ziff. 5. Verkehrssteuer-Befreiung § 58 Ziff. 12. Reallasten, Leibgeding § 9 EGZVG. Ziff. 1.

Hessen: Pflaster- und Chaussierungskosten § 10 Ziff. 23. Apothekerkonzession, Stempel § 58 Ziff. 14.

Elsaß-Lothringen: Gütergemeinschaft § 28 Ziff. 5. Bürgschaftsabgabe § 81 Ziff. 6. Ernennung des Notars § 13 EGZVG. Ziff. 2. Vollstreckungsgegenklage § 28 Ziff. 7.

Gotha: Gutsinventar § 55 Ziff. 4.

Altenburg: Straßenanliegerbeiträge § 10 Ziff. 10.

Hamburg: Gebühren des Zwangsverwalters § 153 Ziff. 2 und 3.

Bremen: Schaden durch Wiederversteigerung § 133 Ziff. 1.

§ 9. 1. Harrer, Die badische Reallast, BadNotZ. **11** 9, bespricht die Zweifel über das Wesen eines mit Wohnungsrechten verbundenen Leibgedinges und schlägt unter anderem vor, den § 5 BadAGZVG. auf eine als Leibgeding eingetragene Dienstbarkeit (nicht bloß Reallast) auf Grund des § 9 EGZVG. auszudehnen.

2. Zaununterhaltung § 10 ZVG. Ziff. 8. Altenteil § 44 Ziff. 3. Weiderecht der Kirche § 82 ZVG.

§ 13. 1. Winkler, R. **11** 94, schlägt für die künftige Gesetzgebung vor, daß in jenen Bundesstaaten, in denen, wie z. B. in Baden, rechtskundigen Beamten Amtshandlungen der ZwV. und ZwVerw. übertragen sind, die Beschränkungen der Abs. 2 und 1 des § 13 aufgehoben oder doch möglichst eingeschränkt werden.

2. ElsLothNotZ. **11** 347 (LG. Straßburg). Haben, was die Regel bildet, mehrere Notare im Amtsgerichtsbezirk ihren Amtssitz, so wird schon aus Zweckmäßigkeits- und Sparsamkeitsgründen der Notar zum ZwV.beamten zu ernennen sein, zu dessen örtlichem Notariatsbereiche die Grundstücke gehören. Jedoch soll das Gericht nur aus wichtigen Gründen einen anderen Notar, als den die Partei aus Vertrauensgründen vorschlägt, ernennen. Nach § 2 ElsLothAGZVG. hat zwar die Partei, nicht aber der sich für übergangen erachtende Notar das Beschwerde- und Erinnerungsrecht gegen den die Notarsernennung enthaltenden Beschluß.

§ 14. Hamburgische VO. über Gebühren des Zwangsverwalters § 153 Ziff. 2 und 3 ZVG.

§ 15. 1. **RG.** JW. **11** 973, WarnE. **11** 508, R. **11** Nr. 3862. Vor Anlegung des Grundbuchs bestimmt sich nach Landesrecht (hier nach BaySubhO.), ob die Mobiliarversicherungssumme für Zubehör in die Subhastationsmasse fällt (Artt. 186, 189 EGBGB., Steiner, ZVG. 14, JW. **02** Beil. Nr. 66).

2. BreslauAK. **11** 93 (LG. Gleiwitz). Nach § 15 dieses G., § 125 PrZwVollstrG. vom 13. Juli 1883, § 74 PrSubhO. vom 15. März 1869 mit § 56 PrKO. vom 8. Mai 1855/12. März 1869 muß der Subhastationsrichter auf Grund der alten Akten eine bei Subhastation einzelner mithaftender Grundstücke im August 1869 voll zur Hebung gekommene Korrealhypothek auf den übrigen Grundstücken von Amts wegen löschen lassen, wenn dies bisher unterblieben war.

3. Bayerisches Zubehör § 20 Ziff. 4 ZVG.

Grundbuchordnung.

Vorbemerkung: Hinsichtlich der Tragweite des Verfügungsrechts des befreiten Vorerben ist das KG. auf dem seit der Entscheidung vom 5. Juli 1909 (JDR. 8 zu § 41 Ziff. I 1) eingenommenen Standpunkt unverändert stehen geblieben. Es hat ihn dahin erläutert, daß es auch genügend sei, wenn die Eintragungsbewilligung Bestandteil eines einseitigen Vertrags ist (§ 41 Ziff. I 1). Als selbstverständlich ist außerdem bezeichnet, daß dem Falle des Beschlusses vom 5. Juli 1909 es auch gleichstehe, wenn die von einem Vorerben erteilte Auflassung auf einem zweiseitigen entgeltlichen Geschäfte beruht (§ 41 Ziff. I 2). Die anderen Oberlandesgerichte haben sich zum Teil dieser Auffassung angeschlossen (§ 41 Ziff. I 4 und JDR. **9** zu § 41 GBO. Ziff. I 3, 4a, 6). Güthe hat den Stand der Rechtsprechung bis zum Anfange des Berichtsjahrs zusammengestellt. Er selbst steht auf dem Boden der herrschenden Meinung, wonach auch die einseitige Erklärung des Vorerben über die Entgeltlichkeit genügt, sofern nicht besondere Umstände einen Beweis nötig machen (§ 41 Ziff. I 15). Noch weiter geht Hothorn. Er bezeichnet die Zustimmung des Nacherben auch dann für entbehrlich, wenn der Grundbuchrichter weiß, daß ein unentgeltliches Geschäft vorliegt (§ 41 Ziff. I 14).

— Auch sonst haben sowohl die Rechtsprechung wie die Rechtslehre mancherlei zum weiteren Ausbau der Vorschriften der GBO. beigetragen. Dies gilt zunächst von dem Wesen und Inhalte der Eintragungsbewilligung. Das RG. hat die Frage der Widerruflichkeit der Eintragungsbewilligung erörtert (§ 19 Ziff. I 1) und das KG. den wichtigen Grundsatz ausgesprochen, daß jede Eintragungsbewilligung, gleichviel, ob sie der Rechtsänderung oder der Berichtigung dient, den Rechtsakt angeben muß, durch den das Recht auf den neuen Berechtigten übergehen soll oder übergegangen ist (§ 19 Ziff. II 1), während Landauer in seinen scharfsinnigen Untersuchungen über das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Grundbuchrichters die Beherrschung des Grundbuchverkehrs durch das Abstraktionsprinzip annimmt und gegen die Kategorie der Berichtigungsbewilligung mit scharfen Waffen kämpft (§ 19 Ziff. I 2). Sodann hat die Rechtsprechung sich in eingehender Weise mit der Prüfung befaßt, wieweit die Beweiskraft der Quittung für den Grundbuchverkehr reicht (§ 22 Ziff. III 1). Weiterhin ist vom KG. die praktisch nicht unwesentliche Frage erörtert worden, inwieweit der § 181 BGB. der Ausstellung von Eintragungsbewilligungen entgegensteht (§ 29 Ziff. III 5). Auch über die Eintragung des Nacherben- und des Testamentsvollstreckervermerkes sind eine Reihe von wichtigen Entscheidungen ergangen (s. die Berichte zu § 52 und § 53). Schließlich hat das KG. sich mit den privatrechtlichen und den öffentlich-rechtlichen Beziehungen beschäftigt, die durch die Herstellung eines neuen Hypothekenbriefs entstehen, und von dem dadurch gewonnenen Standpunkt aus die Zulässigkeit der Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe des Briefes untersucht (§ 60 Ziff. 1 a). Was das Schrifttum des Berichtsjahrs anbetrifft, so ist in erster Reihe auf die bereits erwähnte, noch nicht zum Abschlusse gelangte Landauersche Abhandlung zu verweisen. Bisher hat Landauer das Urkundenprinzip, das Abstraktionsprinzip, die Schranken der grundbuchrichterlichen Prüfung und die richterliche Prüfung bei Berichtigungsanträgen behandelt; Berichte über diese grundlegenden Erörterungen sind zu § 1 Ziff. 1, §§ 13 ff. Ziff. II 2, 3, § 19 Ziff. I 2, § 20 Ziff. 1, § 29 Ziff. I 1, 3, VI und § 54 Ziff. I 2, 4 aufgenommen. Von Ungers hervorragender Abhandlung über die Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Reichsrecht sind die Schlußkapitel erschienen (s. die Berichte zu §§ 71 ff.). Schließlich ist an dieser Stelle noch auf die die mannigfachsten Fragen betreffenden Aufsätze du Chesnes, eines der fruchtbarsten Schriftsteller des Grundbuchrechts, zu verweisen.

Literatur: Von zusammenfassenden Erläuterungen der GBO. ist im Berichtsjahre die zweite Auflage von Güthe, Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und die preußischen Ausführungsbestimmungen, erschienen. Aus dem Berichtsjahre 1910 sind noch zwei kurze für den täglichen Gebrauch im Grundbuchverkehre bestimmte Bücher nachzutragen: Ricks, Die Grundbuchpraxis, und Liebegott, Die Bearbeitung der Grundbuchsachen. Von Einzelschriften ist hier nur zu nennen: Hothorn, Die Rechtsstellung des befreiten Vorerben. Im übrigen kommen lediglich Zeitschriften-Aufsätze in Betracht. S. auch die Literaturnachweise vor § 873 BGB.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 1. 1. Landauer, ZBlFG. **12** 321 ff. (323): Es ist grundsätzlich von entscheidender Bedeutung, ob man das Grundbuchamt als eine Rechtspolizeibehörde oder als eine Rechtsverkehrsbehörde ansieht. Ist das Grundbuchamt Rechtspolizeibehörde, so muß sein vornehmstes Anliegen die Sorge für möglichst richtige und vollständige Beurkundung der Rechtsverhältnisse eines Grundstücks sein, die Nachforschung nach der wirklichen Rechtslage und die Bekämpfung des durch die gesetzliche Vermutung für die Richtigkeit der Grundbucheinträge ermöglichten falschen Scheines. Im Grunde genommen müßte ihm diese gesetzliche Vermutung wegen der damit verbundenen Gefährdung des wirklichen Rechtes eigentlich zuwider sein. Es läßt sich auch nicht sagen, daß die Quelle dieser

gesetzlichen Ordnung, das im deutschen Liegenschaftsrechte von jeher geltende Publizitätsprinzip, mit der den Einträgen in den öffentlichen Büchern beigelegten Beweiswirkung stehen und fallen würde. Aber das rechtspolizeiliche Ziel, mit den Mitteln amtlicher Untersuchung und Verfügung eine öffentlich zugängliche Darstellung der Rechtsverhältnisse an Grundstücken so zu geben, daß man sich auf deren Richtigkeit verlassen könnte, ist unerreichbar. Ein Eindringen in vielfach verwickelte Privatrechtsbeziehungen bietet wenig Gewähr für richtige und brauchbare Ergebnisse. Was der Beamte in einem derartigen Verfahren feststellen könnte, wäre vielfach mißverstandenes und unzuverlässiges Stückwerk. Der Inhalt eines so zustande gebrachten Grundbuchs würde zur Quelle der schlimmsten Rechtsunsicherheit. Vermehrt würde das Übel durch die Wirkung, die dem Eintrag im Grundbuche für das Zustandekommen von Rechtsgeschäften zukommen müßte. Zu dem Mangel an Rechtssicherheit käme, wenn die rechtsgeschäftliche Tätigkeit der Parteien bis ins einzelne einer rechtspolizeilichen Prüfung unterläge, der Mangel an Beweglichkeit des Rechtsverkehrs .... Nicht Bevormundung und Leitung der Parteien ist daher Aufgabe des Grundbuchamts, sondern Förderung ihres Rechtsverkehrs, wie sich besonders überzeugend an seiner gesetzlichen Mitwirkung zur Erzeugung von Rechtsänderungen zeigt. Hat die Behörde aber dem Privatrechtsverkehre zu dienen, so ist sie ihrem Wesen nach *Rechtsverkehrs-* und nicht Rechtspolizeibehörde. Dies schließt nicht aus, daß wenigstens in zweiter Linie unter Wahrung der vor allem maßgebenden Bedürfnisse des Privatrechtsverkehrs und zu deren Schutze das Grundbuchamt als Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit *auch* rechtspolizeiliche Aufgaben haben kann. Verkehr bedarf der Verkehrspolizei. Zwei Vorschriften solcher Art enthält § 54 GBO..... Nicht alles, was unzulässigerweise in das Grundbuch gekommen ist, darf aber gelöscht werden, sondern nur eine solche Beurkundung, die beurkundet, was zu beurkunden nicht Sache des Grundbuchs ist. Als Fehlgriff dürfte es daher zu bezeichnen sein, wenn das **RG.** (JDR. **4** zu § 54 Ziff. 4 c) die Löschung einer *Sicherungshypothek für eine 300 M. nicht übersteigende Forderung* angeordnet hat, weil sie unzulässigerweise als Zwangshypothek auf Grund Arrestbefehls eingetragen worden war. Denn nur dem Ursprunge, nicht dem Inhalte nach war die Eintragung unzulässig, da es für die Belastung eines Grundstücks durch Hypothek weder nach oben noch nach unten eine gesetzliche Grenze des Betrags gibt..... (330): *Der Richter hat nach Kräften Verstöße gegen Gesetz und gute Sitten hintanzuhalten.* Nach diesem allgemeinen Grundsatze darf daher auch der Grundbuchrichter zu einer Verletzung gesetzlicher Verbote, zum Vollzug einer strafbaren Handlung, z. B. einer Untreue des Vormundes oder eines sonstigen Verwalters fremden Vermögens, oder zu einem unsittlichen Treiben, wie z. B. dem von Bordellwirten, nicht die Hand bieten. Parteianträge, mit denen derartige Zwecke verfolgt werden, hat er demnach zurückzuweisen..... Dagegen darf nicht daran gedacht werden, etwa aus Gründen einer wohlgemeinten Rechtssittenpolizei über allgemeine Beweislastregeln hinwegzusehen und dem Grundbuchrichter eine Rechtsverweigerung schon dann zu gestatten, wenn er etwa nur erhebliche *Bedenken* hat, ob ein seiner Prüfung unterstellter Parteiantrag gegen Gesetz oder Sitten verstoße. Daß ein solcher Verstoß vorliege, muß vielmehr streng nach dem in Grundbuchsachen geltenden Beweisrechte *nachgewiesen* sein, wenn eine Zurückweisung von Parteianträgen gerechtfertigt sein soll. Hinsichtlich der Erschwerungen des Grundbuchverkehrs aber, die den Parteien aus dem Urkundenprinzip insofern nicht selten erwachsen, als eine zur Ausstellung beweiskräftiger Urkunden berufene öffentliche Behörde nicht immer leicht zu finden ist, darf schließlich noch auf die vielfach verkannte wichtige Bedeutung eines gerichtlichen *Feststellungsurteils* hingewiesen werden. Hier ist eine meist übersehene, vielleicht nicht immer praktische,

aber grundsätzlich bedeutungsvolle Gelegenheit gegeben, durch Feststellung von Rechtsverhältnissen den in Grundbuchsachen erforderlichen Nachweis von Voraussetzungen einer Eintragung durch öffentliche Urkunden zu beschaffen.

2. BadNotZ. **11** 49 (Karlsruhe). Über die staatsrechtliche Natur der von den Gemeindegrundbuchämtern geübten grundbuchrichterlichen Tätigkeit.

§ 2. OLG. **23** 357 (KG.). Die Zurückführung des Grundbuchs auf das Kataster hat von Amts wegen zu erfolgen.

§ 3. I. Begriff des Grundbuchsgrundstücks. 1. OLG. **21** 404 (Colmar). Als ein einheitliches selbständiges Grundstück im Sinne des BGB. ist ein solcher Teil der Erdoberfläche anzusehen, der im Grundbuch eine besondere Stelle hat und als selbständiges Grundstück gebucht ist, und nicht etwa jede Fläche, die in dem amtlichen Verzeichnis unter einer besonderen Nummer eingetragen ist; denn es kann ein einheitliches Grundstück aus mehreren solcher Flächen (Parzellen) zusammengesetzt sein, sofern die mehreren Flächen im Grundbuche zu einem Grundstücke zusammengefaßt sind..... Für die Frage, ob ein einheitliches oder mehrere selbständige Grundstücke vorhanden sind, ist sonach die Eintragung im Grundbuch entscheidend; nicht maßgebend ist, ob die mehreren eingetragenen Parzellen wirtschaftlich ein Ganzes bilden oder nicht.

2. Schneider, SeuffBl. **11** 263 ff. Zwei Möglichkeiten sind denkbar: entweder das Grundbuch hat eine eigene Einrichtung (Titel des Grundbuchblatts, Sachregister, Katasterplan) eingesetzt, dem es die souveräne Grundstücksgestaltung übertragen hat, oder es nimmt die Grundstücke aus der Hand der Vergangenheit als fertige Gegenstände entgegen, benutzt also gleichsam die Geschichte als ihr grundstückerzeugendes Organ. Zur Bezeichnung dieses Gegensatzes sind die Begriffe des historischen und des grundbuchmäßigen Grundstücks aufzustellen.... Den Todesstoß hat der historische Grundstücksbegriff durch die Begründung erhalten, die die Entsch. des **RG.** vom 12. Februar 1910 (RG. **73** 125, JDR. **9** zu § 892 Ziff. I 1) ihrer Darlegung vom öffentlichen Glauben des Grundbuchs gibt. Sie kann nur auf dem Boden des grundbuchmäßigen Begriffs des Grundstücks wurzeln.

II. Buchung von Wassergrundstücken. S. JDR. **9** zu § 3 Ziff. III. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 1148. Die Öffentlichkeit ist eine Folge der natürlichen Verhältnisse und bleibt, solange sich diese Verhältnisse nicht ändern. Ströme, die der Schiffahrt dienen, sind, soweit das fließende Wasser und das Flußbett reicht, kraft gesetzlicher Vorschrift öffentlich und gemeines Eigentum des Staates; durch die bloße Anordnung irgendeiner Behörde kann ihnen weder im ganzen noch in einzelnen Teilen die öffentliche Natur entzogen werden. Vielmehr bedarf es dazu außer der Zustimmung oder Anordnung der zur Ausübung der Staatshoheitsrechte zuständigen Behörde der Beseitigung der natürlichen Bedingungen der Öffentlichkeit.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 1148. Es ist durchaus nicht notwendig, daß alle Uferstrecken und Ausbuchtungen eines öffentlichen Stromes zu allen Zeiten so tief sind, daß allenthalben ungehindert Schiffe verkehren können; die Öffentlichkeit des Stromes als ganzen zieht vielmehr von selbst auch die Öffentlichkeit dieser seiner Teile nach sich. Anders läge freilich die Sache, wenn die fragliche Bucht durch Anlandungen oder künstliche mit Genehmigung der zuständigen Behörde (BolzePr. **8** Nr. 35, V. 54/89) vorgenommenen Aufschüttungen dauernd von dem Memelstrome getrennt worden wäre und dadurch ihre Zugehörigkeit zum Strome und ihre Schiffbarkeit eingebüßt hätte. Dann hätte sie ebenso wie im Falle der völligen Versandung oder Verschüttung (vgl. **RG. 3** 235; **71** 66) ihre Öffentlichkeit verloren und die Befähigung, Gegenstand von Privateigentum zu werden, erlangt.

3. **RG.** R. **11** 75. Der Grundsatz, daß Privatlandseen im Eigentume der Uferanlieger in dem Verhältnis ihrer Ufergrundstücke stehen, gilt nicht ausnahmslos. Vielmehr können auf Grund besonderer Erwerbstatsachen auch nur einer oder einzelne der Uferanlieger oder auch Dritte alleiniges Eigentum am ganzen See innehaben (OTr. **64** 34, GruchotsBeitr. **44** 721, **RG. 63** 166).

4. OLG. **23** 356 (KG.). Die Anlandung gehört dem Ufereigentümer (§ 225 I. 9 ALR.), und zwar ohne Besitzergreifung (§ 227) und über die Mitte des Flusses hinaus (§ 228). Hierbei handelt es sich jedoch nicht um die Entstehung eines neuen Grundstücks, sondern, wie der § 225 ausdrücklich sagt, um „Verbreiterung des Ufers". Es tritt also lediglich eine sich von selbst vollziehende Vergrößerung der Uferparzelle ein (Turnau, PrGBO. II 527, Dernburg, PrPrR. I 600). Grundbuchrechtlich ist daher der Fall der Anlandung ebenso zu behandeln als der Fall, daß eine Parzelle größer ist als im Grundbuch angegeben. Es kommt demnach lediglich eine Berichtigung der Bestandsangaben, nicht die Neuanlegung eines Grundbuchblatts in Frage, so daß die VO. vom 13. November 1899 nicht anwendbar ist.

5. a) Ehring, JW. **11** 844. Eine Eintragung auf Grund der Anliegerbescheinigung verstößt gegen die gesetzlichen Bestimmungen, vielmehr kann auch der Anlieger nur den Weg wählen, den die Königl. VO. vom 13. November 1899 insbesondere im Art. 20 daselbst vorschreibt, um die Eintragung zu erwirken..... Denn durch die Bestimmungen des Art. 20 will der Gesetzgeber die Materie erschöpfen..... Außerdem steht das Eigentum dem Anlieger nur in der Regel zu. Er hat nur die Vermutung des Eigentums für sich; das Eigentum eines Dritten am Flußbett, am Bache, am Sumpfe, am Teiche usw. ist möglich. b) *Breme, JW. **11** 970. Artt. 20 ff. PrVO. betr. das Grundbuchwesen enthalten nur insoweit eine erschöpfende Regelung, als andere erleichterte Verfahren der Übernahme nichtgebuchter Grundstücke in das Grundbuch nicht zuzulassen sind. Neben diesen „Notbehelfen" (Besitzattest, Aufgebotsverfahren) ist jedoch die Übernahme eines Grundstücks auf Grund eines grundbuchmäßigen Nachweises des Eigentums (ebenso wie nach Buchung gemäß § 22 GBO.) zulässig. Ein solcher Nachweis muß bei Flußparzellen (Privatflüssen) im Gebiete des preuß. Rechtes als erbracht angesehen werden, wenn dargetan wird, daß die zu übernehmende Parzelle Flußparzelle ist, bis zur Mitte des Flusses reicht und ihrer ganzen Länge nach von der Uferparzelle des Eigentumsprätendenten begrenzt wird. Zur Bescheinigung dieser Tatsachen (mit Ausnahme des sich aus dem Grundbuch ergebenden Eigentums) ist die Katasterbehörde zuständig; die von ihr ausgestellte sog. „Anliegerbescheinigung" genügt demnach als öffentliche Urkunde der grundbuchmäßigen Form.

6. Traub, WürttZ. **11** 290. Aufnahme von Ausbreitungen des Ufers eines öffentlichen Gewässers, die durch Naturereignisse herbeigeführt wurden, ins Grundbuch.

III. Buchung von Wegegrundstücken. 1. **RG.** R. **11** 452. Die Widmung eines Weges oder eines Platzes für den öffentlichen Verkehr vollzieht sich durch das ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Einverständnis der rechtlich Beteiligten — nämlich der zuständigen Wegepolizeibehörde, des Eigentümers und des Unterhaltungspflichtigen — darüber, daß der Weg oder Platz allgemein vom Publikum benutzt werde, wobei die Art der Benutzung gewissen Schranken unterworfen sein kann (**RG. 48** 299, **69** 160, GruchotsBeitr. **40** 1173). Daraus, daß ein Weg seit Menschengedenken frei, offen und ungestört begangen worden ist, folgt diese Widmung nicht ohne weiteres (GruchotsBeitr. **40** 1173).

2. Schmitt, BayRpflZ. **11** 53. Die Feststellung des Eigentums an Wegen.

3. Kriener, BayRpflZ. **11** 194, 217. Übertragung von Grundbuchblättern.

§ 4. ElsLothNotZ. **10** 360 (Colmar). Der Umstand, daß außer einem Grundbuchblatte für einen nach dem gesetzlichen Güterstande des BGB. verheirateten Eigentümer irrtümlich ein weiteres Grundbuchblatt für denselben Eigentümer und dessen Ehefrau in Gütergemeinschaft angelegt ist, steht weiteren Eintragungen auf dem ersten Blatte nicht entgegen.

§ 5. R. **11** 810 (KG.). Die Ordnungsvorschrift des § 5 GBO. findet auch im Rentengutsverfahren Anwendung. Darüber, ob die grundbuchmäßige Vereinigung zweier Grundstücke oder die Zuschreibung eines Grundstücks zu einem anderen nach § 5 zulässig ist, hat das Grundbuchamt gegenüber einem Eintragungsersuchen der Generalkommission selbständig zu entscheiden.

§ 6. BadNotZ. **11** 151 (LG. Karlsruhe). Die Vorschrift des § 6 GBO., daß ein Grundstücksteil erst vom Grundstück abgeschrieben sein muß, findet auf die Eintragung von Vormerkungen und Widersprüchen keine Anwendung.

§ 7. Ferling, BayRpflZ. **11** 132. Die Anlegung eines Grundbuchblatts für ein Erbbaurecht.

§ 8. BayRpflZ. **11** 245 (BayObLG.). Wie in das Grundbuch nur Lasten eingetragen werden können, die auf einer privatrechtlichen Grundlage beruhen, ebenso können auch nur Rechte eingetragen werden, von denen es außer Zweifel steht, daß sie dem Privatrecht angehören.

§ 9. OLG. **23** 317 (KG.). Der § 9 Abs. 2 setzt voraus, daß die Eintragung, auf die sich die Urkunde bezieht, bereits erfolgt ist. Denn wenn nach § 9 Abs. 1 die Aufbewahrung einer Eintragungsbewilligung nur dann erfolgt, wenn eine Eintragung vorhanden ist, die auf die Bewilligung sich gründet oder Bezug nimmt, so muß dies auch für die Urkunde über das Rechtsgeschäft gelten, das der Eintragungsbewilligung zugrunde liegt (Fuchs-Arnheim 2 § 9 Anm. 8; Güthe § 9 Anm. 10). Vor der Stellung des Eintragungsantrags besteht nur ein Recht, nicht aber eine Pflicht des Grundbuchamts zur Aufbewahrung.

§ 12. 1. **RG.** JW. **11** 227, BayRpflZ. **11** 117, ZBlFG. **11** 742, SeuffA. **66** 380. Wenn nach § 12 GBO. in dem dort vorgesehenen Falle den Beteiligten gegenüber die im § 839 BGB. bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten den Staat oder die Körperschaft treffen soll, in deren Dienste der Beamte steht, so folgt hieraus allerdings, daß auch der Staat usw. nur unter denselben Bedingungen haftet, unter denen beim Fehlen des § 12 aaO. der Beamte selbst nach § 839 aaO. gehaftet haben würde, daß mithin auch für die Haftung des Staates usw. aus § 12 aaO. die im Abs. 3 des § 839 aaO. gegebene Beschränkung gilt, wonach eine Ersatzpflicht überhaupt nicht eintritt, sondern schlechtweg ausgeschlossen ist, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden, wenn er also nicht bloß die Möglichkeit hatte, zur Abwendung des Schadens ein Rechtsmittel zu benutzen, sondern wenn die Nichtbenutzung dieses Rechtsmittels auch eine schuldhafte war. Wenn daher der Grundbuchrichter an Stelle einer beantragten unmittelbaren Auflassung zwei Auflassungen (an den Zwischenerwerber und durch diesen) aufnimmt und die Antragsteller sich dabei beruhigen, so fällt zwar dem Grundbuchrichter, nicht notwendig aber den Antragstellern, die von der Beschwerde absehen, ein Versehen zur Last.

2. Salman, JW. **11** 78. Das PrG. vom 1. August 1909 und das RGes. vom 22. Mai 1910 haben den Grundsatz, daß der öffentliche Verband prinzipal und ausschließlich (an Stelle des Beamten) dem Beschädigten haftet, aus der Reichsgrundbuchordnung übernommen. Während aber diese die Haftung des Staates nur bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Grundbuchbeamten eintreten ließ, haben die vorliegenden Gesetze die Haftung des öffentlichen Verbandes

(Staat, Kommunalverband, Reich, Schutzgebiet) für hoheitsrechtliche Handlungen auch auf den von einem Beamten im Zustande der Bewußtlosigkeit oder krankhaften Geistesstörung verursachten Schaden erstreckt; allerdings nur insoweit, als die Billigkeit die Schadloshaltung erfordert. Andererseits stellen die vorliegenden Gesetze den öffentlichen Verband in bezug auf den Rückgriff gegen den schuldigen Beamten günstiger als das PrAGBGB. Denn dieses (Art. 8) gestattet den Rückgriff nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Beamten, die vorliegenden Gesetze schon bei irgendeiner Fahrlässigkeit..... Inwieweit das Sonderrecht der Grundbuchbeamten in Geltung geblieben ist, ist streitig. Delius (Beamtenhaftpflichtgesetze [2] 1909, 371, 386) will zwar die Haftung des Staates auch auf den Fall der Unzurechnungsfähigkeit eines Grundbuchbeamten gemäß dem PrG. vom 1. August 1909 (§ 1 Abs. 2) ausdehnen, dagegen dem Staate gemäß dem AGBGB. den Rückgriff gegen den Grundbuchbeamten nur bei Vorsatz oder grobem Versehen gewähren. Richtiger Ansicht nach ist das Sonderrecht der Grundbuchbeamten durch das G. vom 1. August 1909 überhaupt nicht berührt; der Staat haftet also nicht bei Unzurechnungsfähigkeit, sondern nur bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Grundbuchbeamten, und hat ein Rückgriffsrecht nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.

3. Kraft, RheinA. **108** 19—79. Die Haftpflicht der Justizbeamten.

4. a) Meikel, SeuffBl. **11** 221. Die Haftung des Grundbuchbeamten für die Gebühren von Grundbucheintragungen. b) Weisbrod, SeuffBl. **11** 419. Die Haftung des Grundbuchbeamten für die Gebühren von Grundbucheintragungen. c) Lehmer, SeuffBl. **11** 388. Die Haftung der Grundbuchbeamten für die Gebühren von Grundbucheintragungen.

5. Vgl. auch oben Ziff. 3 zu § 130 ZVG.

Zweiter Abschnitt. Eintragungen in das Grundbuch.

§§ 13 ff. I. 1. SeuffA. **66** 320, BayRpflZ. **11** 138, SeuffBl. **11** 359 (BayObLG.). Die nach § 332 StPO. angeordnete Vermögensbeschlagnahme ist ein absolutes Veräußerungsverbot nach § 134 BGB., dessen Eintragung in das Grundbuch nicht zulässig ist.

2. KGJ. **40** A 301 (KG.). Wird von dem Gerichtsschreiber an Stelle mehrerer Einzelrechnungen gemäß § 12 Abs. 9 PrKassO. vom 28. März 1907 eine Gesamtkostenrechnung aufgestellt, so bildet diese den Schuldtitel im Sinne des § 866 Abs. 3 ZPO. Die Beträge der in einer Kostenrechnung vereinigten Kosten- oder Stempelforderungen des preußischen Fiskus und des Reichsfiskus dürfen nicht zu dem Zwecke zusammengefaßt werden, um dadurch eine den Betrag von 300 M. übersteigende Forderung zu schaffen. Dies gilt auch dann, wenn sowohl der preußische wie auch der Reichsfiskus durch die gleiche Gerichtskasse vertreten wird. Ist auf Grund eines Schuldtitels ein Teilbetrag von über 300 M. eingetragen worden, so darf der Gläubiger den Restbetrag desselben Schuldtitels dann nicht zur Eintragung bringen, wenn dieser den Betrag von 300 M. nicht übersteigt.

3. BayRpflZ. **11** 188, OLG. **22** 343, ZBlFG. **12** 30, RJA. **11** 141, BayObLG. **12** 200, BayNotZ. **11** 235 (BayObLG.). Abgesehen von dem Falle des § 301 ZPO. kann eine Sicherungshypothek auf Grund mehrerer vollstreckbarer Schuldtitel, die zusammen 300 M. übersteigen, von denen aber keiner auf mehr als 300 M. lautet, im Grundbuch auch dann nicht eingetragen werden, wenn die vollstreckbaren Schuldtitel dadurch entstanden sind, daß der Gläubiger eine Forderung in Teilbeträgen von 300 M. und weniger einklagte. Dies schon um deswillen, weil dem Gerichte, das die Vollstreckungshandlungen vorzunehmen hat, dem Grundbuchamte, nicht zugemutet werden kann, die Zusammen-

gehörigkeit der einzelnen Forderungsteile zu prüfen, ganz abgesehen davon, daß dies überhaupt nur in seltenen Fällen möglich sein wird.

4. KGJ. **40** A 310 (KG.). Eine unter Verletzung des § 867 Abs. 2 ZPO. eingetragene Gesamthypothek ist inhaltlich unzulässig und daher von Amts wegen zu löschen.

5. a) KGJ. **40** A 254 (KG.). Ein vertragliches Pfandrecht an einem Nießbrauchsrecht ist unzulässig. Auch die Verpfändung der Ausübung des Nießbrauchs begründet ein dingliches Recht an dem Nießbrauchsrechte nicht und ist daher nicht eintragungsfähig. b) **RG. 74** 83 läßt die Frage, ob der Nießbrauch selbst gepfändet werden könne, dahingestellt, hält aber auch für den Fall, daß das Pfandrecht den Nießbrauch nur seiner Ausübung nach ergreife, die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung für zulässig.

6. RJA. **11** 136 (KG.). Die Eintragung einer Zwangshypothek für eine Forderung ist zulässig, auch wenn deren Befriedigung in der bereits vorgenommenen Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Schuldners zu erwarten ist.

7. OLG. **23** 345 (KG.). Daß der Mangel der Angabe des Berechtigten das eingetragene Recht nicht mit dem gesetzlich gebotenen Inhalt grundbuchmäßig ausdrückt und die Eintragung deshalb unzulässig macht, ist nicht nur für das jetzige Recht (§§ 873, 874, 885, 1115 BGB. KGJ. **23** A 132, Oberneck I 200, Güthe § 54 Anm. 28) und für das Recht der preuß. Grundbuchgesetze von 1872 (§§ 13, 22 EEG.), sondern auch für die AHypO. zu bejahen. Das ergibt sich aus den §§ 246, 262 Tit. II und, wie die AVf. vom 24. September 1841 (JMBl. 296) anerkennt, auch aus den §§ 79, 80 Tit. II das.

8. MecklZ. **29** 206 (Rostock). Das RG. hat in **RG. 61** 355, **65** 278 die Ansicht eingehend begründet, daß den noch unerzeugten Nachkommen fingierte Persönlichkeit zwar nicht an sich, wohl aber dann vom Gesetze verliehen ist, wenn sie als Dritte in einem Vertrag oder als Nacherben oder Vermächtnisnehmer in einer letztwilligen Verfügung gültig bedacht worden sind, und daß sie dann auch im Rechtsverkehre, namentlich im Sachenrechte den übrigen Rechtssubjekten gleichzustellen sind. Auch der erkennende Senat tritt der Ansicht des RG. bei.

9. OLG. **23** 323 (Colmar). Die Eintragung für einen Verstorbenen ist auch dann unzulässig, wenn er zur Zeit der Eingehung des Antrags bei dem Grundbuchamte noch lebte.

10. SchlHolstAnz. **11** 361 (LG. Kiel). Die Eintragung des Rechtes der überlebenden Ehefrau am Nachlaß im Grundbuch ist unzulässig.

11. SeuffBl. **76** 401, SeuffBl. **11** 401, SeuffA. **66** 407 (KG.). Ein vertragsmäßiges Verbot der Teilung eines Grundstücks begründet kein dingliches Recht und ist nicht eintragungsfähig, fällt vielmehr unter § 137 BGB. S. JDR. **9** zu §§ 13 ff. Ziff. I 4.

12. a) BayObLG. **11** 724, DJZ. **11** 1098 (BayObLG.). Die Pfändung des Anteils eines Miterben an einem Nachlasse beschränkt den Miterben in der Verfügung über den Anteil als Ganzes und in der Befugnis, gemeinschaftlich mit den anderen Miterben über einen Nachlaßgegenstand zu verfügen. Diese Wirkung kann unter der Herrschaft des Grundbuchrechts auf den Grundbuchblättern der Nachlaßgrundstücke durch die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung ersichtlich gemacht werden. b) ElsLothNotZ. **11** 153 (LG. Straßburg). Wenn in der zweiten Abteilung des Grundbuchs eingetragen ist, daß die Erbansprüche eines Miterben durch Gerichtsbeschluß für den Anspruch eines Gläubigers in bestimmter Höhe gepfändet und zur Einziehung überwiesen sind, und der Pfändungsgläubiger seinen Anspruch und die durch die Pfän-

dung und Eintragung erworbenen Rechte mit Eintragungsbewilligung an einen Dritten überträgt, so ist diese Übertragung auf Antrag in das Grundbuch einzutragen. **c)** Müller, BadNotZ. **11** 37. Unzulässig ist die Pfändung des Anteils an den einzelnen zum ungeteilten Nachlasse gehörigen Gegenständen. Zulässig ist die Pfändung des gesamten Anteils eines Miterben am Nachlasse (§§ 859 Abs. 2, 857 Abs. 1, 828—856 ZPO.). Die Pfändung wird bewirkt nach § 829 Abs. 3 ZPO. mit der Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner und, wenn ein solcher nicht vorhanden ist, mit dem Zeitpunkt, in welchem dem Schuldner das Gebot, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, zugestellt ist (§ 857 Abs. 2 ZPO.). Eines Eintrags im Grundbuche bedarf die Pfändung zur Wirksamkeit nicht. Die Wirksamkeit vollzieht sich außerhalb des Grundbuchs. Mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses wird das Grundbuch unrichtig. Die Eintragung wird sich aber, um den guten Glauben des Erwerbers des Anteils des gepfändeten Miterbschuldners zu zerstören, empfehlen. Diese Eintragung ist als Eintragung einer Verfügungsbeschränkung über den Erbanteil eines Miterben auf das zum ungeteilten Nachlasse gehörige Grundstück der Abteilung II des Grundbuchs zulässig .... Unzulässig ist die Verpfändung des Anteils an den einzelnen zum ungeteilten Nachlasse gehörigen Gegenständen. Zulässig ist die Verpfändung des gesamten Anteils eines Miterben am Nachlasse. Die Verpfändung erfolgt durch notarielle Urkunde (§ 2033 BGB.) .... Einer Eintragung im Grundbuche bedarf die Verpfändung ebenfalls nicht. Die Wirksamkeit vollzieht sich auch hier außerhalb des Grundbuchs, auch hinsichtlich der zum Nachlasse gehörigen Grundstücke. Mit dem Abschlusse des Verpfändungsvertrags wird das Grundbuch unrichtig. Die Eintragung der Verpfändung als einer Verfügungsbeschränkung über den Erbanteil eines Miterben auf das zum ungeteilten Nachlasse gehörige Grundstück in der Abteilung II des Grundbuchs ist aber zum Ausschluß eines gutgläubigen Erwerbes nötig. **d)** **RG. 74** 51. Zur Wirksamkeit der Pfändung eines Erbanteils bedarf es der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Ehemann der im gesetzlichen Güterstande lebenden Miterbin nicht. **e)** **RG. 75** 179. Im Falle der Arrestierung des Anteils an einer ungeteilten Erbschaft muß die Arrestpfändung, um rechtswirksam zu sein, binnen der im § 929 Abs. 2 ZPO. vorgeschriebenen Frist an alle Miterben zugestellt werden.

13. R. **11** 810 (KG.). Ist durch einen von der Auseinandersetzungsbehörde bestätigten Rezeß für ein mit dem Eigentum an dem Grundstücke verbundenes Recht eine Kapitalentschädigung von mehr als 60 M. gewährt, so ist die Ablösung des Rechtes auf das Ersuchen der Auseinandersetzungsbehörde auch dann in das Grundbuch des berechtigten Grundstücks einzutragen, wenn das abgelöste Recht überhaupt nicht oder nur im Grundbuche des belasteten Grundstücks eingetragen ist (vgl. KGJ. **11** 412, **16** 87). Die in diesem Falle zum Verständnisse des Ablösungsvermerkes erforderliche Bezeichnung des abgelösten Rechtes kann in der Weise erfolgen, daß gleichzeitig mit der in Spalte 5 des Bestandsverzeichnisses II einzutragenden Löschung des abgelösten Rechtes dieses selbst in den Spalten 1—3 gebucht wird.

14. KGJ. **40** A 130 (KG.). Die Vormerkung über die Einleitung eines Enteignungsverfahrens ist erst einzutragen, wenn der Unternehmer seine Befugnis, zum Zwecke des Antrags auf Feststellung der Entschädigung eine beglaubigte Abschrift aus dem Grundbuche zu verlangen, durch Vorlegung einer mit dem Zeugnisse der Rechtskraft versehenen Ausfertigung des Planfeststellungsbeschlusses nachweist.

15. KGJ. **40** A 102 (KG.). Der § 4 Abs. 1 Nr. 1 PrG. über die Bahneinheiten bezieht sich nur auf die dem Bahnunternehmer zu Eigentume gehörigen Grundstücke. Daher darf der durch § 15 Abs. 1 Satz 1 das. vorgeschriebene Sperr=

vermerk nicht auf dem Blatte eines fremden, von dem Bahnunternehmer nur kraft eines dinglichen Rechtes benutzten Grundstücks eingetragen werden.

16. HansGZ. **11** Beibl. 257 (Hamburg). Die Hamburger Sielsteuer- und Beleuchtungsabgaben sind öffentliche Lasten, bezüglich deren es an sich streitig ist, ob sie sich zur Eintragung in das Grundbuch eignen, von denen aber die herrschende Meinung annimmt, daß sie buchungsfähig sind und welche in der Praxis auch in das Grundbuch eingetragen zu werden pflegen.

17. KGJ. **40** A 232 (KG.). Die Voraussetzungen des § 851 Abs. 2 ZPO. liegen nicht vor, wenn nicht nur die Abtretung der Forderung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen, sondern auch weiter mit ihm vereinbart ist, daß die Forderung im Falle der Abtretung erlöschen solle.

18. BayObLG. **12** 194, SeuffBl. **11** 541 (BayObLG.). Gemeinderechte öffentlich-rechtlicher Natur können auch nicht als Zubehör des berechtigten Grundstücks auf dem Blatte dieses Grundstücks in das Grundbuch eingetragen werden.

19. a) WürttZ. **11** 134 (Stuttgart). Grundbucheintragung eines Nießbrauchs an Pfarrhaus und Pfarrgarten für die evangelische Landeskirche. b) Traub, WürttZ. **11** 132. Eintragung von Rechten der Pfarrstellen ins Grundbuch.

20. *Gravenhorst, GruchotsBeitr. **55** 248. Die Erklärung des Eigentümers eines im Landregister eingetragenen Grundstücks, er unterwerfe sich in Ansehung einer Hypothek oder Grundschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung, ist nicht eintragungsfähig (270 f.).

II. Prüfungspflicht des Grundbuchrichters. 1. Eberhard, MecklZ. **29** 331 (342). In Grundbuchsachen findet der § 133 BGB. im vollen Umfange Anwendung. Es sind daher unter Umständen auch stillschweigende Willenserklärungen zulässig, sofern der Wille aus den vorgelegten Urkunden mit genügender Klarheit erhellt. Wesentlich ist somit nur, daß die — ausdrücklichen oder stillschweigenden — Erklärungen klar und deutlich sind. Fehlt es hieran, so braucht der Grundbuchrichter nicht in jedem Falle den Antrag abzulehnen, er kann vielmehr in geeigneten Fällen vorher versuchen, die Unklarheit zu beheben, entweder auf dem Wege des § 18 GBO. oder in besonderen Fällen durch unmittelbare Befragung des Erklärenden. Die Unklarheit kann auch in der Beschwerdeinstanz durch eine nachträgliche auslegende Erklärung gehoben werden.

2. Landauer, ZBlFG. **12** 349 ff. (357): Wo die Berechtigung des Verfügenden oder die Erwerbsfähigkeit des Bedachten (abgesehen von den allgemeinen Voraussetzungen der Geschäftsfähigkeit, der Rechtsfähigkeit, der Vertretungsbefugnis) von bestimmten rechtlichen Tatsachen abhängt (z. B. von der Zustimmung anderer Personen, von der rechtlichen Beschaffenheit einer Verfügung, von der Rechtswirkung auf die wirtschaftliche Lage einer Partei), ist eine Prüfung über das Vorliegen solcher rechtlichen Tatsachen nicht zu umgehen. Diese Prüfung kann aber auf verschiedene Weise stattfinden und hängt davon ab, welche Rechtsgrundsätze man nach Sinn und Zweck des Grundbuchrechts für maßgebend erachtet. Man kann die Prüfung entweder so anstellen, wie man für die Regel bei jeder Untersuchung rechtlicher Tatsachen auf irgendeinem Rechtsgebiete zu Werke geht: durch die Ermittelung des gesamten Sachverhalts und Feststellung, ob die gesuchten rechtserheblichen Tatsachen im einzelnen (in concreto) verwirklicht und nachgewiesen sind. Die Prüfung kann sich aber auch darauf beschränken, ob der Verfügende urkundlich nach Inhalt und Gegenstand ein Recht wie das in seiner Verfügung rechtlich vorausgesetzte überhaupt hat und ob er zu einer Verfügung von der Art, wie er sie in dem Grundgeschäft trifft, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen befugt ist, ferner ob der durch

eine Verfügung Begünstigte zu Empfangnahme einer Zuwendung der in dem Grundgeschäfte zum Ausdruck gebrachten Art rechtlich befähigt ist. Von einer Ermittelung und Nachweisung der einzelnen Tatsachen wird bei solcher Prüfungsweise abgesehen und statt dessen nur die Frage untersucht, ob nach den Urkunden des Grundbuchs oder nach Urkunden, die deren Abänderung zu rechtfertigen vermögen, und nach allgemeinen Regeln über den Erwerb von Rechten (also in abstracto), eine beantragte, den seitherigen Inhalt des Grundbuchs abändernde Eintragung begründet ist. (359): Das am deutlichsten im § 19 GBO. in Erscheinung getretene Abstraktionsprinzip muß, wenn anders dem Grundbuchrechte sein Charakter als Verkehrsrecht gewahrt sein soll, auch für die Sachprüfung des Grundbuchrichters gelten, und es erscheint danach die Annahme zur Genüge gerechtfertigt, daß nach Sinn und Zweck der Grundbucheinrichtung die Aufgabe des Grundbuchrichters nicht in einer rechtspolizeilichen Untersuchung des konkreten Sachverhalts, sondern in der geschilderten abstrakten Prüfung zu finden ist. Die Gefahr einer mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange stehenden Beurkundung im Grundbuche wird auch hier wie bei der Rechtswirkung der abstrakten Parteiverfügung des § 19 GBO. im allgemeinen im Interesse der Beweglichkeit des Verkehrs und im Vertrauen auf die Ausgleichung, die ein gesunder Verkehr und die Interessenwahrnehmung der Beteiligten mit sich bringen, in den Kauf genommen.

3. Landauer, ZBlFG. **12** 375. (378): Es wird behauptet, der Grundbuchrichter sei bei seiner Prüfung ausschließlich auf diejenigen Urkunden beschränkt, die ihm von den Parteien vorgelegt werden, die Beachtung sonstiger Urkunden, insbesondere des Inhalts der Grundakten, oder auch eines aus sonstigen Quellen fließenden Wissens, z. B. von einer Konkurseröffnung, die noch nicht im Grundbuche vermerkt, oder von einer Pfändung, sei ihm untersagt. Allein dieser Satz ist in keiner Weise im Gesetze zum Ausdrucke gekommen und kann insbesondere nicht aus § 19 GBO. in Verbindung mit § 40 daselbst herausgelesen werden. Die richtige Grenze zeigen hier die Interessen des Rechtsverkehrs und der Takt des Richters, der sich hütet, seine Prüfungsaufgabe mit der eines Rechnungshofs zu verwechseln. Außerdem liegt eine nicht immer beachtete rechtliche Grenze in der Beachtung der Beweislast. Es reicht nicht aus, daß der Richter aus dem von ihm beigezogenen Beweisstoff das Vorliegen von Bedenken gegen einen gestellten Parteiantrag zu rechtfertigen vermag. Vielmehr muß sein Material zur vollen Widerlegung des von der Partei Vorgebrachten ausreichen, andernfalls dringt die Partei mit dem ihrigen durch, sobald nur das von ihr Vorgebrachte ausreicht, um für die Regel und für die in Grundbuchsachen genügende abstrakte Beziehung, die ein Eingehen auf den konkreten Sachverhalt überflüssig machen soll, das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen für die beantragte Entscheidung des Grundbuchamts darzutun.

4. OLG. **23** 329 (KG.). Das Grundbuchamt ist zu einer Nachprüfung des ordnungsmäßigen Zustandekommens des Titels nicht berechtigt. Ein solches Recht hat es nicht einmal dann, wenn der Schuldtitel selbst die Grundlage der Eintragung bildet, wenn also z. B. eine Privatperson die Eintragung einer Zwangshypothek beantragt. Es muß vielmehr in solchem Falle die Hypothek auch dann eintragen, wenn der Schuldtitel unter Verletzung zwingender Vorschriften zustande gekommen ist. Dies muß erst recht dann gelten, wenn nicht der Schuldtitel, sondern das Eintragungsersuchen nach § 39 GBO. die Grundlage der Eintragung bildet.

5. a) OLG. **22** 402 (Hamburg). Soweit Handlungen des Grundbuchamts tatsächliche oder rechtliche Einwirkungen auf die materiellen Rechtsverhältnisse der Beteiligten ausüben, muß das ordentliche Gericht zum Erlaß einstweilger Verfügungen mit Verbindlichkeit für das Grundbuchamt befugt sein. Die

materiellen Rechtsverhältnisse der Beteiligten sind der Nachprüfung durch das Grundbuchamt vollständig entzogen, sie unterliegen ausschließlich dem ordentlichen Gerichte. Wenn nun eine formale Handlung des Grundbuchamts tatsächlich oder rechtlich die materiellen Rechte eines Beteiligten in der Weise bedroht, daß zum Schutze dieser Rechte eine Verfügung des ordentlichen Gerichts angezeigt ist, dann fehlt es an jedem Grunde, ihr die Wirkung dadurch zu versagen, daß das Grundbuchamt, obwohl es selbst keinerlei Kognition über die zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse hat, nicht verpflichtet sein soll, der Verfügung des zuständigen Gerichts zu folgen. **b**) RJA. **11** 48, ZBlFG. **12** 76, SchlHolstAnz. **11** 140, HansGZ. **11** Beibl. 1 (Hamburg). Das Grundbuchamt ist verpflichtet, einer *einstweiligen Verfügung* des Prozeßgerichts auf dessen Ersuchen ohne Prüfung seiner sachlichen Berechtigung zu entsprechen. **c**) KGJ. **40** A 136, SeuffBl. **11** 639 (KG.). Die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung hat der Grundbuchrichter nicht nachzuprüfen; für sie ist lediglich das Prozeßgericht verantwortlich (KGJ. **27** A 28).

6. WürttZ. **11** 166 (Stuttgart). Das Grundbuchamt darf zwar die Eintragung *nicht von dem Nachweise der dinglichen Einigung* abhängig machen. Aber unzulässige Eintragungen hat es abzulehnen. Und unzulässig ist eine Eintragung jedenfalls dann, wenn aus Rechtsgründen zu ersehen ist, daß das einzutragende Recht nicht zur Entstehung gelangen kann.

7. KGJ. **40** A 285 (KG.). Der § 1228 Abs. 2 und die §§ 1243, 1244 BGB. sind auf das *Pfandrecht an Rechten* dann anwendbar, wenn die Notwendigkeit eines vollstreckbaren Titels durch Vereinbarung ausgeschlossen ist. Der § 1244 BGB. kommt jedoch für das Grundbuchverfahren nicht in Betracht. — Die Gericht vollzieher sind für die Vornahme der freiwilligen Versteigerung von Forderungen zuständig.

8. ElsLothNotZ. **11** 339 (LG. Colmar). Der Umstand, daß bei einem durch Hypothek zu sichernden in drei gleichen Terminen zu zahlenden Kaufpreise, der nicht durch 3 teilbar ist, im Kaufvertrage nicht angegeben ist, mit welchem Termine der die anderen Termine überschießende Pfennig bezahlt werden muß, bildet keinen Grund zur Abweisung des Antrags auf Eintragung des Eigentums und der Hypothek an dem Grundstücke.

9. *Du Chesne*, SächsRpflA. **11** 553. Das Eintragungsverfahren darf nicht denselben Regeln über Abänderbarkeit unterstellt werden, wie das außerhalb des Eintragungsverfahrens liegende Grundbuchverfahren, das hauptsächlich Nebeninteressen und Offizialinteressen dient. Das Grundbuchamt ist vielmehr bis auf weitere Anträge *an die von ihm vorgenommenen Eintragungen gebunden*, auch wenn diese dem öffentlichen Glauben nicht unterliegen. Eine Abänderung von Amts wegen ist nur zulässig, wenn die Eintragung von Amts wegen vorgenommen oder inhaltlich unzulässig ist.

10. KGJ. **40** A 213 (KG.). Ist eine juristische Person als Erbin eingesetzt, so bedarf es zur Auflassung eines Nachlaßgrundstücks durch den zur Verwaltung des Nachlasses berechtigten *Testamentsvollstrecker* weder des Nachweises der in Artt. 6, 7 AGBGB. vorgesehenen Genehmigung des Königs oder der staatlichen Aufsichtsbehörde zum Erwerbe der Erbschaft oder des Grundstücks durch die juristische Person noch des Nachweises der Genehmigung der Aufsichtsbehörde zur Veräußerung des Grundstücks, die etwa sonst nach besonderen gesetzlichen Vorschriften für die juristische Person einzuholen ist.

11. FrankfRundsch. **41** 129 (Frankfurt). Entsprechend dem Wesen der *Errungenschaft nach nassauischem Rechte* (während der Ehe sowie nach Eintritt des Leibzuchtsrechts des überlebenden Ehegatten) kann ein Eigentumserbe über einzelne der Leibzucht unterworfene Vermögensstücke oder seinen Anteil daran, insbesondere auch über einen Anteil an errungenschaftlichen Grund-

stücken, nicht verfügen, wohl aber über seinen *Anteil* an dem gesamten Nachlasse (§ 2033 BGB.). Durch eine Verfügung über den *Anteil* werden die Rechte des Leibzüchters nicht beeinflußt, es tritt nur dem Inhalte der Verfügung entsprechend derjenige, an den verfügt (veräußert, verpfändet) ist, an Stelle des verfügenden Eigentumserben. Diese *Veräußerung oder Verpfändung* des Eigentumserben-*Anteils im ganzen* kann, sofern die Eigentumserben im Grundbuch eingetragen sind oder werden, auf Bewilligung und Antrag des betreffenden Eigentumserben *nachrichtlich in das Grundbuch eingetragen werden.*

III. *Rechtshilfe. Delius*, PrVerwBl. **32** 509. Rechtshilfe und Beistandsleistung zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden (-gerichten) innerhalb des Deutschen Reichs.

IV. Vgl. auch oben Ziff. 3 zu § 130 ZVG.

§ 13. 1. RJA. **11** 144 (Jena). Grundsätzlich ist mit dem KG. davon auszugehen, daß eine Hypothek auf Grund einer Eintragungsbewilligung des Eigentümers nur dann eingetragen werden kann, *wenn der Eintragungsantrag mit dem Inhalte der Eintragungsbewilligung übereinstimmt.* Der Grundsatz gilt auch für den Fall, daß der Antrag auf die Eintragung eines geringeren Betrags gerichtet ist als des in der Bewilligung angegebenen Betrags. Eine Ausnahme muß aber da zugelassen werden, wenn der innere Grund für die Aufstellung des Grundsatzes weggefallen ist. . . . . Deswegen ist der Antrag des Gläubigers zulässig, eine ihm bewilligte Hypothek, abweichend von der Eintragungsbewilligung, nur für einen *Teil*betrag einzutragen, wenn der übrige Teil der Hypothek auf Antrag des Eigentümers infolge eines Zufalls bereits eingetragen ist.

2. **RG** R. **11** Nr. 2460. Ein auf Einleitung des Verfahrens der Eintragung gerichteter Antrag muß, wiewohl er lediglich prozessualer Natur ist, *in schriftlicher Urkunde* gestellt sein, wenn er Berücksichtigung finden soll.

3. **RG.** R. **11** Nr. 2461. Darin allein, daß der durch die Eintragungsbewilligung des Eigentümers Begünstigte die Bewilligung mit dem Eintragungsantrage des Eigentümers dem Grundbuchführer überreicht, ist eine selbständige Antragsstellung des Begünstigten *nicht* zu erblicken.

4. RJA. **11** 50, ZBlFG. **12** 77 (KG.). Der *nacheingetragene* Hypothekengläubiger hat kein Beschwerderecht gegen die Zurückweisung des Antrags auf Löschung einer vorstehenden Eigentümergrundschuld.

5. SchlHolstAnz. **11** 250 (LG. Flensburg). Zu dem Antrag auf Eintragung der *fortgesetzten Gütergemeinschaft* genügt der Antrag der überlebenden Witwe, ohne daß die Kinder sich diesem Antrag anzuschließen brauchen.

§ 15. 1. a) BayNotZ. **12** 352, BayObLG. **12** 339, BayRpflZ. **11** 287 (Bay. ObLG.). Wenn der Notar die Urkunde „unter Anschluß an die von den Beteiligten gestellten Anträge zum Vollzuge" vorlegt, so kann in dieser Erklärung ein selbständiger Antrag des Notars nicht erblickt werden. **b)** BayNotZ. **12** 481 (BayObLG.). Bloße Wiederholung des Parteiantrags durch den Notar oder Vorlegung des Antrags zum Vollzuge berechtigt ihn nicht ohne weiteres zur Beschwerde.

2. ElsLothNotZ. **11** 241 (LG. Straßburg). Der Notar, derdauf Grund eines von ihm beurkundeten Vertrags den Antrag auf Eintragung ites Eigentums an einem Grundstück auf den Namen des nach dem Vertrage berech gten Eigentümers stellt, ist nicht verpflichtet, festzustellen, ob, und zu bezeugen, daß dieser mit einem im Eigentumsbuche schon eingetragenen Eigentümer gleichen Namens identisch ist.

3. HessRspr. **12** 37 (LG. Gießen). Der Grundbuchrichter kann bei Vorlegung einer von dem *Stellvertreter eines Notars* in gehöriger Form ausgestellten Urkunde den besonderen Nachweis seiner Bestellung nicht verlangen, außer wenn besondere Zweifel bestehen.

§ 16. 1. SchlHolstAnz. **11** 220 (KG.). Die Abhängigmachung eines Eintragungsantrags von dem Vorliegen einer gesetzlichen Voraussetzung stellt nicht einen Vorbehalt im Sinne des § 16 Abs. 1 GBO. dar.

2. BayNotZ. **12** 420, BayObLG. **12** 372, SeuffBl. **11** 638, BayRpflZ. **11** 316, ZBlFG. **12** 298, OLG. **23** 343 (BayObLG.). Nach § 16 Abs. 1 GBO. soll einem Eintragungsantrage, dessen Erledigung an einen Vorbehalt geknüpft wird, nicht stattgegeben werden. Durch diese Vorschrift soll dem Grundbuchamte die Prüfung der Frage erspart werden, ob nach der gegenwärtigen Sachlage die Eintragung wirklich begehrt ist (D. zur GBO. zu § 15 Entw.). Ein solcher Vorbehalt ist in dem Antrage zu erblicken, daß die Eintragung einer Hypothek an einer bestimmten Stelle oder hinter einem bestimmten Betrage erfolgen soll (Fuchs-Arnheim, Grundbuchrecht II § 16 Anm. 5, Meikel, GBO. § 16 Anm. 2). Kann das Grundbuchamt die Sachlage sofort klarstellen, ergibt sich also die Erledigung des Vorbehalts ohne weitere Prüfung, so besteht kein Anlaß, den Antrag abzulehnen (Meikel aaO. Anm. 3 a). Stellt aber das Grundbuchamt fest, daß die Eintragung nicht hinter dem bestimmten Betrag erfolgen kann, dann ist es vor die Frage gestellt, ob bei dieser Sachlage die Eintragung wirklich begehrt wird. Da ihm die Prüfung dieser Frage erspart werden soll, kann es nach § 16 GBO. den Eintragungsantrag ablehnen.

§ 18. I. Die Zwischenverfügung. 1. BayObLG. **12** 372. Das Grundbuchamt hat, wenn der beantragten Eintragung ein Hindernis entgegensteht, die Frage, ob der Antrag sofort zurückgewiesen oder dem Antragsteller eine Frist zur Hebung des Hindernisses bewilligt werden soll, nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Es darf allerdings nicht jeden Mangel als Grund zur Zurückweisung des Antrags ansehen, sondern muß prüfen, ob der Mangel nach den Umständen des Falles leicht und in angemessener Zeit gehoben werden kann, und muß, wenn es dieses bejaht, den Beteiligten Gelegenheit zur Hebung des Hindernisses geben.

2. KGJ. **40** A 99 (KG.). Die sofortige Zurückweisung eines mangelhaften Eintragungsantrags unter Versagung der Bestimmung einer Frist zur Hebung des Hindernisses darf nicht darauf gegründet werden, daß sich der Mangel bei Anwendung ausreichender Sorgfalt hätte vermeiden lassen.

3. du Chesne, BuschsZ. **41** 115 ff. Eine Abänderung der Zwischenverfügung von Amts wegen ist nur bis zur Zustellung der Entscheidung an den Beteiligten möglich. Das bedeutet aber, da die Entscheidung erst mit der Zustellung an die Außenwelt tritt und bis dahin ein Internum der Behörde bleibt, daß sie in Wirklichkeit überhaupt nicht von Amts wegen abgeändert werden kann (122)..... Was die „leicht nachbringbaren Eintragungserfordernisse" anbetrifft, die die prozessuale Voraussetzung einer Zwischenverfügung bilden, so ist (131) ... Mindesterfordernis Antretung des Nachweises für die den Eintragungsanspruch begründende Tatsache, die Bewilligung. Entsprechendes gilt für eine nicht von Amts wegen zu bewirkende Berichtigung, soweit sie nicht auf Bewilligung geschieht, die Antretung des Nachweises ist zum Formalerfordernisse des geltend gemachten Anspruchs erhoben (137)..... Das Beschwerdegericht darf eine Zwischenverfügung nach § 18 GBO. nicht erlassen.

II. Die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung. 1. Rhein. ARV. **29** 12 (KG.). Die Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung kann nach Ablauf der in dieser gesetzten Frist, sie muß nur vor endgültiger Ablehnung des Eintragungsantrags eingelegt werden.

2. du Chesne, BayNotZ. **11** 177. Fuchs-Arnheim lehren in ihrem Grundbuchrechte II 679: Daraus, daß das Beschwerdegericht für die Beurteilung der Sache vollständig an die Stelle des Grundbuchamts tritt, folgt, daß das

Beschwerdegericht auch durch eine seitens des Grundbuchamts erlassene Zwischenverfügung in seiner Entscheidung nicht gebunden ist, und zwar selbst dann nicht, wenn die Beschwerde sich gegen die Zwischenverfügung richtet; denn auch in diesem Falle bleibt das Eintragungsverlangen des Beschwerdeführers bestehen. Daher ist das Beschwerdegericht durch die Zwischenverfügung weder gehindert, sofort zugunsten, noch sofort zuungunsten des Beschwerdeführers zu entscheiden..... (186): Man wird im Gegensatze zu Fuchs-Arnheim das Hauptgewicht auf den, gegebenenfalls durch Rückfrage festzustellenden Umfang des Beschwerdeantrags legen müssen und den behandelten Satz nur als Auslegungsregel gelten lassen dürfen.

3. du Chesne, PosMSchr. **11** 62 ff. Die weitere Beschwerde ist zwar zulässig, wenn die Rechtsnorm verletzt ist, daß der Grundbuchbeamte sein billiges Ermessen walten zu lassen habe, d. h. wenn behauptet wird, der Grundbuchbeamte habe nach Willkür und nicht nach Ermessensgrundsätzen entschieden; sie ist aber nicht zulässig, wenn behauptet wird, er habe unrichtige Ermessensgrundsätze angewendet oder richtige Ermessensgrundsätze unrichtig angewendet. Die Ermessensgrundsätze und ihre richtige Anwendung hat das Gericht der weiteren Beschwerde nicht nachzuprüfen. Hiernach kann der Ansicht des OLG. Colmar, ElsLothNotZ. **26** 346, 213 nicht beigetreten werden..... Aus dem Gesagten folgt, daß die weitere Beschwerde unzulässig ist, wenn der Grundbuchbeamte das Eintragungshindernis angeblich unrichtigerweise für schwer oder gar nicht behebbar angesehen hat. Denn er hat nicht das Gesetz verletzt, das ihm Prüfung des Antrags nach gewissen Grundsätzen gebot, vielmehr hat er nur in der Unterstellung der ihm vorliegenden Umstände, der Eigenschaften des Antrags, unter die Ermessensgrundsätze geirrt, also diese Grundsätze verletzt, die nicht Recht sind.

4. du Chesne, ZBlFG. **11** 651. Beschwerde gegen die abweisende Verfügung und zugleich gegen die vorausgegangene Zwischenverfügung des § 18 GBO.

III. Die Vormerkung des § 18 Abs. 2. 1. **RG.** ZBlFG. **11** 746, BayRpflZ. **11** 183, SächsRpflA. **11** 153. Die Vormerkung des § 18 GBO. ist allerdings nicht zur Sicherung eines persönlichen Anspruchs auf Eintragung, sondern zur Sicherung des aus dem dinglichen Vertrage sich ergebenden Eintragungsrechts bestimmt. Immerhin ist auch sie nur ein Sicherungsmittel, kein dingliches Recht, und kann zu einem solchen nur durch endgültige Eintragung in der Reihe der dinglichen Rechte werden. Von einem gutgläubigen Erwerb auf Grund einer solchen Vormerkung kann deshalb aber auch aus dem Grunde keine Rede sein, weil die Vormerkung selbst ergibt, daß der Eintragung Hindernisse entgegenstehen.

2. **RG.** ZBlFG. **11** 746, BayRpflZ. **11** 183, SächsRpflA. **11** 153. Es handelte sich um eine Vormerkung, die der Grundbuchrichter von Amts wegen auf Grund des § 18 Abs. 2 GBO. eingetragen hatte. Die Vormerkung hatte den doppelten Zweck, der Hypothek, deren Eintragung zugunsten eines Dritten beantragt war, einmal gegen weitere nachträglich beantragte Hypothekeneintragungen und sodann gegen etwaige Verfügungen über den Rangvorbehalt bei Abt. III Nr. 10 den Rang zu sichern. Der Rang gegenüber den nacheingetragenen Hypotheken mußte der Hypothek bewahrt bleiben, als die endgültige Eintragung ohne Vorrang vor der Post Abt. III Nr. 10 beantragt wurde. Die Vormerkung konnte deshalb nicht gelöscht, sondern mußte umgeschrieben werden. Soweit sie gleichzeitig die Sicherung des Vorranges gegenüber Abt. III Nr. 10 bezweckte, wäre sie allerdings zu löschen gewesen. Die Löschung konnte aber nur in der Berichtigung eines Satzteils bestehen.

3. du Chesne, LeipzZ. **11** 515. Der gesicherte Anspruch aus § 883 BGB. hat durch die Eintragung der Vormerkung seinen Zweck zunächst erreicht, da diese

Selbstzweck ist; setzt sich der Interessent den neuen Zweck der Umschreibung in das Definitivrecht, so mag er deren besondere Erfordernisse (§ 888 BGB.), da nötig, erfüllen. Die Verfahrensvormerkung aber ist nur Mittel, und zwar sogleich zur Eintragung des Definitivrechts, muß also diese auch wirklich allein sichern und herbeiführen können.

4. du Chesne, LeipzZ. **11** 511 f. (516). Wenn durch die Vormerkung des § 18 GBO. die dinglichen Wirkungen des künftigen Rechtes nach außen vorausgenommen werden, so ergibt sich daraus, daß dieses künftige Recht mittels der Vormerkung gegenüber den später eintretenden Konkursmaßregeln, die doch eben auch Zugriffe von Gläubigern mit verfügungsbeschränkender Wirkung gegenüber dem Gemeinschuldner bedeuten, als dingliches Vollrecht, in unserem Falle also als Zwangshypothek wirken muß, obwohl es inhaltlich, also in Hinsicht auf die Befriedigung aus dem Grundstücke, diese Wirkung nicht hat. Gegen das KG., KGJ. **39** A 167 (JDR. **9** zu § 18 Ziff. IV 1 a).

5. du Chesne, LeipzZ. **11** 511. Die Frage, ob die Vorschrift des § 888 BGB. auch auf die Vormerkungen des §§ 18, 73 GBO. anwendbar ist, ist zu verneinen.

6. du Chesne, ZBlFG. **12** 278. Gegen die Vormerkungen und Widersprüche der §§ 18, 76 GBO. gibt es keine Beschwerde, weil diese Vormerkungen und Widersprüche nur ein Schutz des Eintragungsverfahrens gegen äußere Einflüsse, also zum Verfahren gehörige Rechtsbehelfe sind (ebenso Predari, Fuchs-Arnheim; aM. Güthe)..... Wenn das Grundbuchamt oder das Beschwerdegericht aber seiner Amtspflicht zur Löschung solcher Vormerke nach §§ 18, 76 GBO. nicht nachkommt, so ist die Beschwerde zulässig, weil die Eintragung alsdann nachträglich Entscheidungsnatur erlangt.

§ 19. I. Wesen der Eintragungsbewilligung. 1. **RG.** R. **11** Nr. 2463. Eine Eintragungsbewilligung ist nicht ein prozessualer Akt wie der Eintragungsantrag, sondern eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, die der Eintragung die sie rechtfertigende Unterlage gibt und durch die der Bewilligende zum Ausdrucke bringt, daß die aus der Eintragung sich ergebenden rechtlichen Folgen eintreten sollen. Da die GBO. über die Widerruflichkeit einer Eintragungsbewilligung im Sinne des § 19 GBO. nicht, wie hinsichtlich eines Eintragungsantrags eine Bestimmung enthält, kommen die Vorschriften des BGB. über die Widerruflichkeit einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung zur Anwendung. Gemäß § 130 BGB. war danach die Eintragungsbewilligung unwiderruflich geworden. Daher behielt die Eintragungsbewilligung trotz Zurücknahme des Eintragungsantrags ihre Wirksamkeit. Wurde sie bei den Grundakten weiter aufbewahrt, so konnte der Kläger als derjenige, zu dessen Gunsten die Eintragung der Hypothek erfolgen sollte, gemäß § 13 Abs. 2 GBO. seinerseits noch einen schriftlichen Eintragungsantrag stellen und dadurch die Eintragung herbeiführen.

2. Landauer, ZBlFG. **12** 349. Unter den mancherlei Prinzipien, deren Geltung im Grundbuchrechte man schon aufgefunden hat, ist bisher das Abstraktionsprinzip nicht namhaft gemacht worden..... Das Wesen der Abstraktion besteht in der Loslösung einzelner Merkmale aus der Fülle der verschiedenen, jedem einzelnen (konkreten) Tatbestande zukommenden Merkmale und in der Zusammenfassung dieser losgelösten Merkmale in einem allgemeinen (abstrakten) Begriffe. Auf die Bedürfnisse des Grundbuchverkehrs angewendet, heißt das: aus der Fülle der in jedem einzelnen Tatbestande möglichen Rechtsbeziehungen sind diejenigen loszuschälen, die auf die Darstellung des im Grundbuche zu beurkundenden Rechtsbestandes und für die Veränderung dieses Rechtsbestandes als wesentlich in Betracht kommen. (352): In der Eintragungsbewilligung, der einseitigen abstrakten Parteiverfügung über den urkundlichen Inhalt des Grundbuchs,

hat das Grundbuchrecht das Abstraktionsprinzip zu klarem und folgenreichem Ausdrucke gebracht. Soweit nicht besondere Gründe die Abweichung von der Regel erforderlich machen, ist dadurch der Grundbuchrichter angewiesen, von der Beachtung des Rechtsgrundes einer Verfügung abzusehen. Übrigens gilt das nicht ausnahmslos. Die Unterstellung, dieser Gesetzesbestimmung komme apodiktische Geltung zu, ist nicht haltbar, vielmehr ist im Verfahren zur Berichtigung des Grundbuchs der Richter grundsätzlich einer Untersuchung darüber, ob die bewilligte Eintragung der wirklichen Rechtslage entspreche, nicht enthoben. In dem abstrakten Tatbestande des § 19 sind zwei von Grund aus verschiedene Geschäftstypen auf einen einzigen Nenner gebracht. Die Eintragungsbewilligung ist entweder Bestandteil eines auf Rechtsänderung abzielenden Privatrechtsgeschäfts oder Bestandteil eines auf Berichtigung des Grundbuchs abzielenden reinen Prozeßrechtsgeschäfts. Zweck und Wirkung der verallgemeinernden Fassung der Eintragungsbewilligung ist die Vereinfachung der richterlichen Prüfung. Für einen großen Teil der Fälle braucht weder die Partei noch der Richter klarzustellen, ob eine Eintragung zu Herbeiführung einer Rechtsänderung oder einer bloßen Richtigstellung dienen soll. Dies gilt überall da, wo eine bewilligte Eintragung eine Rechtslage beurkundet, bei der beides möglich ist, entweder daß sie zuvor schon ohne Eintragung im Grundbuch eingetreten sein kann, oder daß sie erst mittels der bewilligten Eintragung zur Entstehung gebracht werden soll. Es gilt aber dann nicht, wenn eine bewilligte Eintragung die zu beurkundende Rechtslage nicht zu erzielen vermag. Wenn der seither eingetragene Eigentümer bewilligt, daß an seiner Stelle ein anderer als Eigentümer eingetragen wird, so reicht dies auch, abgesehen von dem aus rechtspolizeilichen Gründen aufgestellten Erfordernisse der Zustimmung des Einzutragenden (§ 22 Abs. 2 GBO.), nicht aus, um die Eintragung dieses anderen Eigentümers zu rechtfertigen. Denn da ein Eigentumswechsel durch Rechtsgeschäft, abgesehen von den besonderen Fällen des an Rechtsgeschäfte sich anknüpfenden Eigentumsüberganges (wie z. B. § 758 BGB.), nur bei Beobachtung der Auflassungsform eintreten kann und im § 20 GBO. dem Grundbuchamte die Hintanhaltung einer Umgehung dieser Formvorschrift besonders zur Pflicht gemacht ist, so muß in solchen Fällen die Abstraktionswirkung der Eintragungsbewilligung versagen. Um nicht gegen § 20 zu verstoßen, muß sich der Grundbuchrichter die Frage vorlegen, ob die bewilligte Eintragung einer Rechtsänderung oder einer Grundbuchberichtigung dienen soll. .... (354): Die allgemein angenommene Lehre von der „Berichtigungsbewilligung" dient mehr der Verwirrung als der klaren Rechtseinsicht. Denn soweit die abstrakte Natur der Eintragungsbewilligung die Unterscheidung der Fälle der Rechtsänderung von denen der Grundbuchberichtigung überflüssig macht, bedarf die in ihr versteckte „Berichtigungsbewilligung" keiner besonderen begrifflichen Hervorhebung. Wo es sich aber bei einer zu Bewirkung einer Rechtsänderung unfähigen Eintragungsbewilligung um Bewilligung einer Eintragung handelt, bedarf es des technischen Ausdrucks „Berichtigungsbewilligung" deshalb nicht, weil dieser Bewilligung keine eigentümliche, sie von sonstigen Eintragungsbewilligungen unterscheidende rechtliche Bedeutung zukommt. Denn sie ist nicht, wie die herrschende Meinung annimmt, Beweissurrogat, sondern nur, wie andere Eintragungsbewilligungen auch, ein das rechtliche Gehör des zu Belastenden gewährleistender Bestandteil des Grundbuchverfahrens und zugleich ein Beweismittel für privatrechtliche Vorgänge. .... (383): Die herrschende Meinung geht als von einem unbestrittenen und weiterer Prüfung nicht bedürftigen Rechtssatze davon aus, es gebe eine Eintragungsbewilligung als Berichtigungsbewilligung, die jede Wahrheitsprüfung ausschließe, die also nicht (zu prüfendes) Beweismittel, sondern jeder Wahrheitsprüfung entzogenes

Beweisersatzmittel sei. Für die Lehre von der Berichtigung des Grundbuchs gelte daher der Satz, es seien zweierlei Berichtigungsverfahren zu unterscheiden: Berichtigung auf Grund einer Beweisführung und Berichtigung auf Grund einer Berichtigungsbewilligung. Bei vorliegender Berichtigungsbewilligung entfalle jede Prüfung darüber, ob der bestehende Eintrag unrichtig, der beantragte neue Eintrag richtig sei. Fragt man aber, wo das Gesetz diesen einschneidenden und keineswegs selbstverständlichen, daher zu seiner Grundlage einer klaren positiven Anordnung bedürfenden Rechtssatz ausspreche, so zeigt sich, daß solche Anordnungen fehlen und nur die Mißdeutung des im Gesetze herrschenden Abstraktionsprinzips und die mangelnde Unterscheidung zwischen dem Begriff eines Beweismittels und dem eines Beweisersatzmittels zur Annahme des vermeintlichen Grundsatzes geführt haben. Weder aus § 19 noch aus § 22, noch aus der Vergleichung beider Paragraphen der GBO. läßt sich durch Auslegung der Satz gewinnen, bei Berichtigung des Grundbuchs sei es Sache der Parteiwillkür, über die Wahrheit zu verfügen, wenn die Parteien etwas für wahr erklären, so habe der Grundbuchrichter das hinzunehmen; eine eigene Prüfung, ob es auch wirklich wahr sei, stehe ihm nicht zu, er habe also seiner besseren Einsicht ungeachtet etwas als wirkliche Rechtslage im Grundbuche zu beurkunden, von dessen Richtigkeit er sich nicht habe überzeugen können und dürfen. Die Entscheidungen **RG. 73** 154 und KG., KGJ. **36** A 172 (JDR. **9** zu § 22 Ziff. III 1, **7** zu § 22 Ziff. I 1 a) sind daher unrichtig.

II. Inhalt der Eintragungsbewilligung. 1. KGJ. **40** A 268, BreslauAK. **11** 13 (KG.). Der § 19 GBO. setzt das formelle Konsensprinzip an die Stelle des materiellen Konsensprinzips. Er begnügt sich mit der einseitigen Bewilligung des Betroffenen, weil es zu einer Erschwerung des Grundbuchverkehrs führen würde, wenn die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung dem Grundbuchamte nachgewiesen werden müßte. Daraus folgt indes nicht, daß die Grundsätze des materiellen Rechtes für die Eintragungsbewilligung belanglos wären. Nur die materiell-rechtliche Einigung wird durch die Eintragungsbewilligung ersetzt. Dagegen behält das zweite Tatbestandsmerkmal der dinglichen Rechtsänderung, die Eintragung dieser Rechtsänderung (§ 873 Abs. 1 BGB.), für das formelle Recht seine Bedeutung. Denn wenn die GBO. im § 19 verlangt, daß der Betroffene die Eintragung bewilligt, ohne in diesem Paragraphen oder (abgesehen von den formellen Bestimmungen des § 28 Satz 2 und des § 45) in anderen Vorschriften den Inhalt der Eintragung näher zu kennzeichnen, so muß aus dem materiellen Rechte das entnommen werden, was zu der Eintragung im einzelnen Falle gehört, welche Angaben der Bewilligende also machen muß, damit auf Grund seiner Bewilligung eine Eintragung erfolgen kann, die in Verbindung mit der materiell-rechtlichen Einigung (oder § 875 BGB. — einseitigen Erklärung) die beabsichtigte Rechtsänderung herbeizuführen geeignet ist. Von diesem Standpunkt aus sind nicht nur die für die einzelnen Rechte in dem BGB. gegebenen Vorschriften zur Bestimmung des Inhalts der zu bewilligenden Eintragung heranzuziehen, sondern auch die allgemeine Frage zu beantworten, ob die Eintragungsbewilligung überhaupt den materiellen Rechtsvorgang angeben muß, der durch die Eintragung zum grundbuchmäßigen Ausdrucke gebracht werden soll. Diese Frage ist zu bejahen. Nach dem eben Gesagten ist aus § 19 GBO. zu entnehmen, daß für die Bestimmung des Inhalts der Eintragungsbewilligung das materielle Recht maßgebend ist. Dieses enthält aber im § 873 Abs. 1 BGB. die Vorschrift, daß zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte, sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechtes außer der Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung

die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich sei. Es genügt also nicht ein Vermerk, der nur den formellen Vorgang der Einschreibung in das Grundbuch kennzeichnet, sondern es ist eine Eintragung nötig, die ersehen läßt, durch welchen Rechtsakt das materielle Recht geändert worden ist. Dieser Grundsatz hat namentlich für den Fall der Übertragung eines Grundstücksrechts Bedeutung. Der § 873 Abs. 1 BGB. verlangt für diesen Fall eine Eintragung, die zum Ausdrucke bringt, daß das Recht durch einen bestimmten materiellen Rechtsakt (Abtretung, richterliche Überweisung, Gesetz) auf den neuen Berechtigten übergegangen ist. Das nur den formellen Grundbuchvorgang kennzeichnende Wort: „Umschreibung" entspricht dem § 873 Abs. 1 BGB. nicht. Da aber der Betroffene die von dem materiellen Rechte verlangte Eintragung bewilligen muß, so folgt, daß im Falle der Übertragung eines Grundstücksrechts die Eintragungsbewilligung den materiellen Rechtsakt angeben muß, durch den das Recht auf den neuen Berechtigten übergehen soll. Auf der gleichen Erwägung beruht der den Fall der Abtretung einer Briefhypothek regelnde § 1154 Abs. 2 BGB. Der § 873 Abs. 1 bezieht sich allerdings ebenso wie der § 1154 Abs. 2 nur auf rechtsändernde Eintragungen. Für den Fall der Grundbuchberichtigung ist jedoch dasselbe Ergebnis auf Grund des § 894 BGB. zu gewinnen. Denn da nach dieser Vorschrift die Berichtigung des Grundbuchs dadurch erfolgt, daß das Grundbuch „mit der wirklichen Rechtslage" in Einklang gebracht wird, so genügt im Falle des außerhalb des Grundbuchs bewirkten Überganges eines Grundstücksrechts auf einen neuen Berechtigten nicht die Eintragung, daß das Recht nicht mehr dem bisher eingetragen gewesenen Berechtigten, sondern einem anderen zusteht. Vielmehr ist die Angabe des Rechtsakts, durch den der Übergang sich vollzogen hat, notwendig, um die wirkliche Rechtslage im Grundbuche zum Ausdrucke zu bringen. Dies gilt nicht nur im Falle des Nachweises der Unrichtigkeit (§ 22 GBO.), sondern auch im Falle der Berichtigungsbewilligung (§ 19 GBO.).

2. BayObLG. **12** 573. Ist die Bewilligung zur Eintragung eines Rechtes in das Grundbuch in der Notariatsurkunde, die über das der Eintragung zugrunde liegende Rechtsgeschäft errichtet ist, enthalten, ist aber die Eintragungsbewilligung in Ansehung der zur Eintragung erforderlichen Angaben, namentlich über die Person des Berechtigten oder über den Inhalt und den Umfang des einzutragenden Rechtes unvollständig, so ist sie aus dem übrigen Inhalte der Urkunde zu ergänzen und dieser Inhalt als Bestandteil der Eintragungsbewilligung anzusehen und vom Grundbuchamte zu prüfen.

3. BayNotZ. **11** 123 (LG. Nürnberg). Wenn zwei Ehegatten gemeinsam eine Hypothek bestellen, so ist hierin die Zustimmung des Mannes zur Hypothekbestellung durch die Frau zu erblicken.

4. a) *Huther, MecklZ. **29** 323—331. § 133 BGB. ist für „ausdrücklich" nicht vorhandene (also stillschweigende) Eintragungsbewilligungen usw., so daß deren Vorhandensein aus anderen Erklärungen entnommen werden müßte, nicht verwendbar, beschränkt sich vielmehr auf ausdrückliche Erklärungen. Denn es heißt dort, es sei nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften. Daher kann für den Grundbuchbetrieb in der Auflassungserklärung des Grundeigentümers, seine Erklärung, das Grundstück oder einen Grundstücksteil von seiner Eigentümerhypothek zu befreien, nicht gefunden werden. b) *Eberhard, MecklZ. **29** 331 ff. In Grundbuchsachen findet § 133 BGB. im vollen Umfang Anwendung. Es sind daher unter Umständen auch stillschweigende Willenserklärungen zulässig, sofern nur der Wille aus den vorgelegten Urkunden mit genügender Klarheit erhellt. Wesentlich ist somit nur, daß die — ausdrücklichen oder stillschweigenden — Erklärungen in den Urkunden klar und deutlich zum Ausdrucke kommen. Fehlt es hieran, so kann der Grundbuchrichter in geeigneten Fällen versuchen, die

Unklarheit zu beheben, entweder auf dem Wege des § 18 GBO. oder unter Umständen durch unmittelbare Befragung des Erklärenden. Die Unklarheit kann auch in der Beschwerdeinstanz durch eine nachträgliche auslegende Erklärung gehoben werden.

III. Der Betroffene. 1. R. **11** Nr. 3709 (BayObLG.). Die Eintragung einer Änderung bei einer Hypothek bedarf der Einwilligung des Hypothekengläubigers selbst. Die Zustimmung eines lediglich zum Geldempfange Bevollmächtigten genügt hierzu nicht.

2. KGJ. **40** A 136, SeuffBl. **11** 639 (KG.). Wird durch eine einstweilige Verfügung die Verwaltung und Nutznießung des Mannes an dem eingebrachten Gute der Frau einstweilen aufgehoben (eingestellt), so darf bis zu der Entscheidung des Hauptprozesses oder der Aufhebung der einstweiligen Verfügung die Frau ohne Einwilligung des Mannes über ihr eingebrachtes Gut verfügen.

3. ElsLothJZ. **11** 267 (Colmar). Wenn ein Grundstück an einen Minderjährigen unter Vorbehalt des Nießbrauchs geschenkt wird, so bedarf es der Bewilligung des Minderjährigen zur Eintragung des Nießbrauchs und der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.

4. SchlHolstAnz. **11** 172 (LG. Flensburg). Zur Umschreibung der Hypothek eines Verstorbenen auf den Namen eines Miterben bedarf es der Zustimmung und des Antrags dieses Miterben nicht (s. JDR. **9** zu § 19 Ziff. IV 5).

IV. Ersatz der Eintragungsbewilligung. BayObLG. **11** 748. Für den Inhalt der im Urteilssatze festgestellten Eintragung und insbesondere für die in ihr enthaltenen Nebenrechte sind auch die Entscheidungsgründe des Urteils von Belang. Ebenso können auch etwaige Zweifel in Ansehung der Eintragungsfähigkeit durch Beiziehung der Gründe des Urteils ihre Lösung finden. Denn die Urteilsformel in ihrer Erläuterung durch die Gründe bildet den Ersatz für die Eintragungsbewilligung, so daß durch die Bezugnahme hierauf die Eintragung eine genügende Bezeichnung erfährt.

V. Widerruflichkeit der Eintragungsbewilligung. S. oben Ziff. I 1.

§ 20. 1. Landauer, ZBlFG. **12** 375. (383): Es ist zwar nicht zu leugnen, daß nach dem Wortlaut und dem Zusammenhange mit dem vorhergehenden § 19 bei der Vorschrift des § 20 zunächst nur an die Fälle rechtsändernder Eintragungen gedacht sein mag. Allein der (in der D. S. 39) erklärte Zweck des Gesetzgebers, die Beobachtung der Form zu sichern, führt über den Wortlaut und den zunächst liegenden Sinn des § 20 hinaus zu der Erkenntnis, daß die dort gegebene Vorschrift nach dem Willen des Gesetzgebers auch für den Fall der Berichtigung des Grundbuchs Gültigkeit hat.

2. S. im übrigen die Bemerkungen zu § 925 BGB.

§ 22. I. Verhältnis der Berichtigungsbewilligung zu dem Nachweise der Unrichtigkeit. 1. BayObLG. **12** 493. Wird durch den Inhalt einer beantragten Eintragung in das Grundbuch die in einer bisherigen Eintragung enthaltene Feststellung des in Betracht kommenden Rechtsverhältnisses geändert, so ist die Eintragung in der Regel nicht ohne Bewilligung desjenigen zulässig, dessen Recht durch die Änderung betroffen wird; der Bewilligung bedarf es jedoch nicht, wenn durch die Eintragung das Grundbuch berichtigt und die Unrichtigkeit in der im § 29 GBO. vorgeschriebenen Form nachgewiesen wird. Erachtet das Grundbuchamt den ihm geführten Nachweis über die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht als völlig sicher, so kann es verlangen, daß die Eintragungsbewilligung des durch die Berichtigung Betroffenen beigebracht oder durch ein rechtskräftiges Urteil ersetzt wird.

2. KGJ. **40** A 157, RJA. **11** 75, ZBlFG. **12** 96 (KG.). Soll im Wege der Grundbuchberichtigung eine Grundgerechtigkeit auf ein im Miteigentum eines Ehepaars kraft allgemeiner Gütergemeinschaft des BGB. stehendes Grundstück eingetragen werden, so bedarf es, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht nachgewiesen ist, der Bewilligung beider Eheleute.

3. S. auch oben zu § 19 Ziff. I 2.

II. Die Berichtigungsbewilligung. 1. SchlHolstAnz. **11** 220 (KG.). Das KG. hat (vgl. KGJ. **36** A 256; JDR. **7** zu § 1177 Ziff. 1) ausgesprochen, die von dem Eigentümer bewilligte, darauf gestützte Eintragung, daß eine ihm zustehende Hypothek kraft Gesetzes in eine Grundschuld verwandelt sei, dürfe nicht von dem Nachweise des Erlöschens der Forderung abhängig gemacht werden, weil der Antrag auf Eintragung dieser Verwandlung die Berichtigung des Grundbuchs betreffe und die einzige Person, deren Rechte durch die Eintragung der Verwandlung betroffen werde, regelmäßig der Eigentümer sei; nur dann dürfe der Grundbuchrichter den Antrag beanstanden, wenn er wüßte oder doch bestimmte Anhaltspunkte dafür hätte, daß die beantragte Eintragung das Grundbuch unrichtig machen würde. Die gleiche Annahme ist auch hinsichtlich der von dem gegenwärtigen Eigentümer bezahlten Beiträge gerechtfertigt, da auch bezüglich der diesen Betrag betreffenden Umwandlungseintragung nur der jetzige Eigentümer ein Interesse hat.

2. ElsLothNotZ. **11** 325, ElsLothJZ. **11** 604 (Colmar). Wenn die Eintragung von Miterben alten (französischen) Rechtes dadurch unrichtig wird, daß einer von ihnen stirbt, oder ein anderer seinen Erbanteil verkauft, so kann auf Antrag eines Miterben die Berichtigung des Grundbuchs nur erfolgen, wenn die Erben des Verstorbenen und der Käufer des Erbanteils der Eintragung zustimmen.

3. S. auch oben zu § 19 Ziff. I 2.

III. Der Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs. 1. Die Quittung. a) **RG.** WarnE. **4** 19. Eine Quittung ist regelmäßig nur ein außergerichtliches Zugeständnis (ein „schriftliches Empfangsbekenntnis": § 368 BGB.) und als solches ein bloßes Beweismittel, das durch Gegenbeweis entkräftet werden kann (vgl. **RG. 14** 58, Prot. d. II. Komm. Mugdan II 543, 544). Als bloßes Beweismittel ist die Quittung überhaupt kein Rechtsgeschäft. **b**) KGJ. **40** A 294 (KG.). Eine über die Bezahlung einer Hypothek ohne Angabe des Zahlenden ausgestellte Quittung erbringt dem Grundbuchamte den Nachweis, daß der eingetragene Gläubiger nicht mehr der wirklich Berechtigte ist. Die mit einer solchen Quittung verbundene Löschungsbewilligung des eingetragenen Gläubigers genügt daher zur Begründung des Löschungsantrags nicht. **c**) SeuffA. **66** 431, SeuffBl. **75** 751 (KG.). Der Nachweis der Zahlung kann durch eine Quittung erbracht werden. Da aber die Quittung gemäß § 368 BGB. nicht eine Dispositionsurkunde, die als solche das Recht zum Erlöschen bringen könnte, sondern lediglich eine durch Gegenbeweis zu entkräftende Beweisurkunde ist, so kann der Grundbuchrichter durch die besondere Lage des Falles dahin kommen, der Quittung die Beweiskraft abzusprechen. **d**) SeuffBl. **11** 325, KGJ. **40** A 265, RJA. **11** 62, ZBlFG. **12** 86 (KG.). Ist der eingetragene Gläubiger einer Hypothek nicht der materiell Berechtigte, so genügt seine Quittung nicht, um den mit einer gutgläubigen Zahlung eintretenden Übergang der Hypothek auf den zahlenden Grundstückseigentümer grundbuchmäßig darzutun. Dem Grundbuchrichter muß vielmehr noch der gute Glaube des Zahlenden an die Berechtigung des eingetragenen Gläubigers nachgewiesen werden. S. oben zu § 892 BGB. Ziff. III. **e**) KGJ. **40** A 148 (KG.). Die von der Frau ausgestellte Quittung bedarf der Einwilligung des Mannes, weil in ihr zugleich die Erklärung der Frau liegt, daß sie die von dem

Schuldner erbrachte, mangels der Einwilligung des Mannes unwirksame Zahlung auch weiterhin als Bewirkung der geschuldeten Leistung und demnach als Tilgung der Schuld ansehe. .... Dies gilt, gleichviel ob die Zahlung als ein einseitiges Rechtsgeschäft oder als ein Vertrag anzusehen ist. Die Beantwortung der Frage nach der Rechtsnatur der Zahlung ist jedoch aus einem anderen Grunde von Erheblichkeit. Denn wenn die Zahlung als ein einseitiges Rechtsgeschäft anzusehen wäre, so würde die Frage, ob die Zustimmung des Mannes vor der Erklärung der Frau erteilt worden sei, für die Quittung zu entscheiden sein. Die Zahlung würde also nach § 1398 BGB. unwirksam sein, wenn der Mann die Erklärung seiner Frau nur nachträglich genehmigt hätte. Einer solchen Erklärung bedarf es jedoch nicht, weil die Zahlung als ein Vertrag anzusehen ist. f) Die Entsch. des KG. JDR. **9** § 22 Ziff. II 1 c auch OLG. **23** 325. g) Lüttemann, ZBlFG. **11** 513—535. Wahrheitswidrige Empfangsbekenntnisse oder sogenannte Vorausquittungen, insbesondere bei Darlehnshypotheken.

2. ZBlFG. **12** 304 (BayObLG.). Die schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung macht den Bürgschaftsvertrag gültig, und der etwaige Mangel der Form wird geheilt, soweit der Bürge die Bürgschaftsverbindlichkeit erfüllt; der Bürge kann also den gezahlten Betrag nicht mit der Behauptung zurückverlangen, daß der Gläubiger die Leistung auf seine (des Bürgen) Kosten ohne rechtlichen Grund erlangt habe. Hiervon verschieden ist der Nachweis der Bürgschaft, der im § 29 Satz 2 GBO. für die Berichtigung des Grundbuchs gefordert wird. Dazu genügt nicht die einfache schriftliche Form, sondern ist der Nachweis durch eine öffentliche Urkunde erforderlich; es genügt nicht der Nachweis der Bürgschaftserklärung des Bürgen, vielmehr muß der Bürgschaftsvertrag nachgewiesen werden, also außer der Erteilung der Bürgschaftserklärung auch deren Annahme durch den Gläubiger (Güthe, GBO. [2] § 22 Anm. 50).

3. RJA. **11** 60, ZBlFG. **12** 85 (KG.). Der § 22 gilt auch für Vormerkungen. .... Denn wenn auch durch die Eintragung einer Vormerkung nicht ein dingliches Recht begründet wird, sondern nur dem schuldrechtlichen Anspruche gewisse dingliche Wirkungen verliehen werden, so muß doch die Ausnahme, die das Gesetz durch den § 22 gegenüber dem auch für Vormerkungen geltenden Bewilligungsgrundsatze (§ 19 GBO.) für dingliche Rechte geschaffen hat, um so mehr für den schwächer wirkenden Tatbestand der Vormerkung Platz greifen. Einen Hauptfall der Anwendung des § 22 GBO. auf Vormerkungen bildet der Fall, daß der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch erloschen ist. Denn da die Vormerkung lediglich zur Sicherung eines schuldrechtlichen Anspruchs dient, so muß sie mit dessen Fortfall kraft Gesetzes erlöschen.

4. OLG. **23** 348 (Braunschweig). Die einwöchige Frist der §§ 929 Abs. 3 Satz 2, 936 ZPO. kann der Grundbuchrichter nicht abwarten. Es würde sonst die Bestimmung im § 929 Abs. 3 Satz 1, wonach die Vollziehung der Verfügung vor der Zustellung an den Antragsgegner zulässig ist, wirkungslos sein. Ist die Frist des § 929 Abs. 3 Satz 2 nicht innegehalten, so kann der durch den Widerspruch Beschwerte dessen Löschung beim Grundbuchamt im Wege des Berichtigungsverfahrens beantragen. Es ist nicht richtig, daß er zum Löschungsantrage die Bewilligung des Gegners stets beizubringen hat, vielmehr ist diese Zustimmung nicht erforderlich, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen wird (§ 22 GBO.). Um diesen Nachweis zu erbringen, kann der Antragsgegner den Einwand aus § 766 ZPO. und nötigenfalls Klage erheben.

5. ElsLothNotZ. **11** 155 (LG. Straßburg). Zum Nachweise der Unrichtigkeit des Grundbuchs genügt nicht die Vorlage der Ausfertigung des Verzichts auf die Gemeinschaft durch die Ehefrau eines in Frankreich wohnenden französischen Grundstückseigentümers nach der dort gerichtlich ausgesprochenen Gütertrennung.

IV. Die Vorschrift des § 22 Abs. 2. 1. ElsLothNotZ. **11** 331 (Colmar). Das Eigentum von Grundstücken für Miterben des alten Rechtes kann in das Eigentumsbuch nur auf Antrag aller Miterben eingetragen werden.

2. KGJ. **40** A 204, RJA. **11** 125 (KG.). Der Testamentsvollstrecker ist befugt, die nach § 22 Abs. 2 GBO. zur Eintragung des Erben als Eigentümer eines Nachlaßgrundstücks erforderliche Zustimmung kraft eigenen Rechtes zu erklären.

3. a) KGJ. **40** A 153 (KG.). Die nach § 22 Abs. 2 GBO. erforderliche Zustimmung einer in Gütergemeinschaft lebenden Ehefrau zu ihrer Eintragung als Gesamteigentümerin kann nicht von dem Ehemanne kraft seines Verwaltungsrechts erklärt werden. **b)** S. dagegen BadNotZ. **11** 138. **c)** Vogel, SeuffBl. **11** 149 (155). Der gütergemeinschaftliche Ehemann und der überlebende Ehegatte kann kraft des ihm nach den § 1443 (§§ 1519, 1549) und § 1487 (§ 1557) zustehenden Verwaltungsrechts die Zustimmung der Frau und Abkömmlinge, soweit sie zur Durchführung der Grundbuchberichtigung erforderlich ist, nicht ersetzen. **d)** *Bourier, BayNotZ. **11** 401. Wenn der Mann als Alleineigentümer eingetragen ist, kann er bei Nachweis oder Offenkundigkeit des Bestehens allgemeiner Gütergemeinschaft allein die nach Abs. 2 erforderliche Berichtigungszustimmung erklären. Einzutragender Eigentümer sind die Eheleute, nicht bloß die Frau. Der Berichtigungsantrag ist Verwaltung von Gesamtgut. Keine „Berichtigung" liegt vor und ist deshalb Abs. 2 unanwendbar, wenn ohne vorherige Eintragung des Alleineigentums des Mannes bei Auflassung an ihn sofortige Eintragung der Eheleute verlangt wird.

4. *H. Schmitt, BayRpflZ. **11** 52 ff. Der Vorschrift des § 22 Abs. 2 ist auch dann zu genügen, wenn die Berichtigung des Grundbuchs dahin erfolgen soll, daß die als selbständige Grundstücke gebuchten Wegflächen nur Bestandteile der von ihnen berührten Grundstücke sind; in diesem Falle ist die Zustimmung der Angrenzer zu erholen.

§ 25. 1. SeuffBl. **76** 367 (Dresden). Die Löschung einer auf Grund einstweiliger Verfügung eingetragenen Vormerkung kann erst nach Aufhebung dieser Verfügung gefordert werden.

2. Die Entsch. des **RG.** JDR. **9** zu § 25 Ziff. 3 a jetzt auch **RG. 74** 69.

§ 26. 1. KGJ. **40** A 268, BreslauAK. **11** 13 (KG.). Die Eintragungsbewilligung, auf Grund deren die Umschreibung einer Hypothek auf einen neuen Gläubiger erfolgen soll, muß den dinglichen Rechtsakt angeben, der die Umschreibung rechtfertigt. S. oben zu § 19 Ziff. II 1.

2. KGJ. **40** A 183, ZBlFG. **11** 661, NaumburgAK. **11** 41 (KG.). Der Vorerbe kann nicht Gegenstände seines freien Vermögens mit dinglicher Wirkung der Erbschaftsmasse zuweisen. .... Ist es aber hiernach rechtlich ausgeschlossen, daß der Vorerbe die zu ihrem freien Vermögen gehörige Hypothek ganz oder teilweise der Erbschaftsmasse überweist, so kann auch ein Vermerk des Inhalts, daß ein bestimmter Teilbetrag der Hypothek zur Erbschaft gehöre oder dem Rechte der Nacherben unterliege, nicht in das Grundbuch eingetragen werden, weil durch die Eintragung eines solchen Vermerkes das Grundbuch unrichtig werden würde. Ob der Vorerbe sich den Nacherben gegenüber rechtsgeschäftlich wirksam verpflichten kann, über einen Teilbetrag der Hypothek nur unter denselben Voraussetzungen, unter denen er zur Verfügung über Gegenstände der Vorerbschaft befugt ist, zu verfügen und den Teilbetrag bei dem Eintritte der Nacherbfolge ohne weiteres Entgelt auf die Nacherben zu übertragen, bedarf keiner Entscheidung. Eine derartige Verpflichtung würde immer nur schuldrechtlich wirken, dagegen keine dinglich wirksame Verfügungsbeschränkung des Vorerben hervorbringen können (§ 137 BGB.).

§ 27. 1. OLG. **23** 238 (BayObLG.). Die Frage, ob durch einstweilige Verfügung die Löschung einer für die Antragsgegner eingetragenen Hypothek gegen Sicherheitsleistung angeordnet werden kann, ist zu verneinen. Hierüber besteht, soviel ersichtlich, fast kein Streit mehr (Gaupp-Stein, Seuffert, Struckmann-Koch zu § 938). Daß das **RG. 55** 144 im Gegensatze zu solcher Beseitigung einer Definitivhypothek eine einstweilige Verfügung auf Löschung der Hypothekvormerkung, die aus einer einstweiligen Verfügung eingetragen war, gegen Sicherheitsleistung zuläßt, ist für den Antragsteller nicht verwertbar. Denn der Eintrag, den er beseitigt haben will, beruht zwar auch auf einer prozessualen Maßregel, hier auf der Anordnung des Vollstreckungsgerichts nach §§ 124, 128 ZVG., jedoch nicht auf einer dem § 938 ZPO. unterliegenden oder nach einer sonstigen Bestimmung dem freien richterlichen Ermessen anheimgegebenen Maßregel.

2. MecklZ. **29** 274 (Rostock). Erfordernisse der Löschung eines zwecks Bestellung einer Heiratskaution für einen Offizier und seine demnächstigen Kinder eingetragenen Zinsrechts.

§ 28. HessRspr. **11** 163 (LG. Mainz). Wird die Eintragung nur auf einem oder einzelnen der mehreren auf dem betreffenden Grundbuchblatte verzeichneten Grundstücke begehrt, so muß genauer angegeben werden, welches oder welche der mehreren Grundstücke gemeint sind. Dies geschieht z. B. durch Angabe der laufenden Nummer, unter der das Grundstück in dem Grundbuch eingetragen ist. Die Angabe der Kennziffern des Grundstücks erscheint hierbei nicht geboten.

§ 29. I. Anwendungsgebiet des § 29. 1. Landauer, ZBlFG. **12** 321 ff. (328): Daß der Grundbuchrichter nicht, um sich Gewißheit über irgendeine tatsächliche Voraussetzung zu verschaffen, Zeugen vernehmen kann, ist allgemein anerkannt. Ebensowenig Raum ist im Verfahren in Grundbuchsachen für Eidesbeweis. Wohl noch niemand hat behauptet, daß hier die Vorschriften des bürgerlichen Rechtsstreits über den Parteieid anwendbar seien oder daß der Grundbuchrichter einen richterlichen Eid auferlegen könne. Dem Versuche Brachvogels aber (GruchotsBeitr. **50** 64—89), die Schwierigkeit eines Beweises der Negative durch Zulassung von Versicherungen an Eides Statt zu heben, ist Meikel (ZBlFG. **7** 466) mit Recht durch den Hinweis entgegengetreten, daß es zu solcher Annahme der Rechtfertigung durch eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung bedürfte. Auch die Augenscheineinnahme als Beweismittel ist ausgeschlossen und kann nur als Grundlage für Erzeugung von Offenkundigkeit und als Bestandteil eines aus der Besichtigung von Urkunden hergeleiteten Urkundenbeweises in Frage kommen. Aus dem Urkundenprinzipe folgt aber auch weiter, daß bloßen Parteiaussagen als solchen, soweit sie Angaben über Wahrnehmungen und Erkenntnisse und nicht Willenskundgebungen sind, im Verfahren vor dem Grundbuchamte keine Beweiskraft beigelegt ist. Diese Folgerung (s. ZBlFG. **8** 753 ff.) aus dem Urkundenprinzipe gilt grundsätzlich für Aussagen, die eine Partei zu ihrem Nachteile macht, nicht weniger als für das, was sie zu ihrem eigenen Gunsten aussagt. (331): Die Strenge des Urkundenprinzips und des darauf gegründeten formalistischen Beweisrechts wird aber nicht selten mißverstanden. Mit Recht hat Unger (BuschsZ. **39** 62 ff.) darauf hingewiesen, daß § 12 FGG. und die darin zum Ausdrucke gebrachte Untersuchungsmaxime auch für das Grundbuchwesen gelte, wobei man sich nur vor dem Mißverständnisse zu hüten hat, als dürfe sich der Grundbuchrichter bei seiner amtspflichtmäßigen Untersuchung über die unübersteiglichen Schranken des Urkundenprinzips hinwegsetzen. Dies geschieht aber nicht schon dann, wenn der Richter unter Zuhilfenahme all seines Wissens und Könnens, insbesondere seiner Lebenserfahrung, dem Stoffe vorgelegter und sonstiger erreichbarer Urkunden durch Auslegung Leben verleiht. .... Als wichtigstes, nicht immer genügend be-

achtetes Hilfsmittel bei Prüfung urkundlicher Eintragungsgrundlagen kommt aber auch die Ausübung des richterlichen Fragerechts in Betracht. Daß der Grundbuchrichter ein Fragerecht und eine Fragepflicht habe, ist zwar in der GBO. nirgends gesagt, ergibt sich aber aus der Stellung und Aufgabe des Richters ohne weiteres, da es zur Gewinnung richtiger Entscheidungen zuweilen vorheriger Aufklärungen über Sinn, Zweck und Voraussetzungen gestellter Parteianträge bedarf. .... Um mißliche Wirkungen des bestehenden Formalismus hintanzuhalten, gibt es aber noch ein weiteres Hilfsmittel, das wenig beachtet zu werden scheint, auch im Gesetze nirgends angeführt, dem Richter aber auch nicht versagt ist und ihm zuweilen durch die Umstände nahegelegt sein kann. Er ist nämlich nicht gehindert, über die Vorschrift des § 55 GBO. hinaus unmittelbar und mittelbar Beteiligten schon vor Anordnung von einem bei ihm eingelaufenen Antrag Kenntnis zu geben und sie dadurch zu Wahrung ihrer Interessen instand zu setzen. Geschieht dies in geeigneten Fällen und benützt der Grundbuchrichter gegebene Gelegenheiten, einem Antragsteller durch angemessene Vorhalte auch die Möglichkeit zu nehmen, gutgläubig auf den Inhalt des Grundbuchs zu vertrauen, so kann er, ohne den Verkehr zu hemmen, schädlichen Wirkungen des bestehenden Formalismus entgegentreten und zur Durchsetzung des wirklichen Rechtes behilflich sein ..... (336): Ist dem Richter ein rechtserheblicher Zustand erwiesen, so hat er dessen Fortdauer insolange anzunehmen, bis ihm der Eintritt einer Änderung nachgewiesen wird. Ist also durch eine ordnungsmäßige Urkunde (eine Vollmacht, einen Ehevertrag und dergl.) die Verfügungsmacht einer Partei dargetan, so kann der gelieferte Nachweis durch die bloße Möglichkeit, daß im Laufe kürzerer oder längerer Zeit diese Befugnis erloschen sei, nicht entkräftet werden. Aus der Aufgabe, den Tatbestand von Amts wegen zu ermitteln, ergibt sich, daß der Grundbuchrichter, wenn ihm durch irgendwelche Umstände, je nachdem schon durch bloßen langen Zeitablauf, der Gedanke nahegelegt ist, es könnte an einem urkundlich nachgewiesenen Zustand eine Änderung eingetreten sein, an dieser Möglichkeit nicht gleichgültig vorübergehen darf. Er hat daher Maßregeln zu ergreifen, um den von ihm vermuteten Möglichkeiten nachzuforschen, und als wichtigstes Hilfsmittel kommt hierbei neben der Durchforschung der Grundakten die Ausübung des Fragerechts in Betracht. Aber eine unbewiesene und durch die verkehrsfeindlichen Folgen widerlegte Annahme ist es, wenn er sich berechtigt glaubt, wegen bloßer Möglichkeiten den gelieferten Nachweis für einen rechtserheblichen Zustand unbeachtet zu lassen. Dem nachgewiesenen Zustande muß er vielmehr seine rechtlichen Folgen insolange lassen, als seine Nachforschungen nicht zu einem in den für Grundbuchsachen vorgeschriebenen Formen geführten vollen Beweis für die von ihm vermuteten Möglichkeiten geführt haben. Die herrschende Meinung will dies allerdings nicht gelten lassen, wie z. B. in dem mehrfach (in der Rechtsprechung des KG., bei Güthe I 218 Nr. 46 der 1. Aufl., Oberneck I 206) angeführten Falle, daß die Verfügungsmacht eines Grundbuchberechtigten (eines verwitweten Ehegatten oder eines Vorerben) davon abhängig ist, daß er sich nicht wieder verheiratet. Zum Nachweise seiner (fortbestehenden) Verfügungsbefugnis soll ein Zeugnis der Polizeibehörde genügen, daß er sich nicht wieder verheiratet habe. Mit dieser Annahme ist die Bedeutung der Ausübung des Fragerechts und der dadurch zu erlangenden Auskunft verkannt und nicht einmal dem formellen Beweisrecht in Grundbuchsachen Genüge getan. Ein solches Zeugnis der Polizeibehörde ist keine öffentliche Urkunde im Sinne des § 29 GBO.

2. Zohlen, KGBl. **11** 53. § 29 GBO., der überhaupt keine materiellen Erfordernisse aufstellt, sondern nur Beweisregeln gibt, zwingt nicht nur den Grundbuchrichter nicht, sondern berechtigt ihn nicht einmal nach dem

Vorliegen der ehemännlichen Zustimmung oder ihrer Nichterforderlichkeit zu fragen. Erfährt der Richter — nicht aus dem Grundbuche, das nicht notwendig Auskunft darüber gibt und z. B. die Frau noch mit ihrem Mädchennamen aufführt —, sondern aus seiner pflichtmäßig angestellten Identitätsprüfung, daß die vor ihm Erscheinende eine Ehefrau ist, so hat er sie allerdings darauf aufmerksam zu machen, daß sie durch das Verwaltungsrecht ihres Mannes diesem gegenüber beschränkt ist, und er hat seine Mitwirkung zu verweigern, solange er nicht von der Zustimmung des Ehemanns überzeugt oder ihm das Vorliegen eines besonderen Güterstandes (und zwar dies in der Form des § 34) nachgewiesen ist. Das erfolgt aber nicht aus § 29 GBO., sondern aus dem Begriffe der freiwilligen Gerichtsbarkeit überhaupt, die den Richter zum Wächter über die in ihrem Bereiche sich abspielenden Geschäfte gesetzt hat. Sowenig das BGB. die ehemännliche Zustimmung in bestimmter ausdrücklicher Form verlangt, sondern sich damit begnügt, wenn sie aus den Umständen zu erkennen ist, ebensowenig ist der Grundbuchrichter gebunden, sie in bestimmter Form zu verlangen. Es ist vielmehr nur ein allerdings empfehlenswerter und eingebürgerter, aber keineswegs zwingender Gerichtsgebrauch, sie mit ins Protokoll aufzunehmen, oder sie wenigstens in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form den Akten einzuverleiben; grundbuchrechtliche Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Eintragung ist sie aber nicht, und die Formvorschriften der GBO. finden daher auf sie auch keine Anwendung.

3. Landauer, ZBlFG. **12** 321 (329). Unrichtig ist, daß auf negative Tatsachen der § 29 GBO. nicht anzuwenden sei, hier vielmehr dem vernünftigen durch § 29 nicht eingeengten, andererseits auch die konkrete Sachlage genügend berücksichtigenden Ermessen des Grundbuchamts Spielraum geboten sei (Brachvogel, GruchotsBeitr. **50** 84).

II. Öffentliche und öffentlich beglaubigte Urkunden. 1. KGJ. **40** A 114 (KG.). Der Begriff der öffentlichen Urkunde ist auch für das Grundbuchverfahren aus § 415 Abs. 1 ZPO. zu entnehmen.

2. KGJ. **40** A 208 (KG.). Auch die Urschrift einer öffentlichen Urkunde ist ein dem § 29 GBO. entsprechendes Beweismittel. Wird auf die in Gerichtsakten befindliche Urschrift einer gerichtlichen Urkunde zwecks Beweises verwiesen, so bedarf sie nicht eines Siegels oder Stempels, um beweiskräftig zu sein.

3. Josef, ZBlFG. **12** 194. Der § 182 FGG. ist im § 168 nur so weit herangezogen, als er die Form der Ausfertigung gerichtlicher Protokolle regelt, nicht aber in dem Sinne, daß die Ausfertigung als ein Teil der gerichtlichen Beurkundung gelten soll. Vielmehr versteht das Gesetz unter Beurkundung lediglich den Vorgang, durch den der Beamte die vor ihm abgegebenen Erklärungen aktenkundig macht, wogegen die Ausfertigung eine bereits abgeschlossene (§ 177 Abs. 3) Beurkundung voraussetzt. Daher regelt § 170 nur die Ausschließung von der Aufnahme, nicht von der Ausfertigung des Protokolls. Auf die Ausschließung von der Tätigkeit bei der Ausfertigung (auch des Richters, der die Erteilung der Ausfertigung nach Landesrecht anordnet) findet also § 6 FGG. (Artt. 1, 2, 84 PrFGG.) Anwendung. Ist der Notar, nachdem er eine Beurkundung rechtsgültig bewirkt hat, nachträglich in ein Verhältnis zu den Beteiligten getreten, das ihn von der Ausfertigungstätigkeit ausschließt, so gibt es in Preußen keine Amtsstelle, die die Ausfertigung erteilen könnte. Das gilt insbesondere auch von vollstreckbaren Ausfertigungen, bei denen als einer Handlung der streitigen Gerichtsbarkeit sich die Ausschließung nach § 41 ZPO. regelt.

4. DNotV. **11** 562, RheinNotZ. **11** 59 (KG.). Die Urkundsperson hat zwar in allen Fällen der Beurkundung die Geschäftsfähigkeit der Beteiligten zu prüfen und diese darüber zu belehren; eine Protokollierung dieser Prüfung und Belehrung ist jedoch nur dann erforderlich, wenn die Urkundsperson Zweifel an der

Geschäftsfähigkeit hat. Auch dies ist aber nur Sollvorschrift. Hieraus folgt zunächst, daß das Fehlen eines Vermerkes in dem Protokoll über die Geschäftsfähigkeit der Beteiligten allein eine Bemängelung des Protokolls nicht rechtfertigt. Es folgt daraus aber weiter, daß der Grundbuchrichter dann, wenn der Notar über die Geschäftsfähigkeit in dem Protokolle nichts vermerkt hat, mindestens in dem Falle von der Geschäftsfähigkeit der Beteiligten auszugehen hat, wenn ihm nicht bestimmte Tatsachen bekannt sind, die gegen die Geschäftsfähigkeit sprechen. Das ist auch der in KGJ. **35** A 199 (JDR. **7** zu § 29 Ziff. II 1 a) vertretene Standpunkt.

5. KGJ. **40** A 133, SchlHolstAnz. **11** 234 (KG.). Öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden über rechtsgeschäftliche Erklärungen von Privatpersonen reichen im Sinne der §§ 22, 29 GBO. zum Nachweise der sich aus dem fraglichen Rechtsgeschäft ergebenden Rechtsveränderungen aus, sofern nicht aus den besonderen Umständen des Falles Bedenken gegen die Rechtswirksamkeit, insbesondere die Ernstlichkeit der Erklärungen zu entnehmen sind.

6. Ungenannt, WürttZ. **11** 299. Der Beweis der Echtheit einer ausländischen Urkunde, z. B. der öffentlichen Beglaubigung durch schweizerische Behörden oder Notare, wird durch Legalisation geführt, d. h. durch die unter die zu legalisierende Unterschrift gesetzte Beglaubigung der Echtheit der Unterschrift. Zur Legalisation sind die Gesandten des Reichs und die Konsuln befugt, diese hinsichtlich der Urkunden, die in ihrem Amtsbezirk ausgestellt oder beglaubigt sind. Liegt eine legalisierende Urkunde vor, so hat das Grundbuchamt, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, den Beweis der Echtheit als geführt anzusehen. .... Der Grundbuchbeamte ist nicht verpflichtet, die Legalisation zu verlangen. Es kann auch ein anderer Beweis der Echtheit erbracht werden, und wenn kein Zweifel an der Echtheit der Urkunde und der Befugnis der Urkundsperson besteht, kann die Urkunde auch ohne Legalisation als genügend angesehen werden.

7. ElsLothNotZ. **11** 342 (LG. Straßburg). Dem Grundbuchrichter steht nicht das Recht zu, die Rechtsgültigkeit der notariellen Urkunde deshalb zu beanstanden, weil sie nach ihrem Inhalte an verschiedenen Orten errichtet, und aus ihr nicht ersichtlich ist, mit welchen Personen an den einzelnen Orten die Verhandlung geführt wurde.

8. **a**) OLG. **23** 379, ElsLothNotZ. **11** 278, ElsLothJZ. **11** 602 (Colmar). Daß die Beteiligten in deutschen Schriftzeichen unterschreiben müssen, verlangt das Gesetz nicht. Auch eine in den Schriftzeichen einer fremden Sprache, z. B. der hebräischen Sprache, vollzogene Darstellung des von dem Schreibenden geführten Namens ist eine eigenhändige Unterschrift, wenn der Urkundsbeamte, sei es aus eigener Kenntnis, sei es durch Hilfe eines Dolmetschers oder eines Schreibverständigen, sie als solche bestätigt. **b**) Voß, SeuffBl. **11** 297. Stellvertretende Namensunterschrift und mechanische Schreibhilfe.

9. Schilling, BadNotZ. **11** 142. Die Beglaubigung einer Privaturkunde durch den Bürgermeister in Belgien ist keine öffentlich beglaubigte Urkunde im Sinne des § 29 GBO.

10. BadNotZ. **11** 151 (LG. Karlsruhe). Eine Löschungsbewilligung, abgegeben im prozeßgerichtlichen Vergleich, ist, auch wenn sie nur in den Formen des Prozeßprotokolls abgegeben ist, stets eine den Formerfordernissen des § 29 GBO. entsprechende Urkunde.

11. Josef, KGBl. **11** 41. Öffentliche Beurkundung von Erklärungen Geschäftsbeschränkter und Beglaubigung ihrer Unterschriften.

12. HessRspr. **12** 147 (Darmstadt). Das Siegelrecht des hohen Adels ist, soweit es früher bestand, für das Gebiet des Privatrechts durch die Reichsgesetzgebung beseitigt.

III. Die Vollmacht. 1. a) ElsLothNotZ. **11** 198, ElsLothJZ. **11** 383 (Colmar). Der Notar kann nicht die Erteilung einer Vollmacht auf sich selbst beurkunden. S. JDR. **9** zu § 29 Ziff. II 1. b) ElsLothNotZ. **11** 338 (LG. Colmar). Der Notar kann allerdings nicht die Erteilung einer Vollmacht auf sich selbst beurkunden, indessen wird die mündlich erfolgte Bevollmächtigung durch die Tatsache der Beurkundung der betreffenden Urkunde genügend dargetan.

2. BayNotZ. **11** 225 (KG.). Für die Wirksamkeit der Vollmacht kommt es auf den Zeitpunkt nicht der Eintragung, sondern des Wirksamwerdens der auf Grund der Vollmacht abgegebenen Erklärung an (OLG. **6** 17).

3. a) ElsLothJZ. **11** 601 (Colmar). Der Nachweis, daß die notariell beurkundete Bevollmächtigungserklärung derjenigen Person, in deren Namen die Auflassung erklärt worden, nach §§ 167, 130 BGB. wirksam geworden ist, und daß deren Wirkung fortbestand, kann nicht bloß durch den Besitz des Bevollmächtigten an der Ausfertigung der in der Verwahrung des beurkundenden Notars verbliebenen Urschrift der Vollmachtserklärung geführt werden. Das Grundbuchamt kann vielmehr auch, wenn der Bevollmächtigte sich nicht im Besitze der Vollmachtsurkunde befindet, auf Grund freier Würdigung der Sachlage, insbesondere unter Berücksichtigung allgemeiner Erfahrungssätze, zu der Erkenntnis gelangen, daß der Bevollmächtigte mit dem Willen des Machtgebers in die Lage versetzt worden ist, von der Bevollmächtigungserklärung Kenntnis zu nehmen, und daß die Vollmachtswirkungen fortbestehen. b) ElsLothNotZ. **11** 329 (Colmar). Der Fortbestand einer Vollmacht, für den in vielen Fällen die tatsächliche Vermutung spricht, muß nach den jeweils vorliegenden Umständen vom Grundbuchrichter geprüft werden. c) ElsLothNotZ. **11** 334 (LG. Saargemünd). Zum Beweise der Tatsache, daß die Bevollmächtigten noch im Besitze der Vollmachten und diese nicht widerrufen sind, genügt die amtliche Feststellung des Notars, daß die Vollmachten einen Bestandteil anderer Urkunden sind und sich in seiner Verwahrung befinden, und daß er nach den tatsächlichen Verhältnissen keine Veranlassung hat, den Fortbestand der Vollmachten zu bezweifeln, oder — wenn er den Fortbestand nachgeprüft hat — daß, soweit er habe prüfen können, die Vollmacht nicht widerrufen sei.

4. BayNotZ. **11** 225 (KG.). Die Vorinstanzen irren, wenn sie den § 181 BGB. auch dann für anwendbar erachten, wenn ein Bevollmächtigter das Recht, unmittelbar dem Machtgeber einen Unterbevollmächtigten zu bestellen, hat und von diesem Rechte Gebrauch macht; der Unterbevollmächtigte kann vielmehr alsdann im Namen des Machtgebers mit dem Bevollmächtigten Rechtsgeschäfte abschließen. Bei dieser Ansicht ist stehen zu bleiben; ihr hat sich jetzt auch das OLG. Colmar, das früher einen anderen Standpunkt vertreten hatte (DJZ. **03** 204), angeschlossen (das. **09** 1336, JDR. **8** zu § 181 Ziff. 2).

5. SchlHolstAnz. **11** 343 (KG.). Erwägt man, daß eine Eintragungsbewilligung, wenngleich an sich ein Akt des formellen Grundbuchrechts, doch, wie dieses überhaupt, nur der Verwirklichung oder Beurkundung des materiellen Liegenschaftsrechts dienen soll, so rechtfertigt sich der Schluß, daß derjenige, welcher zufolge § 181 BGB. nicht die Macht hat, in den Fällen der §§ 873, 877 BGB. sich über den Eintritt der Rechtsänderung mit den anderen Teilen zu einigen, nach dem Sinne der ihm erteilten Vollmacht auch nicht die Macht haben soll, die Eintragung einer solchen Rechtsänderung in das Grundbuch zu bewilligen. Unter diesem Gesichtspunkt einer Auslegung der Vollmacht ist der in mehreren Entscheidungen des KG. (KGJ. **37** A 283, **39** A 235) ausgesprochene Satz, daß, soweit der Bevollmächtigte zur Vornahme der nach dem materiellen Rechte behufs Herbeiführung einer Rechtsänderung erforderlichen Rechtshandlungen gemäß § 181 BGB. nicht befugt sei, ihm auch die Berechtigung zur Abgabe der auf die Rechts-

änderung abzielenden Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamte fehle, aufrecht zu erhalten. Der gegen jenen Satz von Güthe (GBO. II 1698) gemachte Einwand, daß sich der Grundbuchrichter bei der Prüfung der Verfügungsmacht des Bewilligenden mit der Möglichkeit einer materiell-rechtlichen Einigung zu begnügen habe, läßt die hier hervorgehobene Begründung des Satzes als einer für den Umfang der Vollmacht geltenden Auslegungsregel unberührt.

6. SeuffA. **66** 306 (Dresden). Das Amt des Vormundes ist allerdings nicht übertragbar. Dies hindert jedoch nicht, daß der Vormund bei der Verwaltung des Mündelvermögens sich fremder Hilfe bedient und zu diesem Zwecke, behufs seiner Vertretung in den Angelegenheiten des Mündels, einem Dritten Vollmacht erteilt. Eine Übertragung des Amtes des Vormundes ist hierin nicht enthalten. Der Dritte handelt, wenn er auf Grund der Vollmacht tätig wird, nicht aus eigenem Rechte, sondern kraft der ihm vom Vormund erteilten Vertretungsmacht. Unter Umständen, insbesondere bei großem Umfange des Mündelvermögens, kann auch die Erteilung einer Generalvollmacht geboten erscheinen. Ob ein ausreichender Grund für die Erteilung einer solchen Vollmacht vorliegt oder nicht, hat der Grundbuchrichter nicht zu prüfen, weil die Vollmacht auch dann wirksam ist, wenn die Frage verneint werden muß. Rechtfertigen die Verhältnisse die Bestellung eines Generalbevollmächtigten nicht, so kann dies eine dem Vormunde zur Last fallende Pflichtverletzung bedeuten und die Haftung des Vormundes für den aus der Erteilung der Vollmacht entstandenen Schaden begründen; an der rechtlichen Befugnis des Vormundes zur Erteilung der Vollmacht hingegen und damit an der Wirksamkeit der Vollmacht wird hierdurch etwas nicht geändert. Kann aber der Vormund in dieser seiner Eigenschaft wirksam eine Generalvollmacht erteilen, so kann es auch der Inhaber der elterlichen Gewalt.

IV. Gesetzliche Vertretungsbefugnis. 1. KGJ. **40** A 1 (KG.). Wenn mehrere Miterben sich derart auseinandersetzen, daß einem Volljährigen von ihnen der ganze Nachlaß übertragen wird und dieser die Erbanteile der anderen, zum Teile minderjährigen Miterben in Geld auszahlt, so können bei der Auseinandersetzung die Minderjährigen durch einen Pfleger vertreten werden.

2. Schneider, DNotV. **11** 639. Vertretungen mehrerer Mündel bei Erbteilungen durch Pfleger.

3. S. auch oben Ziff. III 6 a. E.

V. Urkunden öffentlicher Behörden. 1. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung. a) **RG. 76** 89. Die Abtretung einer Hypothekenforderung des Kindes zur Sicherung eines Gläubigers des gesetzlichen Vertreters bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. **b)** KGJ. **40** A 163 (KG.). Der Vormund bedarf zur Bewilligung der Löschung einer verzinslichen Hypothekenforderung, an der dem Mündel ein Nießbrauchsrecht eingeräumt ist, nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. c) ElsLothNotZ. **11** 284 (LG. Straßburg). Der Inhaber der elterlichen Gewalt bedarf zur Bewilligung der Löschung des zugunsten seines minderjährigen Kindes eingetragenen Rechtes als Nacherben nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

2. Urkunden der Sparkassen. a) R. **11** 490 (KG.). Im Geltungsgebiete des Sparkassenreglements vom 12. Dezember 1838 besitzen auch die organisierten Vorstände der Sparkassen der Landgemeinden die Eigenschaft öffentlicher Behörden. Die von ihnen in der Form des Art. 9 AGGBO. ausgestellten Urkunden sind daher als öffentliche anzusehen. Kommunale Sparkassen, die auf Grund des für den damaligen Bestand der preußischen Monarchie als Gesetz verkündeten Reglements vom 12. Dezember 1838 (GS. 1839 Nr. 5) begründet sind, haben, wie das Reglement ergibt, keine eigene Rechtspersönlichkeit, sind vielmehr nur eine Einrichtung der sie begründenden

Gemeinde; ihr Vermögen bildet nur einen „besonderen, von anderen Kassen der Gemeindeverwaltung unvermischt zu erhaltenden Fonds" des Gemeindevermögens (KGJ. **28** A 71, **RG. 68** 280). **b)** OLG. **23** 353 (KG.). Wird ein Druckexemplar der Sparkassensatzung überreicht, so muß, wenn der Grundbuchrichter sich nicht damit begnügen will, die Übereinstimmung des Exemplars mit der Urschrift in der für den Grundbuchverkehr vorgeschriebenen Form (§ 29 GBO.) nachgewiesen werden (KGJ. **33** A 203, OLG. **1** 220). Es fragt sich daher nur, in welcher Form dieser Nachweis zu erbringen ist. In Betracht kommt nur der Satz 2 des § 29. Denn es handelt sich hier nicht um eine zu der Eintragung erforderliche Erklärung, sondern um eine andere Voraussetzung der Eintragung, nämlich die Beurkundung einer Tatsache. Der zuständige Beamte hat die Tatsache zu beurkunden, daß das vorgelegte Exemplar mit der Urschrift übereinstimmt. Zur Beurkundung von Tatsachen sind nach Art. 31 Abs. 1 PrFGG. die Amtsgerichte und Notare zuständig. Das gleiche ist für die Aufsichtsbehörden anzunehmen. Denn diese sind für befugt zu erachten, solche Tatsachen zu beurkunden, die sie vermöge ihres Rechtes zur Beaufsichtigung wahrgenommen haben. Dies folgt ohne weiteres aus dem Wesen der Behördenorganisation. Da die staatliche Aufsicht über die Sparkassen nach Nr. 19 u. 20 des Regl. vom 12. Dezember 1838 durch die Regierungen und den Oberpräsidenten ausgeübt wird und diese Vorschriften auch jetzt noch insofern gelten, als die Aufsicht des Staates über die Verwaltung aller städtischen Gemeindeangelegenheiten nach § 7 Abs. 1 G. vom 1. August 1883 in erster Instanz vom Regierungs- und in höherer Instanz vom Oberpräsidenten geübt wird, so kann nicht zweifelhaft sein, daß beide dazu befugt sind, die Richtigkeit eines Satzungsexemplars zu bescheinigen (KGJ. **30** A 165, **11** 141). Dagegen ist die weitere Frage zu verneinen, ob auch der Bürgermeister zuständig ist.

3. Urkunden der Gemeinden. **a) RG.** ZBlFG. **12** 299. Nach § 88 Ziff. 7 Abs. 2 Satz 1 LandgemeindeO. vom 3. Juli 1891 bedarf eine jede die Gemeinde verpflichtende Willenserklärung der Unterzeichnung durch den Gemeindevorsteher und einen Schöffen, sowie der Beidrückung des Gemeindesiegels auch dann, wenn sie in der Form des § 313 BGB. (gerichtliche oder notarielle Beurkundung) oder des Art. 12 § 2 PrAGBGB. (Beurkundung durch einen bestellten Gemeindebeamten) erfolgt. Die Beidrückung des Gemeindesiegels stellt ein zwingendes Formerfordernis dar. Sie soll zum Ausdrucke bringen, daß die Gemeindevertreter ihre Erklärung in amtlicher Eigenschaft abgegeben haben, daß also der Inhalt der von ihnen abgegebenen Erklärung als Wille der durch sie vertretenen Gemeinde gilt. Daraus ergibt sich aber, daß die Beidrückung des Siegels nur von den Gemeindevertretern bewirkt werden kann, da nur ihnen die Entschließung darüber zusteht, ob die beurkundete Erklärung als Wille der Gemeinde gelten soll, und daß das Siegel auch räumlich zu der beurkundeten Erklärung in einem seiner Zweckbestimmung entsprechenden Verhältnisse stehen muß. Es genügt deshalb nicht, daß der in Diensten der klagenden Gemeinde stehende Urkundsbeamte das Gemeindesiegel seiner eigenen Unterschrift beigefügt hat, und daß dies im Beisein und mit Zustimmung der Gemeindevertreter geschehen ist. **b) RG.** GruchotsBeitr. **55** 388. Nach § 88 Abs. 4 Ziff. 7 PrLandgemeindeO. vom 3. Juli 1891 ist die Beidrückung des Gemeindesiegels auch bei gerichtlicher oder notarieller Beurkundung des Geschäfts notwendig. **c)** Schreiber, DNotV. **11** 495, 583. Formzwang und Legitimation bei den verpflichtenden Willenserklärungen der kommunalen und kirchlichen Körperschaften.

4. Urkunden der Provinzen. KGJ. **40** A 223 (KG.). Der Landesdirektor (Landeshauptmann) darf einen Kaufvertrag über ein Provinzialgrundstück allerdings nur unter Anführung des Veräußerungsbeschlusses des Provinziallandtags (Provinzialausschusses) abschließen. Die Auflassung darf er je-

doch namens des Provinzialverbandes ohne den Nachweis der Genehmigung des Provinziallandtags (Provinzialausschusses) und ohne Anführung des Genehmigungsbeschlusses vornehmen.

5. Urkunden von Schulverbänden. SchlHolstAnz. **11** 161 (KG.). Über das Erfordernis der Genehmigung des Schulvisitatoriums zum Erwerbe von Grundeigentum durch einen Schulverband in Schleswig-Holstein.

6. Urkunden von Handelskammern. a) KGJ. **40** A 217 (KG.). Die Handelskammern haben die Eigenschaft öffentlicher Behörden. **b) RG.** R. **11** 416. Die Handelskammer ist lediglich eine Einrichtung des öffentlichen Rechtes. **c)** KGJ. **40** A 217 (KG.). Die Handelskammern bedürfen zum Erwerbe von Grundstücken im Werte von mehr als 5000 M. der Genehmigung des Ministers für Handel und Gewerbe.

7. Die Entsch. des KG. in JDR. **9** zu § 29 Ziff. III 3 auch KGJ. **40** A 114.

VI. Offenkundigkeit. Landauer, ZBlFG. **12** 321 (333). Das Gesetz will mit dem Begriffe der Offenkundigkeit nichts anderes bezeichnen, als was darunter im Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten oder in Strafsachen verstanden wird. Eine weitergehende allgemeinere Bedeutung will allerdings dem Begriffe der Offenkundigkeit in der GBO. du Chesne (RheinZ. **2** 303—307) beigelegt wissen. Einen Unterbegriff zu dem der Offenkundigkeit soll der der Beweisfreiheit bilden, wozu als Beispielsfall die Geschäftsfähigkeit zu rechnen sei. .... Wenig glücklich ist es, diese Kategorie mit derjenigen der Offenkundigkeit zu vermengen, mit der sie nur die Wirkung gemein hat, die Parteien von der Last einer Beweisführung zu befreien. .... In dem ganz richtigen Gedanken, daß der Grundbuchrichter bei Ausübung seiner Prüfungstätigkeit auf tatsächliche Voraussetzungen stößt, für die es (obwohl man nicht sagen kann, sie seien so klar und unbestreitbar, daß sie zu bestreiten so ungereimt wäre, wie bei offenkundigen Tatsachen), keines Beweises bedarf, steckt nämlich die Offenbarung eines weit über das Grundbuchwesen hinausreichende Rechtsgebiete beherrschenden Grundsatzes, der allenthalben gefühlt, aber nirgends zu einem klar umschriebenen Rechtssatze herausgearbeit worden ist. Es ist der Grundsatz, daß Bestand und Leben eines jeden Rechtsverkehrs gewisse Grundlagen haben muß, auf die sich die Verkehrsgenossen unbedingt müssen verlassen können, und die daher im einzelnen Falle zu beseitigen, kein Mißtrauen, kein Zweifel und kein Bestreiten, sondern nur die völlige Zerstörung ausreichen kann. Man denke sich ein Verkehrsleben, in dem der Verkehrsgenosse durch jede beliebige Äußerung eines Mißtrauens genötigt werden könnte, dem Gegner oder der zum Verkehrsschutz berufenen Behörde erst den Nachweis zu liefern, daß er (abgesehen von seinem jederzeit leicht nachzuweisenden Mündigkeitsalter) verkehrsfähig sei, daß es ihm mit seinen Verkehrsäußerungen völliger Ernst sei, daß er dabei nichts Unsittliches oder Verbotenes betreibe, daß er wirklich diejenige Person sei, für die ihn seine Bekannten oder die verkehrsüblichen amtlichen Ausweise erklären. Ein solches Zerrbild eines Verkehrs braucht nicht weiter ausgemalt zu werden, um zu erkennen, daß es zur Lebenskraft eines gesunden Verkehrs gehört, alle diese Voraussetzungen zugunsten jedes Verkehrsgenossen ohne alles weitere insolange gelten zu lassen, als das Gegenteil nicht voll bewiesen, nicht etwa nur behauptet oder vermutet oder auch wahrscheinlich gemacht ist. Gilt diese Verkehrsregel für die Verkehrsgenossen unter sich, so muß sie nicht weniger für den Richter gelten, der den Verkehr zu beurteilen, und vollends, wenn er ihm zu dienen hat.

§ 30. 1. du Chesne, RheinARV. **29** 37. Ist es unzulässig, das Grundbuchamt mit Alternativanträgen zu befassen, so ist es auch unzulässig, einen solchen Antrag in der Form von zwei selbständigen Anträgen beim Grund

buchamt anzubringen mit dem Anheimstellen, dem einen oder dem anderen Antrage zu entsprechen.

2. DJZ. **11** 343 (Darmstadt). Bei dem vom Anwalte des Gläubigers gestellten Antrag auf Eintragung einer Sicherungshypothek sind Antrag und Vollmacht formfrei.

3. BadNotZ. **11** 151 (LG. Karlsruhe). Auch der im Prozeßprotokolle genannte gegnerische Anwalt kann den Antrag auf Löschung stellen, ohne Vollmachtsnachweise vorzulegen.

§ 32. PosMSchr. **11** 102 (KG.). Die Zurücknahme des Antrags bedarf nach § 32 GBO. der Form des § 29 Satz 1 GBO. Das gleiche gilt von der Zurücknahme des durch den Notar nach § 15 GBO. gestellten Antrags. Das ist sowohl vom RG. (**RG. 60** 396, JDR. **4** zu § 32 Ziff. 1) wie auch schon wiederholt vom KG. (KGJ. **28** A 88, OLG. **10** 438, JDR. **4** zu § 32 Ziff. 2) ausgesprochen worden. .... Die Unwirksamkeit der Rücknahmeerklärung hat aber nicht die Zurückweisung dieser Erklärung zur Folge, sondern nur die Wirkung, daß über den rechtsunwirksam, also gar nicht zurückgenommenen Antrag zu entscheiden ist.

§ 33. PosMSchr. **11** 78 (KG.). Nach § 149 Satz 2 HGB. sind die Liquidatoren die Vertreter der aufgelösten Gesellschaft. Liquidatoren sind nach § 146 HGB. sämtliche Gesellschafter nur dann, wenn nicht die Liquidation durch Beschluß der Gesellschafter oder durch den Gesellschaftsvertrag einzelnen Gesellschaftern oder anderen Personen übertragen ist oder auf Antrag eines Beteiligten aus wichtigen Gründen die Ernennung anderer Liquidatoren durch das Gericht erfolgt. Wenn daher die bisherigen Gesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft über eine zum Gesellschaftsvermögen gehörige Hypothek verfügen, so müssen sie dem Grundbuchrichter nachweisen, daß sie Liquidatoren der in Liquidation befindlichen Gesellschaft sind oder daß die Liquidation durch eine andere Art der Auseinandersetzung ausgeschlossen ist (KGJ. **33** A 187). Ein solcher Nachweis wird auch dadurch nicht erübrigt, daß das Erlöschen der Firma in das Handelsregister eingetragen ist. .... Dieser Nachweis kann auch durch andere Beweismittel, als ein Handelsregisterzeugnis erbracht werden (KGJ. **24** A 96).

§ 34. 1. ElsLothJZ. **11** 608 (Colmar). Auch wenn dargetan ist, daß zur Zeit der Vereinbarung allgemeiner Gütergemeinschaft ein Grundstück schon im Eigentume des einen Ehegatten stand, ist doch noch die Möglichkeit gegeben, daß es durch Ehevertrag als Vorbehaltsgut erklärt wurde. Zum Nachweise der Zugehörigkeit des Grundstücks zum Gesamtgut ist darum noch der Beweis zu fordern, daß ein solcher Ehevertrag nicht besteht. An die Beweisführung für diese negative Tatsache dürfen andererseits keine zu strengen Anforderungen gestellt werden; auch allgemeine Erfahrungssätze sind zu berücksichtigen.

2. ElsLothNotZ. **11** 285 (LG. Straßburg). Die in Fahrnisgemeinschaft verheiratete Ehefrau ist, da sie in der Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt ist, berechtigt, ohne Zustimmung ihres Ehemanns in Surrogation ihres während der Ehe veräußerten eingebrachten Gutes (Sonderguts) Grundstücke zu ihrem Alleineigentume zu erwerben.

§ 36. I. Erbschein und Verfügung von Todes wegen. 1. ElsLothJZ. **36** 53 (Colmar). Zum Nachweise der Erbfolge ist im Grundbuchverkehr in der Regel die Vorlage des Erbscheins in Urschrift oder einer Ausfertigung erforderlich. Die Vorlage einer Abschrift des Erbscheins genügt namentlich dann nicht, wenn seit deren Erteilung bis zur Eintragung der beantragten Rechtsänderung ein längerer Zeitraum verstrichen ist.

2. OLG. **23** 344 (KG.). Die Möglichkeit, daß ein vorgelegtes Testament durch eine spätere Verfügung geändert ist, ist niemals von der Hand

zu weisen. Trotzdem läßt der § 36 die Führung des Nachweises der Erbfolge durch Vorlegung eines in öffentlicher Urkunde enthaltenen Testaments und des Eröffnungsprotokolls zu. Das Gesetz steht also nicht auf dem Standpunkte, daß die abstrakte Möglichkeit des Vorhandenseins einer späteren Verfügung die Beweiskraft eines Testaments ausschließt. Der Grundbuchrichter darf deshalb aus diesem Grunde die Vorlegung eines Erbscheins nur dann fordern, wenn er Anhaltspunkte dafür hat, daß eine spätere Verfügung vorliegt, durch die die Erbfolge geändert ist. Die Tatsache, daß das Testament 12 Jahre vor dem Tode des Erblassers errichtet ist, gewährt einen solchen Anhalt nicht. Dasselbe gilt, wie bereits der Beschluß vom 23. Januar 1907 (1 X. 40/07) ausgeführt hat, von dem Vorbehalte von Kodizillen in einem unter der Herrschaft des ALR. errichteten Testament (Anh. § 35 zu § 163 I. 12 ALR.), da dieser Vorbehalt regelmäßig in die damals errichteten Testamente aufgenommen zu werden pflegte, ohne daß daraus auf die Absicht zur Errichtung eines Kodizills geschlossen werden könnte.

3. **a**) ZBlFG. **12** 302 (KG.). Hat der Erblasser eine für seine Erben wirksame Vollmacht erteilt, so muß der Bevollmächtigte im Grundbuchverkehre dem Grundbuchrichter zunächst in der im § 36 GBO. vorgeschriebenen Form den Nachweis darüber führen, wer Erbe geworden ist, damit der Grunbuchrichter prüfen kann, ob die von dem Bevollmächtigten vorgenommenen Rechtshandlungen rechtlich wirksam sind oder nicht. Ebenso KG. 19. 6 11, SchlHolstAnz. **11** 343. **b**) NaumburgAK. **11** 86 (KG.). Das KG. hat ausgesprochen, daß, wenn ein Erblasser eine für seine Erben wirksame Auflassungsvollmacht erteilt hat, zur Eintragung des Eigentumsüberganges auf Grund der vom Bevollmächtigten erklärten Auflassung der Nachweis der Erbfolge durch Erbschein oder Verfügung von Todes wegen und, falls ein Miterbe minderjährig ist, auch die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich ist. An diesem Satze, der natürlich ebenso für jede andere Vollmacht solcher Art und jede andere Grundbucheintragung gilt, hält der Senat auch bei erneuter Prüfung fest.

II. Zeugnis über die fortgesetzte Gütergemeinschaft. 1. OLG. **23** 332 (Colmar). Allerdings findet in Rechtslehre und Rechtsprechung die aus der entsprechenden Anwendbarkeit des § 2353 BGB. abgeleitete Auffassung Vertretung, daß das Nachlaßgericht bei Erteilung des Zeugnisses über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft nach Maßgabe der nach § 1507 BGB. entsprechend anwendbaren Vorschriften über die Erteilung eines Erbscheins zu prüfen habe, ob neben den gemeinschaftlichen Abkömmlingen andere vorhanden sind, und, wenn sich wegen des Vorhandenseins anderer Abkömmlinge die Fortsetzung der Gütergemeinschaft nur auf einen Bruchteil des Gesamtguts beziehe, das Zeugnis über die Höhe dieses Bruchteils zu erteilen habe (KGJ. **34** A 229, Predari A. 14, Güthe 61 zu § 36 GBO., Oberneck II 547). Indessen zu unbestrittener Anerkennung ist diese Rechtsauffassung bisher nicht gelangt (v. Staudinger A. 2c, Planck 6a zu § 1507 BGB.). Es ist daher äußerst zweifelhaft, ob das Nachlaßgericht bei der Erteilung des hier vorliegenden Zeugnisses von diesem Grundsatz ausgegangen ist. Daraus allein, daß das Zeugnis ohne die Beschränkung auf einen Bruchteil des Gesamtguts erteilt ist, kann bei dem bloßen Schweigen des Zeugnisses über das Vorhandensein anderer als der gemeinschaftlichen Abkömmlinge nicht entnommen werden, daß das Nachlaßgericht das Nichtvorhandensein solcher in dem Zeugnisse bezeugen will. Behufs Führung dieses noch mangelnden Nachweises würde deshalb eine entsprechende Ergänzung des Zeugnisses herbeizuführen sein.

2. ElsLothJZ. **11** 608 (Colmar). Soll ein Grundstück für eine fortgesetzte allgemeine Gütergemeinschaft eingetragen werden, so hat das Grundbuchamt selbständig zu prüfen, ob ein Fall des § 1483 Abs. 2 BGB. nicht vorliegt. Das Zeugnis des Nachlaßgerichts gemäß § 1507 BGB., welches von dem Vorhandensein nicht

gemeinschaftlicher Abkömmlinge nichts erwähnt, entbindet ihn von dieser Prüfungspflicht nicht.

III. Testamentsvollstreckerzeugnis. 1. KGJ. **40** A 201 (KG.) Das sich seinem gesetzlichen Inhalte nach auf die Ernennung und den Umfang der Befugnisse des Testamentsvollstreckers beschränkende Testamentsvollstreckerzeugnis reicht zur grundbuchmäßigen Legitimation des Testamentsvollstreckers nicht aus, wenn dieser, was im Rahmen seiner Berechtigung, den Nachlaß zu verwalten, möglich ist, für die Erben ein Grundstück erwerben will. Es bedarf dann des Nachweises der Person der als Eigentümer einzutragenden Erben in der Form des § 36 Abs. 1 GBO.

2. KGJ. **40** A 196 (KG.). Vor der Annahme des Amtes kann der Testamentsvollstrecker über Nachlaßgegenstände nicht wirksam verfügen; auch der Erbe ist vor diesem Zeitpunkte zu einer solchen Verfügung nicht berechtigt.

§ 37. 1. RJA. **11** 149 (KG.). Nach der einen Ansicht ist in dem Zeugnisse lediglich die Übereignung der Hypothek an den Miterben zu bezeugen, während die andere Meinung dahin geht, daß die Erbfolge und das Vorliegen der Eintragungsbewilligungen der übrigen Erben darin bezeugt werden müsse (zu vgl. die Literaturzusammenstellung bei Güthe, GBO.² I 805 Anm. 13 zu § 37 GBO.). Welcher von beiden Ansichten der Vorzug zu geben sein möchte, bedarf hier nicht der Entscheidung. Denn wenn man auch mit den Vertretern der ersten Meinung annehmen wollte, daß die Übereignung der Hypothek an den Miterben zu bezeugen sei, so muß doch diese Übereignung stets auf einen Übertragungsakt der Erben selbst zurückzuführen sein; es darf daher, wenn das Zeugnis Gültigkeit beanspruchen will, nicht aus ihm selbst hervorgehen, daß diese Übereignung nicht auf einer Bewilligung der Erben, sondern einer dritten Person beruht. .... Das KG. läßt die Frage dahingestellt, ob der Grundbuchrichter befugt ist, ein formgerechtes Zeugnis um deswillen zu beanstanden, weil er weiß, daß es der wirklichen Rechtslage nicht entspricht, oder ob eine derartige Befugnis des Grundbuchamts im Anschluß an die hinsichtlich des § 36 GBO. vom KG. vertretene entgegengesetzte Ansicht zu verneinen ist.

2. Josef, R. **11** 135. Das nachlaßgerichtliche Zeugnis des § 37 GBO. kann eingezogen und für kraftlos erklärt werden (aM. Roß, DJZ. **10** 1231).

§ 39. I. Allgemeines. 1. BayRpflZ. **11** 486 (BayObLG.). Nach § 39 erfolgt in den Fällen, in denen nach gesetzlicher Vorschrift eine Behörde befugt ist, das Grundbuchamt um eine Eintragung zu ersuchen, die Eintragung auf Grund des Ersuchens der Behörde. Dadurch wird aber das Grundbuchamt nicht ermächtigt, jede von einer Behörde beantragte Eintragung ohne weiteres zu vollziehen, die Vorschrift macht den Vollzug von der Voraussetzung abhängig, daß die Behörde nach gesetzlicher Vorschrift zu dem Eintragungsantrage befugt ist, und legt damit dem Grundbuchamte die Pflicht auf, zu prüfen, ob der Behörde die Befugnis zum Eintragungsantrage nach gesetzlicher Vorschrift zukommt.

2. BayObLG. **11** 663. Das Recht und die Pflicht zur Prüfung der Anträge ist dem Grundbuchamte durch die Vorschrift des § 39 der GBO. nur soweit entzogen, als eine Behörde befugt ist, um eine Eintragung zu ersuchen.

II. Ersuchen der Enteignungsbehörde. R. **11** 812 (KG.). Die Zuständigkeit der Enteignungsbehörde zu dem Ersuchen um Eintragung des Eigentumsüberganges erstreckt sich auch auf das Ersuchen um Löschung (Nichtmitübertragung) der auf dem enteigneten Grundstück eingetragenen Rechte. Die Vorlegung der Briefe über die zu löschenden (nicht mitzuübertragenden) Hypotheken ist nicht erforderlich.

III. Ersuchen des Konkursgerichts. Fuld, Eigentümerhypothek im Konkurse, 47. Wird die Eigentümerhypothek vom Konkursverwalter freigegeben, so kann das Konkursgericht auf Antrag das Grundbuchamt um Löschung des

Konkursvermerkes ersuchen (§ 114 KO.); doch ist, da durch den Konkursvermerk das Grundbuch nunmehr unrichtig geworden ist (§ 894 BGB.) auch der Gemeinschuldner unter Beibringung des grundbuchmäßigen Nachweises (§ 29 GBO.) der Zustimmung des Konkursverwalters berechtigt, die Löschung des Vermerkes zu beantragen; handelt es sich um eine Eigentümerbriefhypothek, so bedarf es, da einer der Ausnahmefälle des § 42 GBO. nicht gegeben ist, außerdem der Vorlegung des Briefes, dessen Herausgabe der Gemeinschuldner vom Konkursverwalter nötigenfalls im Zwangswege erwirken kann.

IV. Ersuchen der Generalkommission. 1. **RG.** R. **11** 420. Hat in dem Verfahren über den Abschluß des Rezesses hinsichtlich des Eigentums an der Fläche überhaupt kein Streit bestanden und ist der Rezeß von den Beteiligten freiwillig vollzogen worden, so hat der so zum Abschlusse gelangte Rezeß, abgesehen von der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung gemäß § 169 VO. vom 20. Juni 1871, nicht die Wirkungen eines rechtskräftigen Erkenntnisses, sondern nur die Eigenschaft eines Vertrags, der zum Inhalte hatte, daß die Teilnehmer sich gegenseitig die an die Stelle des in die Gemeinheit Eingeworfenen tretenden Abfindungen zuwiesen (OTr. **28** 247, **36** 102, StriethA. **39** 220, PrOVG. **14** 242, **RG. 22** 363). Diese Zuweisung bewirkte zwar, daß ein Umtausch ohne weiteres derart stattfand, daß die Abfindung in den bisherigen Rechtszustand des Eingeworfenen eintrat (**RG. 2** 328, StriethA. **39** 222). Der Teilnehmer erlangte aber an der Abfindung nicht etwa mehr Rechte als ihm solche an dem Eingeworfenen bisher zustanden. War er nicht Eigentümer des Eingeworfenen, so erwarb er auch nicht Eigentum an der Abfindung, und zwar selbst dann nicht, wenn er in dem Verfahren als Eigentümer angesehen worden war; das Recht des wahren Eigentümers blieb unberührt.

2. KGJ. **40** A 118 (KG.). Die Generalkommission, durch deren Vermittelung ein Rentengut im Wege der Konsolidation errichtet wird, ist befugt, das Grundbuchamt um die Vormerkung einer Rentenbankrente auf das eigene (zum Rentengute mitzuverwendende) Grundstück des künftigen Rentengutsbesitzers zu ersuchen. Das Grundbuchamt darf die Ausführung des Ersuchens nicht von der Beibringung einer Eintragungsbewilligung des Eigentümers des zu belastenden Grundstücks abhängig machen.

3. R. **11** 810 (KG.). Ist die Begründung eines Rentenguts durch Vermittelung der Generalkommission erfolgt, so ist diese befugt, das Grundbuchamt um die lastenfreie Abschreibung eines zum Rentengut ausgegebenen oder durch ein Nebengeschäft veräußerten Grundstücks zu ersuchen. Das Grundbuchamt darf die Ausführung des Ersuchens nicht von der Beibringung einer Löschungsbewilligung des Gläubigers einer auf dem abzuschreibenden Grundstücke lastenden Hypothek oder eines Unschädlichkeitszeugnisses abhängig machen (vgl. KGJ. **36** A 186, **40** A 118).

4. R. **11** 307 (Cöln). Die Befugnis der Generalkommission zu dem Ersuchen um Eintragung des im § 59 VO. vom 30. Juni 1834 (GS. 96) vorgesehenen Sperrvermerkes besteht auch im Geltungsgebiete des rheinischen Rechtes. Der Grundbuchrichter darf das Ersuchen nicht aus dem Grunde beanstanden, daß nach § 6 G. vom 24. Mai 1884 (GS. 156) eine Abfindung des Teilnehmers am Zusammenlegungsverfahren in Geld unzulässig sei. Die Frage dieser Zulässigkeit steht unter der alleinigen Verantwortung der Generalkommission.

§ 40. 1. FrankfRundsch. **41** 202 (Frankfurt). Nicht jede Eintragung unterliegt der Beschränkung des § 40 GBO., sondern nur eine solche, durch die das Recht des Betreffenden geändert wird oder, wenn eine Grundbuchberichtigung in Frage steht, welche die grundbuchmäßige Beurkundung einer bereits eingetretenen Rechtsänderung zum Gegenstande hat. Eine solche Rechtsänderung liegt bei der

einfachen Fortschreibung des Grundstücks in mehrere reale Teile die zusammen den Bestand des Stammgrundstücks ergeben, nicht vor.

2. FrankfRundsch. **41** 201 (Frankfurt). § 40 GBO. verlangt nicht, daß der Betroffene mit Namen im Grundbuch eingetragen ist; aber seine Rechte müssen sich aus dem Grundbuch ergeben, und er muß so deutlich bezeichnet sein, daß seine Identität außer Frage steht.

3. Groß, WürttZ. **11** 161 ff. Wird das Geschäft, eine zweigliedrige offene Handelsgesellschaft, im Falle ihrer Auflösung und Übernahme der Aktiven und Passiven in ihrer Gesamtheit durch einen Gesellschafter unter der bisherigen Firma, die im Grundbuch eingetragen ist, übernommen, so erscheint eine Grundbuchberichtigung im Sinne des § 894 BGB. nicht geboten. Denn die im Grundbuch eingetragene Firma bezeichnet als Grundstückseigentümer ihren jetzigen Alleininhaber ebenso wie die früheren Gesellschafter; das Grundbuch ist nicht unrichtig, der nunmehrige Alleineigentümer gilt im Sinne des § 40 Abs. 1 GBO. als eingetragen. . . . . Dagegen erscheint Grundbuchberichtigung notwendig, wenn das Geschäft nicht unter der bisherigen Firma übernommen wird. Denn der nunmehrige Alleineigentümer wird durch die Firma, die die früheren Gesellschafter bezeichnet, nicht gedeckt.

4. Fuld aaO. 47. Bei Vornahme von Verfügungen über die Eigentümerhypothek durch den Konkursverwalter kann — nach der Rechtsprechung des KG. — von der sonst regelmäßig geforderten Eintragung des Eigentümers (§§ 40 f. GBO.) abgesehen werden. Praktische Bedeutung kann dies jedoch nur in den Fällen erlangen, in denen eine Eigentümerbriefhypothek in Frage steht, da die bei Vorhandensein einer Eigentümerbuchhypothek zutage tretende Notwendigkeit der Eintragung des Konkursvermerkes schon an sich auch stets die Eintragung des Eigentümers als Berechtigten erfordert. Man wird ferner dieser dem Verkehr entgegenkommenden Anschauung nur da sich anschließen können, wo es sich um translative (z. B. Übertragung), nicht um konstitutive Verfügungen (z. B. Verpfändung) über die Eigentümerhypothek handelt, da sonst das Grundbuch seinen Zweck — in seinen Eintragungen ein genaues Bild der tatsächlichen Rechtslage widerzuspiegeln — durchaus verfehlen würde.

§ 41. I. Vor- und Nacherbe. 1. KGJ. **40** A 174, SeuffBl. **11** 249 (KG.). Der Grundsatz, daß die Unentgeltlichkeit einer Verfügung des Vorerben durch die Sachlage regelmäßig dann ausgeschlossen wird, wenn die Bewilligung des Vorerben Bestandteil eines zweiseitigen entgeltlichen Geschäfts ist (KGJ. **38** A 223), gilt für alle zweiseitigen Geschäfte, also auch für die einseitigen Verträge. Bei einseitigen Verträgen ist nur besonders sorgfältig zu prüfen, ob die Regel Platz greift oder ob nicht durch die besondere Lage des Falles eine Ausnahme bedingt wird.

2. RJA. **11** 123 (KG.). Eines in der Form des § 29 Satz 2 GBO. zu führenden Nachweises der Entgeltlichkeit bedarf es dann nicht, wenn die Entgeltlichkeit des Geschäfts bei Gericht offenkundig ist oder sich, was gemäß neueren Entscheidungen des RG. (**RG. 69** 258, ZBlFG. 8 554) dem gleichzustellen ist, aus der Natur der Sache oder der Sachlage ergibt. Das letztere ist nach dem vom KG. 5. 7. 09 (KGJ. **38** A 223) aufgestellten und seitdem wiederholt angewandten Grundsatze regelmäßig dann anzunehmen, wenn eine Eintragungsbewilligung des Vorerben Bestandteil eines zweiseitigen entgeltlichen Geschäfts ist. Das gleiche gilt, wenn die von einem Vorerben erklärte Auflassung auf einem zweiseitigen entgeltlichen Geschäfte beruht, wie es hier in dem von den Beteiligten bei der Auflassung überreichten notariellen Kaufvertrage beurkundet ist.

3. OLG. **23** 342 (KG.). Auch die ohne Gewährung eines besonderen Entgelts erklärte Enthaftung ist ein entgeltliches Geschäft, wenn eine Gegenleistung für sie dadurch geleistet wird, daß das enthaftete Trennstück von dem Eigentümer der Be-

nutzung für die Anlegung einer öffentlichen Straße zugeführt und dadurch der Wert des für die Hypothek noch haftenden Restgrundstücks gesteigert wird. Demnach fällt die Notwendigkeit der Zustimmung der Nacherben zu der Enthaftungserklärung der befreiten Vorerbin, als zu einer entgeltlichen Verfügung, fort.

4. ElsLothNotZ. **11** 197, ElsLothJZ. **11** 381 (Colmar). Liegt der Auflassung ein Kaufvertrag zugrunde, so enthält dieser keinen zwingenden Beweis der Entgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts, wenn er bei dem offenbar nahen Verwandtschafts- und Schwägerschaftsverhältnisse der Beteiligten und mangels weiterer Angaben über das Rechtsverhältnis sehr wohl ein unentgeltliches Rechtsgeschäft verdecken kann.

5. MecklZ. **29** 293 (Rostock). Der befreite Vorerbe hat, wenn einem von ihm allein gestellten Antrag auf Umschreibung eines Nachlaßgrundstücks stattgegeben werden soll, entweder die Unentgeltlichkeit nachzuweisen oder durch gleichzeitige Erwirkung der Eintragung der Nacherben deren Rechte zu wahren; anderenfalls bedarf es der Beibringung der Zustimmung der Nacherben. Von diesen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, insbesondere des RG., anerkannten, auch von dem Beschwerdesenat in der MecklZ. **23** 35 vertretenen Rechtsgrundsätzen ist auch die neuere Rechtsprechung keineswegs abgegangen, sondern sie hat (vgl. **RG. 69** 257) nur in betreff der Anforderungen, welche an den Nachweis der Unentgeltlichkeit zu stellen sind, einen weniger strengen Standpunkt eingenommen als früher. Im vorliegenden Falle ist aber in den vorigen Instanzen irgendein Beweis dafür, daß es sich um keine unentgeltliche Verfügung handle, nicht angetreten, und der Umstand, daß nach der Abtretungsurkunde eine Ersparnisanstalt die Erwerberin der Grundschuld war, ist keineswegs hinreichend, um die Unentgeltlichkeit für offenkundig zu halten.

6. OLG. **23** 341 (KG.). Die Unentgeltlichkeit wird regelmäßig dann durch die Sachlage ausgeschlossen sein, wenn ein Notar gemäß Artt. 53, 54, 56 PrFGG. bezeugt, daß das Entgelt an den Vorerben gezahlt ist (s. JDR. **9** zu § 41 Ziff. I 2).

7. OLG. **21** 411 (KG.). Einer Zustimmung der Nacherben gemäß § 2113 Abs. 2 BGB. bedarf es nicht, wenn nicht vom Vorerben, sondern zu dessen Gunsten über ein Nachlaßgrundstück verfügt wird.

8. SeuffBl. **11** 248 (KG.). Die einseitige Erklärung des befreiten Vorerben allein genügt nicht zum Nachweise der Entgeltlichkeit einer Verfügung.

9. Die Entsch. des KG. in JDR. **9** zu § 41 Ziff. I 2 jetzt auch KGJ. **40** A 180, OLG. **23** 340 und SeuffBl. **11** 251.

10. NaumburgAK. **11** 63 (LG. Halle). Nachweis der Unentgeltlichkeit bei Verfügungen des befreiten Vorerben im Grundbuchverkehr in Übereinstimmung mit der neuen Rechtsprechung des KG.

11. Minden, ZBlFG. **12** 222. Die Beziehungen des Vorerben und Nacherben im Grundbuchverkehre.

12. Kretzschmar, SächsRpflA. **11** 337. Der befreite Vorerbe.

13. Kretzschmar, ZBlFG. **12** 1. Die Verfügungsmacht des Vorerben.

14. Hothorn, Die Rechtsstellung des befreiten Vorerben, 181. Das Grundbuchamt muß jedem Antrag auf Grund einer Bewilligung des befreiten Vorerben stattgeben, selbst wenn er auf Grund eines lukrativen Titels erfolgt; das Grundbuchamt hat sich mit anderen Worten gar nicht darum zu kümmern, welche wirtschaftlichen Veränderungen durch die Verfügung im Vorerbenvermögen hervorgerufen werden. Der Nacherbvermerk verdient Berücksichtigung nur für Zwangsverfügungen und für den Wegfall des Vorerben. In allen anderen Fällen, also stets wenn eine vom Vorerben ausgehende rechtsgeschäftliche Verfügung vorliegt, ist der Nachweis als erbracht anzusehen, daß

die eben nur auf jene Fälle: Zwangsverfügungen und Wegfall des Vorerben sich beziehende, in dem Nacherbvermerke bestehende Verfügungsbeschränkung gegenstandslos und das Grundbuch insoweit unrichtig geworden ist, und ist gemäß § 22 GBO. die Löschung des Vermerkes vom Grundbuchamt auf Antrag vorzunehmen.

15. Güthe, DNotV. **11** 9, gibt zunächst einen Überblick über den gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung in der Vorerbenfrage und führt sodann folgendes aus: Mit der Entsch. des **RG. 69** 257 ist der frühere starre Standpunkt der obersten Gerichtshöfe, den man den mathematischen nennen kann, zugunsten des gegenteiligen, den Lebensverhältnissen Rechnung tragenden juristischen Standpunkts mehr und mehr eingeschränkt worden. Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß zwischen der oberstrichterlichen Auffassung und der herrschenden Meinung immer noch ein grundsätzlicher Gegensatz besteht. Nach der herrschenden Meinung genügt zum Nachweise der Entgeltlichkeit die bloße Erklärung des befreiten Vorerben über den Empfang des Entgelts, falls nicht besondere Umstände gegen die Richtigkeit der Erklärung sprechen, nach der Ansicht des KG. genügt die Erklärung des Vorerben nur dann, wenn besondere Umstände für ihre Richtigkeit sprechen. Der juristische Standpunkt geht von der Erkenntnis aus, daß der Grundbuchrichter in vielen Fällen an Stelle eines zwingenden Nachweises sich mit aus allgemeinen Lebenserfahrungen hergeleiteten Erwägungen zu begnügen hat, wenn er nicht den Grundbuchverkehr lahmlegen oder über Gebühr erschweren will. Diese Erkenntnis hat zu der Vorschrift des § 19 GBO. geführt. Sie hat in zahlreichen anderen Fällen unter Billigung der obersten Gerichtshöfe, insbesondere des KG., zu Ergebnissen geführt, die in der Zugrundelegung von keineswegs zwingend bewiesenen Tatsachen bestehen. . . . . Auch das RG. (**RG. 65** 222) ist der Ansicht, daß Verfügungen des Testamentsvollstreckers, des Vaters, des Vormundes und des gütergemeinschaftlichen Mannes, also solcher Personen, denen gleichfalls unentgeltliche Verfügungen untersagt sind (§§ 2205 Satz 3, 1641, 1804, 1446 BGB.), hinsichtlich des Nachweises der Entgeltlichkeit anders ständen als der befreite Vorerbe. Das RG. stützt diese Ansicht auf die Erwägung, daß Verwalter fremder Vermögen erfahrungsmäßig nur selten zum Nachteile der von ihnen Vertretenen handelten und daß das Gesetz den Nacherben besonders habe schützen wollen. Was die erste Erwägung anbetrifft, so mag ihre Richtigkeit an sich dahingestellt bleiben, und man mag auch noch zugeben, daß die Verschenkung des eigenen Vermögens durch den Vorerben häufiger sei als die Verschenkung fremden Vermögens durch dessen Verwalter. Aber es handelt sich hier gar nicht um Schenkungen des Vorerben im allgemeinen, sondern hier handelt es sich nur um solche Schenkungen, die der Vorerbe trotz seiner Erklärung, daß die Verfügung keine Schenkung sei, vorgenommen hat, die der Vorerbe also im Bewußtsein, daß er die Rechte des Nacherben rechtswidrig verletzt, durch eine unwahre Erklärung zu verschleiern sucht. Daß ein solcher Fall mindestens ebenso selten ist wie der Fall, daß ein Testamentsvollstrecker usw. das ihm anvertraute Vermögen angreift, kann füglich nicht bezweifelt werden: denn zu der Rechtswidrigkeit der Verfügung tritt hier noch der Schaden hinzu, den der Vorerbe durch die Schenkung seinem eigenen Vermögen zufügt. Spricht also eine Erfahrungstatsache zugunsten des Testamentsvollstreckers usw., so ist sie mit mindestens demselben Rechte für den befreiten Vorerben in Anspruch zu nehmen. Ebenso hinfällig ist der zweite Grund des RG. Das Gesetz will in erster Linie nichts anderes, als die Durchführung des Willens des Erblassers ermöglichen. Wenn es trotz der Befreiung des Vorerben diesem entgeltliche Verfügungen untersagt, so wird auch dies von den Mot. (V 129) auf den Willen des Erblassers zurückgeführt. Wichtiger aber ist, daß durch die Anordnung der Befreiung der Erblasser das Vertrauen, das

er dem Vorerben schenkt, zum deutlichen Ausdrucke bringt und damit auch dem Grundbuchrichter die Anweisung gibt, dem Vorerben insoweit Vertrauen zu schenken, als das Gesetz nicht eine ausdrückliche Schranke aufgerichtet hat. Nicht einen besonderen Schutz des Nacherben bezweckt demnach das Gesetz, sondern eine möglichst weitgehende Durchführung des Willens des Erblassers. Es muß daher mit der herrschenden Meinung angenommen werden, daß der Grundbuchrichter auf Grund der Erklärung des Vorerben, daß die Verfügung eine entgeltliche sei, z. B. auf Grund seiner Quittung oder seiner Erklärung, Abtretungsentgelt erhalten zu haben, die Löschung oder Übertragung des Rechtes — andere Verfügungen kommen nicht in Betracht — ohne vorherige Eintragung des Nacherben und ohne dessen Zustimmung eintragen muß, falls ihm nicht Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit, z. B. ein nahes Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem Vorerben und dem Begünstigten, bekannt sind.

II. Das sonstige Anwendungsgebiet des § 41. 1. SeuffA. **66** 302, SeuffBl. **10** 784 (KG.). Die Erbauseinandersetzung ist, soweit sie ein zur Erbschaft gehörendes Grundstücksrecht betrifft, eine Verfügung über dieses im Sinne des § 2113 Abs. 1 BGB. jedenfalls dann, wenn das Recht einem anderen Erben als dem Vorerben überwiesen wird. Denn der Vorerbe gibt dadurch das ihm bisher kraft der Erbengemeinschaft zustehende Recht an diesem Grundstücksrecht auf, und durch eine solche Verfügung wird auch das Recht des Nacherben vereitelt, das in seiner Anwartschaft auf das Recht des Vorerben besteht. Es bedarf daher die Verfügung des Vorerben zu ihrer Wirksamkeit nach § 2113 Abs. 1 BGB. der Zustimmung des Nacherben.

2. OLG. **23** 329 (KG.). Der § 41 Abs. 1 ist nicht seinem Wortlaute nach auf den Fall der Beerbung des eingetragenen Berechtigten zu beschränken, sondern auf das erbähnliche Verhältnis, daß an die Stelle einer untergehenden juristischen Person im Wege der Gesamtrechtsnachfolge eine neue juristische Person tritt, sinngemäß anzuwenden. Die Möglichkeit einer ausdehnenden Auslegung des § 41 wird durch seine Eigenschaft als Ausnahme nicht ausgeschlossen. Eine Ausnahme kann allerdings nur innerhalb des Gebiets der Regelvorschrift angewendet werden. Die Grenzen der Anwendbarkeit innerhalb dieses Gebiets aber sind nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen festzuhalten. Dabei gilt auch der Satz, daß nicht am Wortlaute des Gesetzes gehaftet, sondern der ihm zugrunde liegende Gedanke verwirklicht werden soll. Die Ausnahme reicht danach im Zweifel so weit wie die aus dem Gesetz erkennbaren Gründe ihrer Zulassung (**RG. 53** 300, 303).

3. ZBlFG. **11** 546, SeuffA. **66** 175 (Dresden). Die Vorschrift des § 41 Abs. 1 GBO. ist eine Ausnahmevorschrift, die sich auf den Fall der Erbfolge beschränkt und die daher nicht so ohne weiteres auf andere Fälle einer Gesamtnachfolge angewendet werden kann. Die Ausdehnung der Vorschrift ist nur etwa auf die Fälle der Gesamtnachfolge des Fiskus in das Vermögen eines Vereins oder einer Stiftung nach §§ 46, 88 BGB. zulässig, weil hier die Vorschriften über eine dem Fiskus als gesetzlichen Erben anfallende Erbschaft entsprechende Anwendung finden (vgl. Oberneck [4] I 238 Ziff. 2 a; Fuchs-Arnheim, Anm. 7 zu § 41 GBO.; KGJ. **35** A 289). Der weitergehenden Ansicht von Predari (GBO. 580) kann nicht beigetreten werden. Der § 41 ist daher auf eine Gesamtrechtsnachfolge durch Einverleibung einer Gemeinde in eine andere nicht anwendbar.

4. ElsLothJZ. **11** 604, ElsLothNotZ. **11** 325 (Colmar). Wenn einer der Miterben seinen Anteil an dem Erbteile des verstorbenen Miterben verkauft, so kann die Eintragung des Erbschaftskäufers nur erfolgen, wenn zuvor die sämtlichen Miterben des Veräußerers und dieser selbst im Grundbuch eingetragen sind.

§ 42. 1. Voß, ZBlFG. **11** 717—733 (727). Der Eigentümer hat im Falle des § 1179 BGB. in seiner Eigenschaft als Eventualgläubiger der Eigentümer-

grundschuld ein Recht auf Verwendung des Hypothekenbriefs zur Eintragung der Vormerkung. Der Löschungsberechtigte kann dies Recht auf Grund der Abtretung oder der Pfändung und Überweisung geltend machen. AM. KG., OLG. **18** 181.

2. SchlHolstAnz. **11** 111 (Kiel). Ist die einstweilige Verfügung zur Sicherung des Anspruchs eines Anfechtungsberechtigten auf Befriedigung aus einer für den Antragsgegner eingetragenen Hypothek gerichtet, so bedarf es der Vorlegung des Briefes.

3. KGJ. **40** A 328 (KG.). Nach § 83 PrGBO. vom 5. Mai 1872 gelangte ein Teilhypothekenbrief bereits durch Herstellung einer beglaubigten Abschrift des Hauptbriefs in Verbindung mit den durch § 83 Abs. 1 vorgeschriebenen Vermerken zur Entstehung. Nicht nötig waren hierzu die Eintragung der Teilabtretung sowie die im § 83 Abs. 2 vorgeschriebenen Vermerke, insbesondere der Nochgültigkeitsvermerk auf dem Hauptbriefe. Ist gemäß § 83 Abs. 1 aaO. ein Teilbrief wirksam hergestellt worden, so muß in jedem Falle, in dem der Hauptbrief nach dem 1. Januar 1900 dem Grundbuchamte vorgelegt wird, dieses den Nochgültigkeitsvermerk, wenn ein solcher noch nicht vorhanden ist, auf den Brief setzen.

§ 47. 1. RJA. **11** 154, OLG. **23** 327 (KG.). Der Eigentümer, der der pfandfreien Übertragung eines aus der Mithaft für eine Gesamthypothek entlassenen Grundstücks auf das Blatt des Erwerbers zustimmen muß, scheint derjenige zu sein, dem das Grundstück zur Zeit der Abschreibung gehört, d. h. der veräußernde Eigentümer. Allerdings wird gerade für den Fall der Veräußerung die Ansicht vertreten, daß es der Zustimmung dieses Eigentümers nicht bedarf (so Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht [3] II 342 Anm. 4 zu § 47, auch Predari, GBO. 612; andererseits Güthe, GBO. [2] 926 Anm. 13 zu § 47). Indessen kann diese Frage auf sich beruhen bleiben. Denn hier ist namens des erwerbenden Eigentümers die Zustimmung zu der Löschung erteilt, und dies muß mindestens als ausreichend angesehen werden. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen. Würde die Hypothek auf das abgeschriebene Grundstück mitübertragen werden, so ist nicht zweifelhaft, daß sofort nach der Mitübertragung der als Eigentümer des abgeschriebenen Grundstücks eingetragene Erwerber die Löschung der Hypothek dadurch herbeiführen könne, daß er der von dem Gläubiger ausgestellten Löschungsbewilligung zustimmt und die Löschung beantragt. Denn zu der Löschung der Gesamthypothek auf dem einen der belasteten Grundstücke bedarf es nach § 1183 BGB. und § 27 Abs. 1 GBO. nur der Zustimmung des Eigentümers dieses Grundstücks. Genügt aber die Zustimmung dieses Eigentümers unmittelbar nach der Mitübertragung der Hypothek, so muß sie auch dann genügen, wenn die Löschung gleichzeitig mit der Eintragung dieses Eigentümers erfolgen, wenn also die Mitübertragung der Hypothek unterbleiben soll. Denn in dem Augenblick, in dem der Erwerber der abgeschriebenen Parzelle als deren Eigentümer eingetragen wird, verliert der Veräußerer das Eigentum an dieser Parzelle und damit die Befugnis, die Zustimmung zu der Aufhebung der Hypothek zu geben. In dem gleichen Augenblicke geht diese Befugnis auf den Erwerber über, so daß dessen Zustimmungserklärung mit seiner Eintragung als Eigentümer wirksam wird (§ 185 Abs. 2 BGB.). Daher kann gleichzeitig mit dieser Eigentumseintragung die Löschung vorgenommen werden, wenn der Erwerber zugestimmt hat. Ob hiernach die Zustimmung des Veräußerers auch genügt oder niemals ausreichend ist, bedarf hier keiner Entscheidung.

2. R. **11** 810 (KG.). Die gemäß § 1 G. vom 15. Juli 1890 (GS. 226) erfolgte Ausstellung eines Unschädlichkeitszeugnisses hat die Wirkung, daß die zu einem öffentlichen Zwecke unentgeltlich abgetretenen Trennstücke frei von allen Hypotheken, auch von denjenigen, die erst nach Ausstellung des Zeugnisses eingetragen sind, vom Hauptgut abgeschrieben werden dürfen.

§ 48. 1. a) OLG. **23** 335 (Hamburg). § 48 gilt auch bei einer auf behördliches Ersuchen (§ 39 GBO., § 130 ZVG.) erfolgenden Eintragung .... Auch durch die Rechtskraft des Zuschlags und der Übertragung der Forderung gegen den Ersteher auf die Berechtigten gemäß § 118 ZVG. ist das Vollstreckungsgericht nicht behindert, der Aufforderung des Grundbuchamts zu entsprechen und dem § 48 zu genügen..... Das Vollstreckungsgericht hat die selbständige Verpflichtung, die im § 128 ZVG. vorgeschriebene Eintragung einer Sicherungshypothek für die gedachte Forderung des Berechtigten, dessen sonst erforderlicher Antrag dadurch ersetzt wird, nach § 130 ZVG. ordnungsmäßig in die Wege zu leiten. Eine materielle Abänderung erfolgt nicht, wenn die unbestimmte, dem § 48 GBO. nicht genügende Angabe „zur gesamten Hand" ordnungsmäßig erläutert wird. Es wird daher dem Vollstreckungsgericht obliegen, das zwischen den beiden Hypothekberechtigten bestehende Gemeinschaftsverhältnis festzustellen und danach die Eintragung in das Grundbuch herbeizuführen. b) HansGZ. **11** Beibl. 259 (Hamburg). Die Frage, ob § 48 GBO. auch bei einer auf Grund behördlichen Ersuchens (§ 39 GBO.) erfolgenden Eintragung Beachtung erheischt, muß bejaht werden.

2. *Kaufmann, Eigentum am Gesellschaftsvermögen, 75. Bestehen zwischen denselben Personen mehrere Gesamthandgemeinschaften, so ist es notwendig, sie nicht nur „als Gesellschafter" oder „als Miterben", sondern ausdrücklich „als Gesellschafter des Kegelklubs Alle Neune" oder „als Miterben nach dem am soundsovielten verstorbenen X." einzutragen. Werden Grundstücke zwischen diesen verschiedenen Gemeinschaften hin und hergeschoben, so ist erforderlich und genügt eine „Berichtigung" des Grundbuchs.

3. *Vogel, SeuffBl. **11** 149 ff. Bei den ehelichen und sonstigen Gütergemeinschaften gemäß §§ 1438—1557 BGB. (s. hierüber § 1438 BGB.) ist das maßgebende Rechtsverhältnis im Sinne des § 48 GBO. genügend bezeichnet, wenn die im Gesetz angegebene Bezeichnung (allgemeine Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft, Fahrnisgemeinschaft — eheliche Gütergemeinschaften —, fortgesetzte Gütergemeinschaft) gewählt und in den anderen Fällen die Gütergemeinschaft unter Anführung der maßgebenden Paragraphen des BGB. aufgeführt wird (z. B. N. N., Eigentümer in der Gütergemeinschaft nach §§ 1471, 1472 BGB.). Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß das Gemeinschaftsverhältnis bei allen Rechten eingetragen werden kann, die in das Gesamtgut fallen. Aufführung der in das Gesamtgut fallenden und der von der Gemeinschaft ausgeschlossenen Rechte (→ zu diesen gehört auch nach § 719 BGB. der Anteil an einem Gesellschaftsvermögen, wenn dieses Grundstücke oder Rechte an Grundstücken umfaßt ←). Die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Teilhaber an der Gütergemeinschaft ist notwendig, wenn eine Eintragung erfolgen soll. Das Verwaltungsrecht des Ehemanns oder des überlebenden Ehegatten nach §§ 1443, 1487 BGB. verschafft diesem nicht die Befugnis, für die Frau oder die Abkömmlinge die Zustimmungserklärung gemäß § 22 Abs. 2 GBO. abzugeben.

4. Bleckmann, R. **11** 378. Wenn die Eintragung von Bruchteilen beim Miteigentum an einem Grundstück unter dem alten Rechte unterblieben ist, so wird man, wenn nicht besondere Gegengründe vorhanden sind, mit Fug annehmen dürfen, daß den Teilhabern gleiche Anteile zustehen, so daß die Berichtigung (Vervollständigung) des Grundbuchs ohne weitere Bewilligung oder gar Auflassung kurzer Hand gemäß § 22 GBO. bewirkt werden kann.

5. *H. Schmitt, BayRpflZ. **11** 52 ff. § 48 gilt auch für Wegegrundstücke, die im Miteigentume der jeweiligen Eigentümer bestimmter Grundstücke stehen (Art. 43 BayÜbG.). Für die Berechnung der Bruchteile wird mit Rücksicht auf § 748 BGB., soweit nicht ein anderes vereinbart ist, in der Regel

das Verhältnis des Flächeninhalts der einzelnen Hauptgrundstücke maßgebend sein, deren Interesse der Weg dient.

6. a) FrankfRundsch. **41** 205 (Frankfurt). Nach § 48 GBO. muß das für eine Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis zwar bezeichnet werden; der Nachweis des wirklichen Bestehens des angegebenen Gemeinschaftsverhältnisses ist aber grundsätzlich nicht erforderlich. b) RheinARB. **11** 103 (LG. Cöln). Es ist nicht zu prüfen, ob das materielle Rechtsverhältnis bezüglich der Hypothekengläubiger von dem die Eintragung der Hypothek Bewilligenden richtig angegeben ist.

§ 52. I. Anwendungsgebiet des § 52. 1. SeuffBl. **10** 784, SeuffA. **66** 302 (KG.). Die Ansicht, daß der § 52 auch dann anwendbar sei, wenn der Vorerbe, ohne eingetragen zu sein, verfügt (vgl. Güthe, GBO. § 41 Anm. 5, Planck, BGB.[3] V 432, Strohal, Erbrecht II § 63 Anm. 4, Dernburg, BGB. V § 58 Anm. 10), kann nicht gebilligt werden. Denn da der Vorerbe der einzige ist, der an der Eintragung des Nacherben ein Interesse hat, weil durch diese Eintragung die Zustimmung des Nacherben erübrigt wird, so liegt kein Grund vor, entgegen dem Wortlaute des § 52 GBO. zu seinen Gunsten von Amts wegen tätig zu werden. Außerdem spricht gegen jene Ansicht, daß durch eine Eintragung von Amts wegen möglicherweise eine Unrichtigkeit des Grundbuchs entstehen würde. Denn das Recht des Nacherben müßte auch dann eingetragen werden, wenn es sich um Verfügungen des Vorerben über Grundstücksrechte handelte, durch die das Recht des Nacherben nicht vereitelt oder beeinträchtigt würde. Durch die Eintragung würde also in einem solchen Falle ein Recht des Nacherben verlautbart werden, das ihm gar nicht zusteht, und das Grundbuch würde infolgedessen unrichtig werden.

2. KGJ. **40** A 190 (KG.). Die §§ 52, 53 GBO. finden auch dann Anwendung, wenn es sich um Grundstücke oder Rechte an Grundstücken handelt, die nicht zur Erbschaft gehören, sondern durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft für diese erworben sind.

3. KGJ. **40** A 190 (KG.). § 52 GBO. findet auch auf die vor dem 1. Januar 1900 eingetretenen Erbfälle Anwendung (KGJ. **20** A 81, **23** A 129; im wesentlichen ebenso schon das frühere Recht vgl. KGJ. **16** 63).

4. SeuffA. **66** 382, RJA. **11** 147, OLG. **23** 336 (Rostock). Bei Eintragung des Vorerben im Grundbuche sind auch die Rechte eines Ersatznacherben mit einzutragen. S. JDR. **7** zu § 52 Ziff. 1.

5. SeuffA. **66** 382, OLG. **23** 336 (Rostock). Nach § 52 GBO. ist bei der Eintragung eines Vorerben von Amts wegen zugleich das Recht des Nacherben einzutragen. Da aber der Antrag der Beschwerdeführer einheitlich darauf gerichtet ist, die Vorerben einzutragen, unter Weglassung der Ersatznacherben, so ist das Grundbuchamt trotz des § 52 nicht befugt, sich über den Widerspruch der Antragsteller hinwegzusetzen (vgl. Güthe, GBO. § 52 Bem. 15 unter IV 1 Abs. 2), sondern es steht der Gewährung des Antrags auf Eintragung der Vorerben ein Hindernis entgegen, wenn es richtig ist, daß unter den Nacherben des § 52 auch Ersatznacherben zu verstehen sind (s. oben Ziff. 4).

6. KGJ. **40** A 190 (KG.). Der Grundbuchrichter darf den im § 52 angeordneten Vermerk nur eintragen, wenn ihm seine Richtigkeit durch Vorlegung geeigneter Urkunden (Erbscheine, letztwillige Verfügungen) nachgewiesen ist; mit der bloßen Erklärung der Beteiligten darf er sich nicht begnügen.

II. Inhalt des Vermerkes. 1. OLG. **23** 338 (KG.). Eine möglichst genaue Bezeichnung des Nacherben im Erbschein und in der Eintragung nach § 52 GBO. ist nicht nur im Interesse des Nacherben, sondern auch des Vorerben geboten. Wenn aber nur die zur Zeit des Eintritts der Nach-

erbfolge lebenden ehelichen Abkömmlinge Nacherben werden sollen, so steht zurzeit überhaupt noch nicht fest, wer Nacherbe ist, auch soweit es sich um die Rechte während der Dauer der Vorerbschaft handelt. .... Die Nacherben können daher gegenwärtig überhaupt nicht mit Namen bezeichnet werden. Daraus folgt, daß in einem dem Vorerben etwa nach § 2363 BGB. zu erteilenden Erbscheine die Person der Nacherben nur mit einer allgemeinen Umschreibung, nicht mit Namen wiedergegeben werden kann, mithin auch etwa schon vorhandene Abkömmlinge nicht namentlich aufzuführen sind und daß es für eine gemäß § 52 GBO. zu bewirkende Eintragung des Rechtes der Nacherben der Vorlegung eines Erbscheins nicht bedarf, soweit dieser nur zum Nachweise der Person des Nacherben erforderlich sein würde.

2. KGJ. **40** A 190 (KG.). Nicht nur die Namen der Nacherben (Güthe, GBO. I § 52 Anm. 10), sondern auch die Voraussetzungen, unter denen die Nacherbfolge eintritt, muß im Grundbuche vermerkt werden (Güthe aaO. § 52 Anm. 11).

3. KGJ. **40** A 196 (KG.). Ist ein Testamentsvollstrecker zur Ausübung der Rechte des Nacherben bis zum Eintritte der Nacherbfolge ernannt, so ist dies bei der Eintragung des Vorerben und des Rechtes des Nacherben von Amts wegen in das Grundbuch einzutragen.

4. WürttRpflZ. **4** 322 (Stuttgart). Die Eintragung eines Vermerkes, daß die Hypothek gegen die Nacherben wirksam sein oder den Rang vor der Nacherbschaft haben soll, kann gefordert werden, wenn feststeht, daß die Hypothekenbestellung eine entgeltliche ist.

III. Wirkung des Vermerkes. *Hothorn, Rechtsstellung des befreiten Vorerben, 178. Bei befreiter Vorerbschaft hat der Nacherbrechtsvermerk nur instruktionelle Bedeutung und beschränkt sich in seiner Wirkung darauf: 1. zu verhüten, daß nach dem Tode des Vorerben die Erben des Vorerben etwaige zur Vorerbschaft gehörige Grundstücke oder Grundstücksrechte als zum freien Nachlasse des Vorerben gehörig behandeln und zum Nachteile des Nacherben verfügen, 2. im Falle der Vornahme einer Zwangsverfügung für das Vollstreckungsgericht die Vorerbeneigenschaft des Schuldners kenntlich zu machen und es dadurch zur Berücksichtigung der Vorschrift des § 773 ZPO. zu veranlassen. Nähere Begründung aaO. 150—180.

IV. Verzicht auf die Eintragung des Nacherben. Hothorn, Die Rechtsstellung des befreiten Vorerben, 135 ff. Ein Verzicht auf die Eintragung des Nacherbrechts ist unzulässig. Er würde den gewöhnlichen Vorerben keineswegs zu einem hinsichtlich der Beschränkung des § 2113 befreiten Vorerben machen. .... Auch bei der befreiten Vorerbschaft, wo die Nichteintragung des Befreiungsvermerkes an sich nicht denselben Bedenken unterliegen würde wie die Unterlassung der Nacherbrechtseintragung bei der gewöhnlichen Vorerbschaft, ist gleichfalls ein Verzicht des befreiten Vorerben hinsichtlich der Befreiungen als unzulässig abzulehnen.

V. Abtretung des Erbanteils des Nacherben. HessRspr. **11** 164 (LG. Gießen). Die Eintragung der Abtretung des Erbanteils des Nacherben im Grundbuch ist vor erfolgter Überschreibung der Grundstücke auf den Vorerben und Eintragung des Rechtes des Nacherben im Grundbuche nicht zulässig.

§ 53. I. Anwendungsgebiet des § 53. 1. ElsLothJustMinVf. Bei der Eintragung des Eigentums des Vorvermächtnisnehmers ist die Eintragung des Rechtes der Nachvermächtnisnehmer im Grundbuch ausgeschlossen (vgl. Güthe, GBO. 880 Nr. 3 und Fuchs-Arnheim, Grundbuchrecht II 548). Das gleiche gilt jedoch nicht für die Anordnung der Verwaltung des Vorvermächtnisses durch einen Testamentsvollstrecker im Sinne der §§ 2209 ff. BGB. Diese Beschränkung des Vermächtnisnehmers in der Verfügung über das ihm aus-

gehändigte Vermächtnis ist gemäß § 53 GBO. von Amts wegen mit der Eintragung des Eigentums des Vermächtnisnehmers einzutragen (vgl. Planck, BGB. [3] V 587).

2. KGJ. **40** A 190 (KG.). Der § 53 findet auch dann Anwendung, wenn es sich um Grundstücke oder Rechte an Grundstücken handelt, die nicht zur Erbschaft gehören, sondern durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft für diese erworben sind.

3. KGJ. **40** A 190 (KG.). Der Grundbuchrichter darf den im § 53 angeordneten Vermerk nur eintragen, wenn ihm seine Richtigkeit durch Vorlegung geeigneter Urkunden (Erbscheine, letztwillige Verfügungen) nachgewiesen ist; mit der bloßen Erklärung der Beteiligten darf er sich nicht begnügen. Dagegen braucht nicht nachgewiesen zu werden, daß die Testamentsvollstrecker ihr Amt angenommen haben (Güthe, GBO. I § 53 Anm. 3).

4. KGJ. **40** A 207 (KG.). Der Testamentsvollstrecker ist berechtigt, sämtliche Nachlaßgegenstände als zur Erfüllung seiner Obliegenheiten entbehrlich dem Erben zur freien Verfügung zu überlassen. Die Wirkung der Überlassung ist in allen Fällen ein endgültiges Erlöschen des Rechtes des Testamentsvollstreckers zur Verwaltung der überlassenen Gegenstände. .... Da somit auch Nachlaßhypotheken, deren Umschreibung in Frage steht, nicht mehr dem Verwaltungsrechte des Testamentsvollstreckers unterstehen, so bedarf es der Eintragung des Testamentsvollstreckervermerkes nicht.

II. Inhalt des Vermerkes. KGJ. **40** A 190 (KG.). Es ist Sache des Grundbuchrichters, bei der Verfügung der Eintragung zu bestimmen, welche Fassung er der Verfügungsbeschränkung des Erben durch Ernennung von Testamentsvollstreckern in dem Eintragungsvermerke geben will; er könnte den Vermerk auch dahin fassen, daß Testamentsvollstrecker ernannt seien. Die Namen der Testamentsvollstrecker darf aber der Grundbuchrichter in den Eintragungsvermerk nicht mit aufnehmen (KGJ. **36** A 189).

III. Wirkung des Vermerkes. KGJ. **40** A 196 (KG.). Das Grundbuchamt hat die Eintragung, daß ein Testamentsvollstrecker ernannt sei, so lange als maßgebend anzusehen, bis ihm Tatsachen für die Unrichtigkeit der Eintragung bekannt werden.

§ 54. I. Die Eintragung eines Widerspruchs. 1. KGJ. **40** A 167 (KG.). Der § 54 Abs. 1 Satz 1 GBO. erfordert nicht, daß die Verletzung gesetzlicher Vorschriften auf einem Versehen des Grundbuchbeamten beruht; es genügt auch eine sonstige unrichtige rechtliche Beurteilung der Sachlage. Dagegen greift die Vorschrift nicht Platz, wenn der Grundbuchbeamte das Gesetz auf den ihm vorliegenden Tatbestand richtig angewendet hat, der Tatbestand aber unrichtig oder unvollständig ist, ohne daß dies zur Zeit der Entscheidung dem Grundbuchbeamten bekannt oder infolge Fahrlässigkeit unbekannt gewesen ist.

2. Landauer, ZBlFG. **12** 321 (325). Eine bedenklich einschränkende Gesetzesauslegung ist es zwar, wenn Oberneck I 209 in Übereinstimmung mit anderen den Satz aufstellt, der Amtswiderspruch habe zur Voraussetzung die Möglichkeit des Eintritts eines Schadens der Beteiligten, der durch die unrichtige von dem Grundbuchrichter oder Grundbuchführer oder deren Vorgänger verursachte Eintragung herbeigeführt sei. Gegenüber der unverklauselten Anweisung des Gesetzes läßt sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, wonach im preußischen Rechte allerdings jene Einschränkung enthalten war, nichts für eine solche einschränkende Auslegung ableiten. Aber eine andere Grenze für die rechtspolizeiliche Fürsorge, worauf nicht immer geachtet wird, ist dem Gesetze zu entnehmen. Wenn der Richter von Amts wegen und ohne jede Einschränkung nach Zeit und Anlaß jederzeit in eine Prüfung darüber einzutreten hat, ob

eine Eintragung nicht etwa unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften von dem Grundbuchamte vorgenommen wurde und ob durch diese Eintragung das Grundbuch unrichtig geworden ist, so heißt das nicht, daß das Grundbuch nur irgend einmal infolge der Eintragung unrichtig geworden zu sein braucht, damit die Eintragung eines Widerspruchs gerechtfertigt sei. Voraussetzung ist vielmehr, daß die Unrichtigkeit zur Zeit der Prüfung und der infolge davon vorgenommenen Eintragung des Widerspruchs vorhanden sein muß (**RG. 65** 105, JDR. **6** zu § 54 Ziff. 2 a). Spätere nach der unrichtigen Eintragung vorgenommene anderweitige Eintragungen schließen also an und für sich die Eintragung eines Widerspruchs nicht aus, geben aber ganz besonderen Anlaß zur Prüfung, ob zur Zeit noch die Unrichtigkeit des Grundbuchs erwiesen sei. Um diesen Nachweis zu entkräften, genügt schon die bloße Möglichkeit, daß inzwischen das Grundbuch hinsichtlich der nunmehr von ihm dargestellten Rechtslage wieder richtig geworden ist.

3. **a)** RJA. **11** 130 (KG.). Das KG. hat in dem Beschlusse vom 5. Oktober 1905 (KGJ. **31** A 270, JDR. **4** zu § 54 Ziff. 3) die Auffassung vertreten, es sei in dem Falle, daß nach der Entstehung der Unrichtigkeit des Grundbuchs das Eigentum des Grundstücks durch Rechtsgeschäft von einem Dritten erworben ist, die Eintragung eines Widerspruchs nur dann zulässig, wenn dem Grundbuchrichter in den Formen des § 29 GBO. nachgewiesen würde, daß der § 892 BGB. dem Erwerbe nicht zur Seite stände. Ob diese Auffassung mit dem Urteile des RG. vom 16. Januar 1907 (**RG. 65** 98, JDR. **6** zu § 54 Ziff. 2 a) in Widerspruch sich befinde, kann dahinr gestellt bleiben. Denn das KG. schränkt seine frühere Ansicht insofern ein, als es nunmehr für ausreichend erachtet, daß das Nichtvorliegen eines gutgläubigen Erwerbes glaubhaft gemacht ist. Die Berechtigung zu dieser Einschränkung ist daraus herzuleiten, daß der Antragswiderspruch nach § 899 Abs. 2 BGB. auch auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen werden kann, diese aber nach § 936, § 920 Abs. 2 ZPO. nur die Glaubhaftmachung des Berichtigungsanspruchs erfordert. **b)** du Chesne, SächsRpflA. **11** 241. Dem Antragswiderspruche liegt ein materieller Anspruch, der Berichtigungsanspruch, zugrunde, dem Amtswiderspruch aber nicht. Daraus, daß der Berichtigungsanspruch des Privaten, wenn er auf den gutgläubigen und als gutgläubig zu vermutenden Erwerb des anderen stößt, zum Obsiege noch der Glaubhaftmachung des bösen Glaubens des Erwerbers bedarf, läßt sich daher nicht folgern, daß auch die im öffentlichen Interesse erfolgende verfahrensmäßige Außerkraftsetzung des guten Glaubens vor der bloßen Möglichkeit gutgläubigen Erwerbes Halt machen müsse. Vielmehr weisen Wesen und Zweck des Amtswiderspruchs auf das Gegenteil hin. Daher kann das Grundbuchamt einen Widerspruch von Amts wegen auf Grund des § 54 GBO. auch dann noch eintragen, wenn das unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften mit der unrichtigen Eintragung belastete Grundstück inzwischen bereits auf einen Dritten umgeschrieben ist oder wenn das nach der Entstehung der Unrichtigkeit eingetragene Recht eines Dritten betroffen wird, zu dessen Gunsten der Inhalt des Grundbuchs auf Grund des § 892 BGB. als richtig gilt.

4. Landauer, ZBlFG. **12** 321 ff. (326): Verwahrung ist einzulegen gegen die mehrfach verfochtene Meinung, daß zur Eintragung eines Amtswiderspruchs Glaubhaftmachung der Unrichtigkeit des Grundbuchs genüge (Güthe [2] I 992 A. 19). Wenn Oberneck I 210 sagt: „Da der Widerspruch ein Schutzmittel zur Wahrung der Rechte Dritter sowie gegen Rückgriffsansprüche ist und der Antragswiderspruch auf Grund einer einstweiligen Verfügung auch nur die bloße Glaubhaftmachung der Unrichtigkeit des Grundbuchs zur Voraussetzung hat, so erscheint die Auffassung der bloßen Glaubhaftmachung als die zutreffendere", so sind

damit ohne triftigen Grund Rechtssätze über Rechtsstreitigkeiten auf das Grundbuchrecht übertragen. Angesichts der völlig klaren den Rechtsbedürfnissen entsprechenden Grundsätze des Grundbuchrechts ist eine Entlehnung aus fremdem, anderen Rechtsbedürfnissen dienenden Rechtsgebiete weder geboten noch gestattet. Die Verantwortlichkeit des Prozeßrichters ist eine andere als die des Grundbuchrichters, und gegen die verfehlte Erwirkung einer einstweiligen Verfügung gibt § 945 ZPO. dem Betroffenen einen Schadensersatzanspruch, während gegen verfehlte Verfügungen des Grundbuchrichters (und der Beschwerdeinstanzen), abgesehen von einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Amtspflichtverletzung (§ 12 GBO.), die Beteiligten keinen Schutz genießen.

5. ElsLothNotZ. **11** 247 (LG. Colmar). Wenn eine Hypothek auf einem Grundstück im Grundbuch aus Versehen des Grundbuchamts gelöscht worden ist, kann ein Widerspruch von Amts wegen auch noch nach Eingang des Antrags auf Eintragung des Eigentums an dem Grundstück auf einen neuen Erwerber bei dem Grundbuchamt eingetragen werden.

6. du Chesne, BadRpr. **11** 133. Der § 54 GBO. ist gegenüber einer vom Beschwerdegericht angeordneten Eintragung nicht anwendbar.

II. Inhaltlich unzulässige Eintragungen. 1. **a**) BayObLG. **12** 498. In das Grundbuch dürfen nur Rechte eingetragen werden, deren privatrechtliche Eigenschaft feststeht. Gleichwohl erfolgte Eintragungen, namentlich von Kirchentrachten, die nicht privatrechtliche Reallasten sind, sind als unzulässig im Sinne des § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. zu löschen. Läßt der Inhalt der Eintragung erkennen, daß das eingetragene Recht auf dem öffentlichen Rechte beruht oder gibt er zu Zweifeln über die Natur des Rechtes Anlaß, so ist die Eintragung als mit dem Zwecke des Grundbuchs unverträglich zu löschen. **b**) BayObLG. **11** 603, ZBlFG. **11** 545 (BayObLG.). In das Grundbuch dürfen nur Rechte eingetragen werden, deren privatrechtliche Natur feststeht. Ist eine Eintragung erfolgt, obwohl der Nachweis der privatrechtlichen Eigenschaft des Rechtes nicht erbracht war oder erbracht werden kann, so ist die Eintragung nach § 54 GBO. zu löschen.

2. OLG. **22** 380 (Marienwerder). Unzulässig und daher nichtig sind zum Zwecke der Rechtsänderung (oder Rechtsbegründung) vorgenommene Einträge, aus denen sich wesentliche Beziehungen des Rechtes nicht zweifelsfrei erkennen lassen. So z. B. die Eintragung: der dem E. angeblich als Eigentümerhypothek zustehende Teilbetrag von 2000 M. ist für den Kläger wegen 1200 M. gepfändet und dem Gläubiger zur Einziehung überwiesen.

3. OLG. **23** 346 (KG.). Die durch §§ 2, 3 AblösungsG. vom 2. März 1850 ohne Entschädigung aufgehobenen Berechtigungen stellen, soweit sie noch im Grundbuche verzeichnet sind, Eintragungen dar, die ihrem Inhalte nach durch rückwirkende Änderung der Gesetzgebung unzulässig geworden und deshalb nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. von Amts wegen zu löschen sind (OLG. **6** 203).

4. *Schmidt-Rimpler. Über die Anwendung des Abs. 1 Satz 2 auf eingetragene vom Eigentümer bewilligte Eigentümerdienstbarkeiten vgl. § 1018 BGB. Ziff. II 1.

5. du Chesne, BadRpr. **11** 118. Ob eine Eintragung inhaltlich zulässig ist, kann nicht davon abhängen, daß ihr Inhalt sich vielleicht rechtlich konstruieren läßt. Denn dann würde sich der Begriff der inhaltlichen Unzulässigkeit mit jeder neu auftretenden, subjektiven, selbst ganz unbegründeten Rechtsansicht über das den Inhalt des Vermerkes bildende Rechtsverhältnis ändern, und damit überhaupt nicht mehr faßbar sein.

6. S. im übrigen die Bemerkungen oben zu §§ 13 ff. Ziff. I.

§ 55. WürttZ. **11** 141 (WürttJM.). Die Zivilkammer spricht sich dahin aus, daß bei Vermerken über tatsächliche Änderungen in der Bezeichnung des Grund-

stücks, insbesondere über Änderungen in der Benutzungs- und Kulturart, eine Benachrichtigung der Beteiligten nach § 55 GBO. nicht stattzufinden habe. Diese Ansicht teilt auch das Justizministerium.

Dritter Abschnitt. Hypotheken-, Grundschuld-, Rentenschuldbriefe.

§ 56. PosMSchr. **11** 111 (LG. Greifswald). Rechtliche Behandlung der über die nach dem PrG. vom 21. März 1868 in Neuvorpommern und Rügen begründeten und in das Grundbuch eingetragenen sog. Hypotheken gebildeten Hypothekenbuchauszüge nach jetzigem Grundbuchrechte.

§ 57. BreslauAK. **11** 69, RJA. **11** 152 (KG.). Ist der Inhalt des Grundbuchs insofern geändert, als die Post Nr. 15 nunmehr an erster Stelle steht, und ergibt sich dieses Rangverhältnis aus dem Briefe bisher nicht, so ist der Auszug nach § 57 Abs. 3 GBO. auf den keiner Form bedürfenden Antrag zu ergänzen. Diese Ergänzung wird allerdings nicht durch den Vermerk zu geschehen haben, daß der Post andere eingetragene Lasten nicht vorgehen. Da nach § 880 Abs. 4 BGB. der dem vortretenden Rechte eingeräumte Rang nur dadurch nicht verloren geht, daß das zurücktretende Recht durch Rechtsgeschäft aufgehoben wird, so folgt, daß eine gesetzliche Aufhebung des zurücktretenden Rechtes, z. B. infolge Nichtigkeit der Einigung oder auflösender Bedingung den Vorrang beseitigt. Um dieser Rechtslage gerecht zu werden, wird der ergänzende Vermerk dahin zu fassen sein: „Die Posten, die nach dem vorstehenden Vermerke vom 20. Februar 1911 der Post Nr. 15 den Vorrang eingeräumt haben, haben vor der Vorrangseinräumung an erster Stelle gestanden".

§ 60. 1. a) KGJ. **40** A 322 (KG.). Der Hypothekengläubiger hat einen privatrechtlichen Anspruch auf Herausgabe des neu hergestellten Briefes gegen den Justizfiskus, wenn eine Vereinbarung nach § 1117 Abs. 2 BGB. zwischen ihm und dem Eigentümer getroffen ist und der Eigentümer die Aushändigung des Briefes an den Gläubiger nach § 60 Abs. 2 GBO. bestimmt hat. Wird dieser Anspruch von einem Dritten gepfändet und verweigert das Grundbuchamt dem Dritten die Herausgabe des Briefes, so ist hiergegen nicht die Beschwerde nach §§ 71 ff. aaO., sondern nur die Klage gegen den Justizfiskus zulässig. .... Der Eigentümer hat einen privatrechtlichen Anspruch gegen den Justizfiskus auf Aushändigung des Briefes dann, wenn er dessen Eigentümer ist und nicht die Aushändigung des Briefes an den Gläubiger bestimmt hat; in diesem Falle hat er auch einen öffentlich-rechtlichen Anspruch gegen das Grundbuchamt. Dagegen hat er einen privatrechtlichen Anspruch weder dann, wenn er nicht Briefeigentümer ist, mag er auch von dem Grundbuchamte gemäß § 60 Abs. 1 GBO. die Herausgabe des Briefes an sich selbst verlangt haben — in diesem Falle hat er nur einen öffentlich-rechtlichen Anspruch gegen das Grundbuchamt —, noch auch dann, wenn er zwar Briefeigentümer ist, aber die Aushändigung des Briefes gemäß § 60 Abs. 2 GBO. an den Gläubiger bestimmt hat; in diesem Falle hat er weder einen privatrechtlichen noch einen öffentlich-rechtlichen Anspruch. Der Gläubiger hat einen privatrechtlichen Anspruch gegen den Justizfiskus auf Briefaushändigung dann, wenn er Briefeigentümer ist und der Eigentümer gemäß § 60 Abs. 2 die Aushändigung des Briefes an ihn bestimmt hat; in diesem Falle hat er auch einen öffentlich-rechtlichen Anspruch gegen das Grundbuchamt auf Briefaushändigung. Er hat dagegen nur einen öffentlich-rechtlichen, nicht aber einen privatrechtlichen Anspruch dann, wenn er nicht Briefeigentümer ist, der Eigentümer jedoch gemäß § 60 Abs. 2 GBO. die Aushändigung des Briefes an ihn bestimmt hat, und er hat weder einen privatrechtlichen noch einen öffentlich-rechtlichen Anspruch, wenn er zwar Briefeigentümer ist, die Einwilligung des Eigentümers zur Aushändigung des Briefes an den Gläubiger aber nicht formgerecht vorliegt, der Eigentümer viel-

mehr die Aushändigung des Briefes an sich selbst verlangt hat. b) Ebenso KG. 20. 3. 11, SeuffBl. **11** 545.

2. Utermarck, DJZ. **11** 870. Die Aushändigungsbestimmung des Eigentümers ist einseitig nicht widerruflich. Eine Möglichkeit, die Aushändigung des Briefes zu hindern, ist dem Eigentümer nur durch das Recht zur Rücknahme des Eintragungsantrags gegeben.

3. OLG. **23** 318 (KG.). Mit der öffentlich-rechtlichen Stellung des Grundbuchamts würde es sich vertragen, wenn ihm das Recht zustände, denjenigen, dem es versehentlich Urkunden ausgehändigt hätte, zu deren Rückgabe durch Ordnungsstrafen oder Gewaltsandrohung anzuhalten. Ein solches Recht ist aber aus der öffentlich-rechtlichen Stellung des Grundbuchamts nicht ohne weiteres herzuleiten. Es bedürfte vielmehr einer besonderen Vorschrift, um die aus der öffentlich-rechtlichen Stellung fließenden Machtbefugnisse auf eine Privatperson auszudehnen, die mit den Zwecken, zu denen die Einreichung der Urkunde erfolgt ist, in keiner unmittelbaren Verbindung steht. Dies muß um so mehr gelten, als § 62 Abs. 2 ausdrücklich in einigen Fällen dem Grundbuchamte die Befugnis verleiht, jeden Besitzer eines Hypothekenbriefs zur Aushändigung dieses Briefes anzuhalten. Aus dieser Bestimmung hat der Senat bereits gefolgert, daß das Grundbuchamt zur Einforderung des Briefes in den Fällen nicht berechtigt sei, in denen es unter Verletzung des § 42 Satz 1 eine Eintragung vorgenommen hat (KG. 25. 1. 06, 1 Y. 42/06; 15. 2. 09, 1 X. 26/09), weil der § 62 Abs. 2 eine erschöpfende Regelung der Fälle enthalte, in denen das Grundbuchamt von dem Besitzer des Briefes dessen Vorlegung verlangen dürfe.

§ 61. 1. RJA. **11** 138 (KG.). Eine noch nicht zur Entstehung gelangte Rechtslage darf der Bildung eines Teilbriefs nicht zugrunde gelegt werden. Der Notar muß also im Falle der Verwandelung des vom Grundeigentümer bezahlten Teiles einer Hypothek in eine Eigentümergrundschuld und der Abtretung der Eigentümergrundschuld an einen Dritten unter Rückumwandelung in eine Hypothek der Herstellung des Teilbriefs die Rechtslage zugrunde legen, die im Augenblicke der Befriedigung des Gläubigers entstanden ist. Daraus ergibt sich zunächst, daß der Notar einen Teilgrundschuldbrief, nicht einen Teilhypothekenbrief herzustellen hat. .... Es ergibt sich ferner, daß die beabsichtigte spätere Änderung der Rechtslage von dem Notar auf dem Teilbriefe nicht vermerkt werden darf. Der Notar ist daher nicht befugt gewesen, die Umwandlung der Eigentümergrundschuld in eine Hypothek und deren Abtretung an den Dritten auf dem Teilbriefe zu vermerken.

2. **a**) KGJ. **40** A 339 (KG.). Wenn eine Briefhypothek sich zum Teil in eine Eigentümergrundschuld verwandelt hat, so ist, wenn die besondere Verbriefung des Teiles beantragt wird, ein Teilgrundschuldbrief und nicht ein selbständiger Grundschuldbrief herzustellen. **b**) Ebenso RJA. **11** 138 (KG.).

Vierter Abschnitt. Beschwerde.

§ 71. I. Zulässigkeit der Beschwerde. OLG. **23** 350 (KG.). Unter einer gemäß § 71 der Beschwerde unterliegenden Entscheidung ist nur eine solche zu verstehen, durch die ein Parteiantrag sachlich erledigt wird. Als derartige Anträge könnten hier nur der Antrag auf Entgegennahme der Auflassung und auf Anberaumung eines Auflassungstermins in Frage kommen. Die Anberaumung eines Termins ist nicht beantragt, so daß die angegriffene Verfügung auch keine Entscheidung darüber enthalten kann. Der Notar hat dem Grundbuchamte nur mitgeteilt, daß die Vertragsparteien sich am 20. Januar an Gerichtsstelle zur Auflassung einfinden würden; und wenn auch der Grundbuchrichter die Parteien in dem Termine weggeschickt haben sollte, so hat doch der Notar auch hinterher nicht

beantragt, einen Auflassungstermin anzusetzen. Der allein gestellte Antrag auf Entgegennahme der Auflassung aber sollte nicht abgelehnt werden.

II. Die Vorschrift des Abs. 2. 1. OLG. **23** 349 (KG.). Der § 71 Abs. 2 bezieht sich trotz seiner allgemein gehaltenen Fassung nur auf Eintragungen, die unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens stehen, also nicht auf die Eintragungen des Rechtes der Nacherben gemäß § 52. Die Eintragungen der letztgedachten Art sollen den Rechtserwerb auf Grund des öffentlichen Glaubens ausschließen, nicht aber selbst die Möglichkeit solchen Rechtserwerbes gewähren. Dies ist in ständiger Rechtsprechung (KGJ. **26** A 238, **27** A 82, **28** A 281, **29** A 171, **34** A 236) angenommen.

2. OLG. **23** 348 (Braunschweig). Die Beschwerde gegen die Eintragung eines Widerspruchs ist allerdings nicht unzulässig; denn unter „Eintragung" (§ 71 Abs. 2 Satz 1 GBO) ist nicht schlechthin jede Einschreibung ins Grundbuch zu verstehen. Vielmehr bezieht sich der Satz 1 nur auf solche Eintragungen, durch welche Rechte an Grundstücken oder Rechte an solchen Rechten im Sinne des § 873 BGB. begründet sind und auf die sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach § 892 BGB. erstreckt. Denn der Grund für die Ausschließung der Beschwerde gegen eine Eintragung ist, daß nicht in Rechte, die etwa inzwischen im guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs erworben sind, eingegriffen werden soll (RJA. **4** 52, **7** 150). Ein Widerspruch steht aber nicht unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens, da er nur dazu dient, den öffentlichen Glauben hinsichtlich des von ihm betroffenen Rechtes zu zerstören. Dagegen gilt das durch die Eintragung des Widerspruchs gesicherte Recht nicht schon durch den Widerspruch als richtig, sondern diese Folge tritt erst mit der endgültigen Eintragung des Rechtes ein. Gegen die Eintragung eines Widerspruchs ist demnach nach § 71 Abs. 1 GBO. die Beschwerde mit dem Ziele seiner Beseitigung zulässig (RJA. **4** 48, 52, OLG. **7** 197).

3. SchlHolstAnz. **11** 247 (KG.). Die Aufnahme eines Zusatzes zum Eintragungsvermerke kann mit der Beschwerde nur aus dem Gesichtspunkte begehrt werden, daß er zur Klarstellung eines sonst unklaren, der unmittelbaren Eintragung bedürftigen Merkmals der Hypothek erforderlich sei.

4. KGJ. **40** A 167 (KG.). Der Vermerk, durch den der Erbanteil eines Miterben auf einen anderen Miterben oder einen Dritten umgeschrieben wird, ist eine Eintragung im Sinne des § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO.

5. KGJ. **40** A 196 (KG.). Eine Beschwerde gegen die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerkes mit dem Ziele auf Löschung ist zulässig, weil der Vermerk nicht die Möglichkeit eines Rechtserwerbes auf Grund des guten Glaubens an die Richtigkeit des Grundbuchs gewährt, sondern nur zum Schutze gegen einen aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs drohenden Rechtserwerb dient.

III. Die Beschwerdeberechtigung. 1. BayObLG. **11** 724, Bay. NotZ. **12** 28 (BayObLG.). Die GBO. enthält keine Bestimmung darüber, wer zur Einlegung der Beschwerde in Grundbuchsachen befugt ist. Es ist aber in der Rechtsprechung anerkannt, daß die Beschwerde jedem zusteht, der durch die Entscheidung des Grundbuchamts in seinem Rechte betroffen wird und an ihrer Beseitigung ein rechtliches Interesse hat, auch wenn sich die Entscheidung nicht unmittelbar gegen ihn richtet.

2. R. **11** Nr. 615 (BayObLG.). Hinsichtlich eines Widerspruchs ist auch ein Dritter beschwerdeberechtigt, dem kraft gesetzlichen Verwaltungsrechts unter bestimmten Voraussetzungen das Veräußerungsrecht zusteht.

3. du Chesne, DNotV. **11** 283 ff. (287): Wer das Eintragungsverfahren nicht betreibt, kann sich auch nicht beschweren, wenn nicht eingetragen wird, falls nicht dadurch in anderer Weise in seine Rechte einge-

griffen wird. So sollte man denken: allein Fuchs-Arnheim kommen zu einem anderen Ergebnisse. Auch wer das Verfahren nicht betrieben hat, soll sich gegen die Zurückweisung des von einem anderen gestellten Antrags beschweren können, wenn er nur das Verfahren hätte betreiben können. In das Zivilprozessuale übersetzt, würde das heißen: Wenn eine Klage abgewiesen wird, so kann auch derjenige die Berufung einlegen, der die Klage hätte erheben können, so z. B. der andere Gesamtgläubiger. Aber mag man über die Beweiskraft solcher Übersetzungen denken, wie man will, eine solche Annahme stellt jedenfalls den Begriff des Rechtsmittels auf den Kopf.

IV. Der Beschwerdeantrag. 1. du Chesne, DNotV. **11** 283 ff. (284): Der Antrag an das Grundbuchamt ist das formellrechtliche (prozessuale) Verlangen, daß das Grundbuchamt eine Amtshandlung vornehme. Der Antrag an das Beschwerdegericht, der Beschwerdeantrag, ist gleichfalls das Verlangen, daß dieses eine Amtshandlung vornehme. Insofern ist allerdings der Beschwerdeantrag nur eine Wiederholung des Antrags an das Grundbuchamt. .... Der Unterschied besteht dagegen in folgendem: Was mit dem Eintragungsantrag erreicht werden soll, ist die Eintragung im Grundbuche. Die aber kann nur das Grundbuchamt vornehmen. Der Eintragungsantrag ist demnach das an das Grundbuchamt gerichtete Verlangen, daß dieses die Eintragung vornehme. Dagegen ist der Beschwerdeantrag das Verlangen, daß das Beschwerdegericht Anweisung erteile, daß das Grundbuchamt die Eintragung bewirke. Freilich ist beiden Anträgen das Verlangen gemeinsam, daß die angerufene Instanz eine Eintragung beschließe. Aber dieses Beschließen der Eintragung ist nur für den Beschwerdeantrag das verfahrensmäßige Ziel; nur das Beschwerdeverfahren gipfelt in der Eintragungsentschließung. Dagegen tritt im erstinstanzlichen Verfahren diese Eintragungsentschließung nicht einmal als Zäsur des Verfahrens, viel weniger als dessen End- und Gipfelpunkt hervor; dies gilt vielmehr nur von der Eintragung selbst.

2. du Chesne, KGBl. **11** 55. Die Beschwerde oder weitere Beschwerde ist nicht lediglich die Wiederholung des Eintragungsantrags, sondern sie ist die Anrufung der zweiten Instanz auf der fortdauernden Grundlage des ganzen Verfahrens, dem zur Entscheidung gestellten Eintragungsanspruche. Ein Fortdauern der Verfahrensgrundlagen ist aber ganz etwas anderes als die bloße nochmalige Vornahme eines Verfahrensakts. Ein Nichtverzichten auf den Eintragungsanspruch, das aus der Einlegung der Beschwerde zu folgern ist, ist keine erneute Anrufung der Grundbuchbehörden.

§ 72. RJA. **11** 1 (KG.). Für die Beschwerdeschrift ist in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, auch wenn es sich um die Beschwerdeschrift einer Behörde handelt, die eigenhändige Unterschrift erforderlich.

§ 74. du Chesne, BayRpflZ. **11** 300. Die Rücknahme der Beschwerde ist formfrei, soweit nicht — für den Eintragungsantrag im engeren Sinne — etwas Gegenteiliges vom Gesetze bestimmt ist. .... Nur die Zurücknahme der gegen Ablehnung eines Eintragungsantrags gerichteten Beschwerde ist demnach, weil sie die Rücknahme auch des Eintragungsantrags enthält, in der Form des § 29 Satz 1 GBO. abzugeben.

§ 75. 1. a) du Chesne, ZBlFG. **11** 700. Die Vorschrift des § 75 GBO. bedeutet, daß die Beschwerde auch für das Grundbuchamt nochmals die durch die Entscheidung zunächst weggefallene Möglichkeit eröffnet, von der Entscheidung insofern abzugehen, als es das gravamen selbst beseitigt. Der Wille des Grundbuchamts kann an der gesetzlichen Pflicht und Befugnis des § 75 nichts ändern, sofern ihm nicht vom Gesetze selbst eine Wirkung beigelegt wird. Hat daher das Grundbuchamt die bei ihm eingegangene Beschwerde zunächst weitergegeben mit der Erklärung, ihr nicht abhelfen zu wollen, kommt ihm aber nachmals die Erkenntnis, daß es sich

geirrt habe und daß die Beschwerde doch begründet sei, so kann sein zuvor erklärter Wille nicht die Wirkung äußern, seine Abänderungsbefugnis und -pflicht auszuschließen. Vielmehr zwingt die nachträgliche Erkenntnis das Grundbuchamt, die erforderlichen Schritte zu tun, um seiner Pflicht zu genügen, und zwar so lange, bis das Beschwerdeverlangen beseitigt ist, solange also die Beschwerde noch „steht“. Denn die Abänderungsbefugnis soll der Beseitigung der Beeinträchtigung dienen, und dies ist so lange möglich, als die Beeinträchtigung vorhanden ist, also bis zur Abhilfe durch das Beschwerdegericht. **b**) AM. Fuchs-Arnheim II 673.

2. du Chesne, PosMSchr. **11** 21. Wie das Beschwerdegericht ist auch das Grundbuchamt, bevor es in die materielle Sachprüfung und gegebenenfalls Entscheidung eintritt, berechtigt und verpflichtet, die formelle Zulässigkeit der Beschwerde zu prüfen. Das Grundbuchamt prüft damit nicht die Voraussetzung eines anderen, des Beschwerdeverfahrens, sondern die seines eigenen Verfahrens, die nur mit denen des Beschwerdeverfahrens zusammenfallen. Das Grundbuchamt hat daher, bevor es der Beschwerde abhilft, zu prüfen, ob der sie einlegende Notar hierzu berechtigt ist.

3. du Chesne, SeuffBl. **11** 377 (380). Weder ein Eintreten in die Sachprüfung, noch der Erlaß einer einstweiligen Anordnung kann das Beschwerdegericht hindern, die bei ihm eingegangene Beschwerde dem Grundbuchamte zur Entschließung über Abhilfe vorzulegen, wenn es diesen Weg für den kürzesten hält.

§ 76. Schulze, DNotV. **11** 830. Das Grundbuchamt ist Vollzugsorgon des Beschwerdegerichts. Das Grundbuchamt steht dem Beschwerdegerichte nicht selbständig gegenüber, sondern bildet im Falle des § 76 GBO. nur ein unselbständiges Organ des Beschwerdegerichts ohne eigenen Machtbereich. Demzufolge kann das Aufgeben der Eintragung auch nicht unter die Fälle des „Ersuchens“ einer Behörde im Sinne des § 39 GBO. eingereiht werden. Denn bei einem „Ersuchen“ an das Grundbuchamt wird eben dessen Selbständigkeit gegenüber der ersuchenden Behörde vorausgesetzt. Auch sprachlich sind „Ersuchen um eine Eintragung“ und „Aufgeben einer Eintragung“ im Sinne der hier vertretenen Meinung wohl zu trennen. Dem Grundbuchamt ist ein Prüfungsrecht gegenüber der Anordnung des LG. nicht zuzugestehen. Mag die einstweilige Anordnung unrichtig sein, mögen ihr Mängel anhaften, mag das LG. die Eintragung von Vormerkung oder Widerspruch bei einer Briefhypothek verlangen, ohne den gemäß § 42 GBO. erforderlichen Hypothekenbrief beizufügen, stets hat das Grundbuchamt die ihm aufgegebene Eintragung zu bewirken, ohne dem Beschwerdegerichte von seinen Bedenken etwa durch eine Zwischenverfügung Mitteilung machen zu dürfen. Anderer Meinung ist Güthe insbesondere bezüglich der Briefvorlegung.... Das Grundbuchamt ist daher nicht berechtigt, dem Beschwerdegericht in einer Zwischenverfügung bei Vermeidung der Zurückweisung „des Ersuchens“ eine Frist zu setzen..... Eine nur scheinbare Ausnahme von dieser unbedingten Ausführungspflicht des Grundbuchamts bildet der Fall, daß die Buchlage die Eintragung nicht gestattet, z. B. wenn inzwischen ein anderer Passivbeteiligter eingetragen worden ist. Hier kann das Grundbuchamt der Anordnung, soweit sie getroffen ist, nicht Folge leisten. Einer Zurückweisung der Anordnung bedarf es aber auch aus diesem Grunde nicht, ja eine Zurückweisung wäre selbst jetzt unzulässig. Das Grundbuchamt hat vielmehr dem Beschwerdegerichte von der eingetretenen Veränderung des Buchstandes Mitteilung zu machen, worauf es Sache des LG. ist, die Anordnung zurückzuziehen.

§ 77. 1. du Chesne, HessRspr. **12** 128. Die Eigenart der Grundbuchbeschwerde verbietet grundsätzlich die Zurückverweisung an die erste Instanz auch in solchen Fällen, in denen sich die angefochtene Entscheidung nur auf den Mangel von Prozeßvoraussetzungen stützt.

2. du Chesne, KGBl. **11** 130. Die Aussetzung im Antragsverfahren ist mit Einwilligung des Antragstellers, im Offizialverfahren ohne Einwilligung eines Privaten zulässig. Wenn § 18 die Aussetzung nicht erwähnt, so liegt dies daran, daß er sich mit den rein prozeßleitenden Verfügungen überhaupt nicht befaßt. AM. Güthe, GBO. (2) § 72 Anm. 8.

3. du Chesne, DNotV. **11** 283 ff. (288). Die Beschwerde eines vom Grundbuchamt irrtümlich für antragsberechtigt gehaltenen, aus anderen Gründen zurückgewiesenen Antragstellers ist nicht unzulässig, sondern nur unbegründet.

§ 78. I. Zulässigkeit der weiteren Beschwerde. 1. Seuff. Bl. **11** 432 (BayObLG.). Die weitere Beschwerde mit dem im § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO. bezeichneten Inhalte ist statthaft, wenn eine vom Beschwerdegericht unbedingt oder bedingt angeordnete Eintragung in das Grundbuch vollzogen ist. In solchen Fällen muß daher nicht zunächst das Grundbuchamt um die Löschung der Eintragung oder um die Eintragung eines Widerspruchs angegangen und eine etwaige Ablehnung des Antrags mit der Beschwerde und der weiteren Beschwerde angefochten werden.

2. R. **11** Nr. 3711 (BayObLG.). Die weitere Beschwerde bleibt zulässig, auch wenn das Grundbuchamt seitdem entsprechend dem landgerichtlichen Beschlusse weiter verfügt hat.

3. Unger, BuschsZ. **42** 104 ff. (138). Insoweit die dem Gerichte gesetzlich übertragene Ausübung eines Ermessens in Frage kommt, kann die weitere Beschwerde nicht auf die unrichtige Würdigung der zu ändernden oder der zu schaffenden tatsächlichen Zustände oder die unrichtige Abwägung des für diese Angemessenen und Zweckmäßigen, wohl aber darauf gestützt werden, daß das Gericht bei der Ausübung oder Nichtausübung durch unrichtige Ansichten über die allgemeine gesetzliche Zulassung, Richtung und Ausdehnung des Ermessens irregeleitet worden sei, oder daß es den Gesetzesbefehl, zu ermessen, überhaupt nicht beachtet habe.

4. Unger, BuschsZ. **42** 104 ff. (130). Unter Gesetz sind auch die sog. Ordnungs- oder Sollvorschriften zu verstehen.

5. ElsLothJZ. **36** 54 (Colmar). Auch wenn sich zum ersten Male in der Beschwerdeinstanz die Beteiligung eines Dritten ergibt, kann von diesem die Entscheidung des Beschwerdegerichts doch nur mit der weiteren, an das Vorhandensein einer Gesetzesverletzung gebundenen Beschwerde angefochten werden. b) Unger, BuschsZ. **41** 370 ff. (398). Die Reichsgesetzgebung gibt auch dem Gegner des ersten Beschwerdeführers gegen die Beschwerdeentscheidung keine andere als die weitere, nur auf Rechtsirrtum zu stützende Beschwerde.

II. Die Beschwerdeberechtigung. 1. OLG. **23** 351 (KG.). Die Beschwerdeentscheidungen sind für das untergeordnete Gericht bindend. Dieses hat die Amtspflicht zur Befolgung und Ausführung der ihm erteilten Anweisung auch dann, wenn es diese für sachlich nicht gerechtfertigt erachtet. Die Verantwortung für die Vornahme einer solchen Anweisung fällt allein dem übergeordneten Gerichte zu. Steht demnach dem untergeordneten Gerichte kein Recht zu einer abweichenden Behandlung der Angelegenheit zu, so kann durch die Beschwerdeentscheidung auch ein Recht des untergeordneten Gerichts nicht beeinträchtigt werden. Da aber die Beschwerde in Grundbuchsachen nur dem zusteht, der durch die Entscheidung in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt ist, so ergibt sich, daß dem untergeordneten Gerichte keine sachliche Beschwerde gegen die Entscheidungen des im Instanzenzug übergeordneten Gerichts zusteht. Diese Ansicht hat das KG. sowohl unter dem früheren Rechte (KGJ. **1** 5, **2** 15), wie auch für das jetzige Recht (s. den in einer Nachlaßsache er-

gangenen Beschluß vom 1. Februar 1909, 1 X. 23/09) stets vertreten; sie wird auch von anderen OLG. (Darmstadt, OLG. **4** 2; Jena, ThürBl. **51** 100) geteilt und in der Rechtslehre überall gebilligt. Gleichgültig ist hiernach, ob dem AG. durch den Beschluß des übergeordneten Gerichts die Verletzung einer Amtspflicht zugemutet werde (OLG. **5** 287); denn die Verantwortung hierfür trägt lediglich das übergeordnete Gericht.

2. Unger, BuschsZ. **41** 370 ff. (401). In einigen Gesetzgebungen ist auch der erstinstanzlichen Behörde gegen die ihre Verfügung abändernde Beschwerdeentscheidung für gewisse Fälle die weitere Beschwerde zugestanden. Eine solche Beschwerdebefugnis ist jedoch mit dem verfahrensrechtlichen Verhältnisse des Unterrichters zum Oberrichter unvereinbar, welch letzterer in der Entscheidung über die Beschwerde als Glied desselben mit Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit betrauten Behördenorganismus, dem auch der Unterrichter angehört, dieselbe Amtspflicht, wie solche dem Unterrichter obliegt, an dessen Stelle wahrnimmt und hierbei bezüglich der anordnenden Willensentschließung den Unterrichter völlig ausschaltet, bezüglich der Willensausführung die Stellung eines Befehlsorgans ihm gegenüber einnimmt. Da sich auch in der Reichsgesetzgebung keine Andeutung einer solchen Befugnis findet, so muß ihr die Anerkennung versagt werden, und zwar sowohl insoweit der Unterrichter dabei als im Interesse eines Beteiligten, als insoweit er in eigenem Interesse tätig gedacht wird, etwa weil ihm zugemutet werde, in der Ausführung der Beschwerdeentscheidung gegen seine Pflicht oder gegen seine Überzeugung zu handeln.

3. Lange, NaumburgAK. **11** 71. Die Legitimation zur weiteren Beschwerde in Grundbuchsachen fällt im Falle einer nach der Entscheidung des Beschwerdegerichts erfolgten Veräußerung des betroffenen Grundstücks fort, wenn sie sich auf das Eigentum an dem Grundstücke gründet.

§ 79. I. Die Voraussetzungen der Vorlegungspflicht. 1. Unger, BuschsZ. **41** 376 ff. (379). Die Worte: „einer das Grundbuchrecht betreffenden Vorschrift" bezeichnen je nach der Art der zu behandelnden Angelegenheit verschiedene Inbegriffe derjenigen Vorschriften, aus denen die Voraussetzungen, die Gestaltung und das Ziel der Tätigkeit der Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit unmittelbar zu entnehmen sind, wozu besonders auch die für diese Voraussetzungen und dieses Ziel maßgebenden Vorschriften zu rechnen sind, die die Entstehung, den Inhalt und die Endigung der Rechte und Rechtslagen regeln, deren Begründung, Änderung oder Aufhebung Gegenstand der einzelnen Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist. Den Gegensatz zu diesem Inbegriffe bilden solche Vorschriften, die nicht in beschränkter Beziehung auf solche Behördenpflichten, Rechte und Rechtslagen, sondern in anderer oder allgemeinerer Verbindung und Richtung gegeben sind und für eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht vermöge deren allgemeiner Art und Zweckbestimmung, sondern nur aus Anlaß einer besonderen Verwickelung der Rechtslage des einzelnen Falles in Betracht kommen können.

2. Unger, BuschsZ. **41** 370 ff. (377). Mit den Worten: bei Auslegung einer reichsgesetzlichen Vorschrift von der Entscheidung eines anderen Gerichts „abweichen" wollen die Bestimmungen sowohl hinsichtlich der zu erlassenden als hinsichtlich der früher ergangenen Entscheidung nicht bloß diejenigen Rechtsfragen, für die die reichsgesetzliche Vorschrift unmittelbar gilt, sondern auch alle Fälle und Rechtsfragen treffen, für die die Landesgesetzgebung auf einem ihr vorbehaltenen Gebiete die Geltung einer reichsgesetzlichen Norm lediglich durch einfache Verweisung auf diese, also die Geltung der Norm genau in derselben Bedeutung, die ihr im Reichsgesetz innewohnt, vorgeschrieben hat. Denn

auch in diesen Fällen üben die über Sinn und Anwendung der reichsrechtlichen Norm ergangenen letztinstanzlichen Entscheidungen wissenschaftlichen Einfluß auf die Auslegung in der Rechtsprechung aus, auch eine in solchen Fällen hervorgetretene Verschiedenheit der Auslegung gefährdet die Gleichförmigkeit der Rechtspflege in Deutschland und läßt es als der Absicht der Bestimmungen entsprechend erscheinen, jenen wissenschaftlichen Einfluß durch Einsetzung einer dem ganzen Reiche gemeinsamen dritten Instanz einheitlich zu gestalten.

3. Unger, BuschsZ. **41** 370 ff. (381). § 79 greift nicht Platz, wenn die Auslegung, d. h. die Rechtsansicht des anderen Gerichts, zwar in der Begründung seiner Entscheidung ausgesprochen, aber nicht zur Stützung der Entscheidung verwertet worden ist. Dagegen greift er Platz, wenn auf die Auslegung die frühere Entscheidung auch nur bezüglich eines Neben-, z. B. des Kostenpunkts gestützt ist. Ebenso, wenn die zu erlassende Entscheidung nur bezüglich eines solchen Nebenpunkts auf die Auslegung sich stützen will (**RG. 62** Nr. 37).

4. Unger, BuschsZ. **41** 370 ff. (384). Die Vorlegungspflicht tritt auch dann ein, wenn das andere Gericht in mehreren seiner Entscheidungen einer reichsgesetzlichen Vorschrift mehrere, einander widersprechende Auslegungen gegeben hat und das jetzt entscheidende Gericht von einer älteren dieser Auslegungen abweichen, der jüngsten aber sich anschließen will.

II. Die Wirkung der Vorlegung. Unger, BuschsZ. **41** 370 ff. (392). Die Sachentscheidungspflicht des RG. wird schon allein dadurch die Vorlegung seitens des OLG. ohne Rücksicht darauf als begründet angesehen, ob auch das RG. dafür halte, daß die Abweichung wirklich vorhanden sei.

III. Die Verletzung der Vorlegungspflicht. Unger, BuschsZ. **41** 370 ff. (390). Entscheidet in Fällen, in denen die Voraussetzungen der Vorlegungspflicht vorhanden sind, das OLG. irrigerweise selbst über die weitere Beschwerde, so ist diese Entscheidung trotzdem gültig und unanfechtbar.

§ 80. I. Form der weiteren Beschwerde. 1. Unger, BuschsZ. **42** 104 ff. (119). Unzulässig ist an Stelle eigener Abfassung des Protokollführers die Bezugnahme auf ein beigefügtes Schriftstück eines anderen, unzulässig auch die bloße Beifügung der protokollarischen Eingangs- und Schlußformel zu solchem.

2. Unger, BuschsZ. **42** 104 ff. (118). Es kann in Grundbuchsachen die weitere Beschwerde auch zum Protokolle des Grundbuchrichters, wo diese Form für Anbringen im allgemeinen landesgesetzlich erlaubt ist, eingelegt werden.

3. Unger, BuschsZ. **42** 104 ff. (112). Da Formvorschriften streng auszulegen sind, so genügt nicht eine mechanische Anbringung des Namens, wie z. B. Unterstempelung. Noch weniger kann die Unterschrift durch den Nachweis, daß die Schrift vom Rechtsanwalte verfaßt oder gebilligt sei, ersetzt werden.

4. a) HessRspr. **11** 181 (Darmstadt). Wenn der Notar die zur Eintragung erforderliche Erklärung weder beurkundet noch beglaubigt hat und Vollmacht nicht vorliegt, so ist er zur Beschwerdeführung nicht legitimiert. b) SeuffBl. **11** 578 (BayObLG.). Die von einem Notare, der die von ihm aufgenommene Urkunde dem Grundbuchamt unter Anschluß an die von den Beteiligten gestellten Anträge zum Vollzuge vorlegte, eingelegte weitere Beschwerde ist nicht zulässig.

5. Unger, BuschsZ. **42** 104 ff. (114). Unrichtig ist, daß der Rechtsanwalt zur Unterzeichnung einer Vollmacht bedürfe, wie Achilles, Anm. 1, Güthe, Anm. C II 1, Meikel, Anm. 2 b, Turnau-Förster, Anm. 1, Willenbücher, Liegenschaftsrecht Anm. 1 zu § 80, Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht Anm. 41, Maenner, Sachenrecht, lehren.

6. du Chesne, JW. 11 269. Für die weitere Beschwerde in Grundbuchsachen gilt nicht Anwaltszwang. Der die weitere Beschwerde unterzeichnende Rechtsanwalt braucht daher nicht von der Partei bevollmächtigt zu sein.

II. Der Beschwerdeantrag. Unger, BuschsZ. 42 104 ff. (126). Selbstverständlich sind auch neue Anträge unstatthaft.

III. Die Wirkungen der weiteren Beschwerde. Unger, BuschsZ. 42 104 ff. (121). Die Devolutivwirkung ist durch die Vorschriften des § 80 Abs. 2 GBO. auch bei der unbefristeten weiteren Beschwerde schon mit deren Einlegung verknüpft..... Aufschiebende Wirkung kommt dagegen auch der weiteren Beschwerde nicht zu.

IV. Die Beschwerdeentscheidung. Inhalt der Entscheidung. 1. Unger, BuschsZ. 42 104 ff. (159). Die Pflicht, soweit es innerhalb der gesetzlichen Prüfungs- und Abänderungsbefugnis und nach der Lage des einzelnen Falles möglich ist, eine die Angelegenheit sachlich erledigende Entscheidung zu treffen, besteht zwar an sich auch für das Drittinstanzgericht; auch von diesem ist entsprechend anzuwenden, was § 565 Abs. 3 ZPO. für den Zivilprozeß vorschreibt. Allein eine auf die Überprüfung der rechtlichen Beurteilung beschränkte Instanz kann, wie die Revisionsinstanz im Zivilprozeß, insoweit keine sacherledigende Entscheidung treffen, sondern muß diese der Vorinstanz überlassen, als vom Standpunkte der rechtlichen Beurteilung des Drittinstanzgerichts aus zur Findung dieser Sachentscheidung außer dem der angefochtenen Entscheidung zugrunde gelegenen tatsächlichen Stoffe noch weitere tatsächliche Ermittelungen, Feststellungen oder Beurteilungen oder die Ausübung eines — stets auf tatsächliche Würdigung gestützten — Ermessens erforderlich sind. Soweit dies der Fall, ist für die drittinstanzliche Entscheidung die Zurückverweisung in die Vorinstanz nicht bloß, wie für die zweitinstanzliche Entscheidung, zulässig, sondern sogar geboten.

2. Abänderlichkeit der Entscheidung. Unger, BuschsZ. 42 104 ff. (167). Von der herrschenden Meinung wird die Entscheidung über die weitere Beschwerde für unabänderbar erachtet. Dieser Meinung kann jedoch nicht beigepflichtet werden. Allerdings machen sich die Eigentümlichkeiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die die Abänderbarkeit der Gerichtsentschließungen zum Rechtssatze haben werden lassen, nicht in gleichem Umfang und Gewichte, wie für die mit der Feststellung und Abwägung tatsächlicher Verhältnisse betraute zweite Instanz, auch für die lediglich mit Rechtsfragen befaßte dritte Instanz fühlbar. Aber eine sehr erhebliche dieser Eigentümlichkeiten, nämlich das von der Untersuchungsmaxime beherrschte Verfahren, das für eine gründliche allseitige Erörterung zu geringe Gewähr bietet, greift doch auch bei der Auffindung und der der Absicht des Gesetzes entsprechenden Auffassung und Handhabung der den Fall treffenden Rechtsvorschriften Platz, insofern auch sie einen Verfahrensabschnitt, der für die Ausführungen und Hinweise der Beteiligten besonders bestimmt wäre, nicht voraussetzen. Und wenn einmal die Abänderbarkeit dem Wesen der FGG. entspricht und selbst in den bruchstückartigen, einschlägigen Reichsgesetzen Anerkennung gefunden hat, wenn ferner das einzige Hindernis, was dieser Abänderbarkeit bei letztinstanzlichen Entscheidungen sich entgegenstellen könnte, nämlich die materielle Rechtskraft solcher Entscheidungen, jenem Wesen fremd und von den Gesetzen für die Regel nicht aufgenommen ist, so ist kein triftiger Grund für die Annahme erfindlich, daß die Gesetze bei Einführung der weiteren Beschwerde drittinstanzliche Entscheidungen von der Regel der Abänderbarkeit in einem neuen Verfahren haben ausschließen wollen, um so weniger, als die Abänderbarkeit mit dem Zwecke dieser Einführung nicht im Widerstreite steht und die Gesetze keine Andeutung einer Ausnahme für drittinstanzliche Entscheidungen enthalten.

§ 81. 1. du Chesne, R. **11** 246. Unter Partei kann nur der an dem Beschwerdeverfahren prozessual und aktiv Beteiligte, also der Beschwerdeführer verstanden werden. .... Doch wird der materiell und passiv am Grundbuchverfahren Beteiligte, also die andere Geschäftspartei, bei dem Rechtsgeschäft unter dem Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regreßpflichtigen des Beschwerdeführers zu verstehen sein, da hiermit offenbar alle Arten des Zusammenhanges der materiellen Rechtslagen, insbesondere auch die Gegenseitigkeit zusammengefaßt werden sollen.

2. Unger, BuschsZ. **42** 104 ff. (187). In Grundbuchsachen findet gegen den Beschluß, der die Ablehnung eines Richters der Beschwerdegerichte für begründet erklärt, kein Rechtsmittel, gegen den Beschluß, der die Ablehnung eines solchen für unbegründet erklärt, auch wenn er vom LG. erlassen ist, die „sofortige Beschwerde" statt.

Fünfter Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 90. *H. Schmitt, BayRpflZ. **11** 52 ff. Als öffentliche Wege im Sinne der BayGemeindeO. können nicht nur selbständige Wegegrundstücke, sondern auch solche Wegeflächen in Betracht kommen, die Bestandteile der Grundstücke sind, über die die Wege führen. Dagegen hat § 90 GBO. nur selbständige Wegegrundstücke im Auge, da die Anlegung eines Grundbuchblatts nach § 90 nur für selbständige Grundstücke zulässig ist.

§ 91. 1. OLG **23** 354 (KG.). Der Eigenbesitz muß bereits vor 1900 bestanden und vor diesem Zeitpunkt unter Hinzurechnung der Besitzzeit der Rechtsvorgänger 44 Jahre gedauert haben. Daß der Einzutragende bereits selbst vor 1900 Eigenbesitzer gewesen sein muß, ergibt schon der Wortlaut des Gesetzes, d. h. des Art. 20 der Kgl. Verordnung v. 13. 11. 99. Es wird ausdrücklich verlangt, daß der gegenwärtige Eigenbesitzer, bereits vor 1900 besessen hat. Die Worte: „allein oder unter Hinzurechnung der Besitzzeit seines Rechtsvorgängers" geben nur eine nähere Bestimmung und Milderung dieser Vorschrift insofern, als die Hinzurechnung gestattet wird. Es ergibt sich dies auch daraus, daß nach dem 1. Januar 1900 in den Bezirken, in denen das Grundbuch als angelegt gilt, auch an bisher ungebuchten Grundstücken Eigentum nur noch nach den neuen Vorschriften des Reichsrechts, also durch Auflassung und Eintragung, nicht mehr durch die 44 jährige Ersitzung des ALR. erworben werden kann (Artt. 189, 186 Abs. 2 EGBGB.). Wer daher nach dem 1. Januar 1900 den Eigenbesitz an einem Grundstück erlangt hat, ist nicht Eigentümer geworden und kann daher auf Grund des Art. 20 a. a. O. nicht als Eigentümer eingetragen werden. Denn diese Bestimmung bezweckt, den wahren Eigentümer zur Eintragung zu bringen und will ihm nur den Nachweis seines Eigentums erleichtern.

2. Bovensiepen, PrVerwBl. **37** 850. Der Kreisausschuß erscheint in erster Linie als Kreiskommunalbehörde, als Organ der Selbstverwaltung des Kreises. Insofern ist er also nicht eine staatliche, sondern nur und ausschließlich Kommunalbehörde. Daneben ist er aber auch ein sehr wichtiges Organ des Staates zur Besorgung von Angelegenheiten der allgemeinen Staats- und Landesverwaltung. Stellt der Kreisausschuß über die rechtliche Qualität der im Kreiseigentume stehenden Grundstücke eine Bescheinigung aus, so tut er dieses in seiner Eigenschaft als Organ des Kreises, als Kommunal- und nicht als Staatsbehörde. Da aber zweifellos der Landrat Repräsentant einer staatlichen Behörde ist, so dürfte seine Unterschrift unter dem Zeugnisse des Kreisausschusses diesem den Charakter eines Zeugnisses einer „staatlichen Behörde" (Art. 11 Kgl. VO. v. 13. 11. 99) verleihen.

3. R. **11** 202 (KG.). Die städtische Polizeiverwaltung ist auch in denjenigen Städten, in denen die Handhabung der örtlichen Sicherheits-

polizei besonderen Staatsbeamten übertragen ist, eine staatliche, zur Ausstellung von Besitzzeugnissen für juristische Personen behufs Anlegung eines Grundbuchblatts zuständige Behörde (Art. 11 Kgl. VO. v. 13. 11. 99).

4. *H. Schmitt, BayRpflZ. **11** 52 ff. In dem Verfahren zur Feststellung des Eigentums an Wegen, die im Grundsteuerkataster unter dem Besitztitel der Gemeinde zusammengefaßt sind und als Eigentum eines anderen in das Grundbuch eingetragen werden sollen, bedarf es einer Zustimmung der Gemeinde nach § 510 BayDienstanw. nur dann, wenn die Eintragung im Kataster auf einem zuverlässigen Steuerliquidationsprotokolle beruht (aM., aber unrichtig BayObLG. im Beschl. v. 4. November 1910). — S. auch Art. 113 EGBGB.

5. OLG. **23** 355 (KG.). Eine Ausbuchung kann nur durch Abschreibung erfolgen. Dadurch, daß bei Gelegenheit der Zurückführung die Angaben des alten Titelblatts rot unterstrichen und ein neues Titelblatt eingefügt worden ist, auf dem ein Teil des alten Bestandes nicht gebucht ist, ist jedoch keine Abschreibung von Grundstücksbestandteilen, sondern nur eine Unrichtigkeit der Zurückführung bewirkt worden; der in den gebuchten Parzellen nicht enthaltene Bestandteil blieb daher nach wie vor gebucht. Diese Grundsätze hat das KG. nicht nur für das alte Recht (KGJ. **9** 73), sondern auch bereits für das neue Recht (1 Y. 411. 00; I Y. 642. 01) ausgesprochen; das OLG. Breslau (OLG. **11** 10) ist ihm beigetreten. Hiernach bedarf es nicht einer Neuanlegung eines Grundbuchblatts gemäß den Artt. 16 ff. VO. vom 13. November 1899, sondern nur einer Ergänzung der unvollständig ausgeführten Zurückführung. Diese muß, wie jede Zurückführungstätigkeit, durch das Grundbuchamt von Amts wegen vorgenommen werden.

§ 93. Bauer, ZBlFG. **11** 557 ff. Die Umschreibung unübersichtlicher Grundbücher.

§ 94. Elvers, MecklZ. **29** 343. Die Einsicht der Grundakten.

Konkursordnung.

(1910 und 1911.)

Literatur: Bang, Zur prozeßrechtlichen Wirkung des Feststellungsvermerkes in der Konkurstabelle, SächsRpflA. **10** 4 ff. — Becker, Anfechtungsklage auf Grund einstweiliger Verfügungen, R. **11** 284 ff. — Bernicken, Der Präventivakkord. Bonn, Diss. — Du Chesne, Selbständige und unselbständige Vormerkungen im Konkurse, LeipzZ. **11** 511 ff. — Eckstein, Anfechtung einer Schenkung durch Zahlung, Sicherung und Übernahme fremder Schulden . . ., BuschsZ. **41** 47 ff. — Derselbe, Der rechtliche Charakter der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung und die rechtliche Stellung des Versteigerungsrichters und des Zwangsverwalters, BuschsZ. **40** 48 ff. — Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung, Berlin 1911. — Fuld, Inseratenforderungen im Konkursverfahren, LeipzZ. **10** 429 ff. — Derselbe, Die Eigentümerhypothek im Konkurse, Leipzig 1911. — Goldbaum, Das Baugeld im Konkurse des Empfängers, JW. **11** 968 ff. — Henneberg, Die Stellung des Bürgen im Konkurse des Hauptschuldners, LeipzZ. **11** 268 ff. — Hörle, Gewährung des notdürftigen Unterhalts an den Gemeinschuldner und seine Familie, LeipzZ. **10** 348 ff. — Jäger, Kommentar zur KO. (3. u. 4. Aufl.). Dritte und vierte Lieferung. Berlin 1911. — Josef, Firmenmißbrauch im Konkurse, LeipzZ. **10** 534 ff. — Derselbe, Die Wirksamkeit von Klagen des Gemeinschuldners, insbesondere für die Amtstätigkeit anderer Gerichte, LeipzZ. **10** 383 ff. — Kleinfeller, Offizialprinzip und Dispositionsprinzip im Konkursverfahren, LeipzZ. **11** 249 ff. — Kleinrath, Wirksamkeit der exceptio rei venditae et traditae im Konkurse, LeipzZ. **10** 126 ff. — Kurlbaum, Ein Sonderfall des Absonderungsrechts, LeipzZ. **10** 18 ff. — Lehmann, Die Verfolgung der Unterlassungsansprüche aus dem Wettbewerbsgesetze gegen den Konkursverwalter, LeipzZ. **10** 814 ff. — Oetker, Konkursrechtliche Erörterungen, GoldschmidtsZ. **66** 193 ff. — Pasquay, Die Rechtsstellung der Gläubigerversammlung im Konkurse und ihre Befugnisse, GoldschmidtsZ. **65** 409 ff. — Plum, Sind unentgeltliche Verfügungen, die der Gemein-

schuldner vor der Eheschließung zugunsten seines späteren Ehegatten vorgenommen hat, nach § 32 Nr. 2 KO. anfechtbar? JW. 11 930. — Riezler, Folgen der Erfüllungsablehnung im Verlegerkonkurse, LeipzZ. 10 641 ff. — Schachian, Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte. Berlin 1910. — Schaefer, Veräußerung von Grundstückszubehör durch den Konkursverwalter, LeipzZ. 11 1 ff. — Schöny, Treuhandgeschäfte, AbürgR. 35 291 ff. — Schreiber, Der Scheck im Konkurse des Ausstellers, GoldschmidtsZ. 66 305 ff. — Sieburg, Das Baugeld im Konkurse des Empfängers, JW. 11 392 ff. — Tacken, Ratschläge für das Assessorexamen, Berlin 1910. — Vonschott, Die Erbschaftssteuer im Konkurse, LeipzZ. 11 666 ff., 755 ff. — Voß, Die Stellung des vollstreckbaren Schuldtitels zum Tatbestande der Gläubigeranfechtung, BuschsZ. 40 217 ff. — Derselbe, Klagbitte, Urteilsformel und Vollstreckungsklage bei der Pfändungsanfechtung, LeipzZ. 10 189 ff. — Derselbe, Die Konkursmasse als Empfängerin des nach § 37 KO. Zurückzugewährenden, LeipzZ. 11 354 ff. — Wolff, Die Zwangsversteigerung auf Betreiben des Konkursverwalters, LeipzZ. 11 13 ff., 96 ff., 185 ff. — Derselbe, Der Anspruch aus der Aktienzeichnung im Konkurse des Aktionärs, LeipzZ. 11 881 ff.

Erstes Buch. Konkursrecht.

Erster Titel. Allgemeine Bestimmungen.

§ 1. I. Allgemeines. Universal- und Sonderkonkurs. a) LeipzZ. **10** 484, R. **10** Nr. 2680 (KG.). Über das Vermögen eines Kaufmanns kann nur ein einheitliches Verfahren eröffnet werden, das Privat- und Geschäftsvermögen umfaßt (vgl. Jäger § 1 Anm. 64). Bildet das Geschäftsvermögen einen Teil des Nachlasses, so ist ein Sonderkonkurs über diesen Nachlaßteil unzulässig. b) Sieburg, JW. **11** 392. Die Eröffnung eines Sonderkonkurses über einen Bau, in dem nur die Baugläubiger Berücksichtigung finden und dessen Masse das Baugeld bildet, ist unzulässig; ebenso die Verteilung des Baugeldes unter die Baugläubiger durch den Konkursverwalter (ebenso KGBl. **11** 82 [LG. I Berlin]).

II. Bestandteile der Masse. 1. Im allgemeinen. *Oetker, GoldschmidtsZ. **66** 294. Zur Sollmasse des inländischen Konkurses gehören auch die ausländischen Vermögensstücke des Schuldners. Ihre Zugehörigkeit zur Istmasse aber setzt voraus, daß sie den Organen des inländischen Konkurses von der fremden Staatsgewalt überlassen werden. Von „Universalität" des inländischen Konkurses kann nur betreffs der Sollmasse die Rede sein.

2. Im einzelnen. a) Versicherungsanspruch. OLG. **23** 310 (Celle). Tritt der Gemeinschuldner während des Konkurses einen Lebensversicherungsanspruch, den der Verwalter nicht zur Masse gezogen hat, ab und wird die Versicherungssumme dann an den Zessionar ausgezahlt, so kann der Verwalter nicht Erstattung an die Masse verlangen, weil jener nicht auf Kosten der Masse, sondern auf Kosten der Erben etwas erhalten hat. b) Baugeld. α. Sieburg, JW. **11** 392 f. Das Baugeld, das zur Zeit der Konkurseröffnung bar vorhanden ist oder aussteht, gehört in die Masse; die Baugläubiger haben kein Aussonderungsrecht bezüglich dieses Geldes. β. *Goldbaum, JW. **11** 968 ff. Im Konkurse des Baugeldempfängers sind die Forderungen der Baugläubiger aus den Werk-, Dienst- oder Lieferungsverträgen von dem Sicherungsrecht aus § 1 BausicherungsG. scharf zu trennen. Die gesetzliche Verbindlichkeit des § 1 erfährt durch die Konkurseröffnung keinerlei Veränderung. Das Baugeld ist als solches in den Besitz des Konkursverwalters gelangt und unterliegt auch in dessen Hand den §§ 1 und 5 BausicherungsG. Das Baugeld wird nicht Massebestandteil, der dem Zugriff aller Konkursgläubiger unterliegt. Es ist vielmehr ausschließlich zur Deckung der Konkursforderungen aus den Werk-, Dienst- oder Lieferungsverträgen zu verwenden. Selbst wenn das Baugeld zunächst unterschiedslos in die Masse fiele, so würde sich durch die Konkurseröffnung eine Rechtsänderung vollziehen, die zuungunsten der Baugläubiger den baufremden Konkursgläubigern das Baugeld zuwendet. Diese Rechts-

veränderung vollzöge sich auf Kosten der Baugläubiger ohne Rechtsgrund, wäre also eine ungerechtfertigte Bereicherung. Den Baugläubigern erwüchse eine Masseforderung. **c)** Eigentümergrundschuld. α. Noack, LeipzZ. **11** 539. Räumt beim Verkauf eines Grundstücks der bisherige Eigentümer einer Baugeldhypothek den Vorrang vor seinem Restkaufgeld ein und fällt der neue Eigentümer vor Vollendung des Baues und vor Auszahlung der Hypothek in Konkurs, so gehört nach dem jetzigen, von früheren Entscheidungen abweichenden Standpunkte des RG. die durch die Nichtvalutierung der Baugeldhypothek entstandene Eigentümergrundschuld in die Konkursmasse. Dies läßt sich nur dadurch vermeiden, daß bei der Vorrangseinräumung vereinbart wird, der nichtvalutierte Teil der Baugeldhypothek solle keinen Vorrang haben. β. *Fuld, Eigentümerhypothek im Konkurse 18 f. Auch die nach Konkurseröffnung entstandene Eigentümerhypothek gehört, entgegen der herrschenden Meinung, zur Konkursmasse. **d)** Obligatorische Ansprüche. α. LeipzZ. **11** 566, SächsOLG. **32** 268 (Dresden). Das Recht des Versprechensempfängers bei einem Vertrage zugunsten eines Dritten, von dem Vertragsgegner Leistung an den Dritten zu verlangen, fällt nicht in die Konkursmasse, weil sich für diese aus dem genannten Rechte nichts ergeben kann. Der Konkursverwalter hat bezüglich dieses Rechtes keine Befugnisse, er kann es auch nicht als Rechtsnachfolger geltend machen, weil er diese Stellung nicht hat. β. **RG.** BayRpflZ. **10** 116. Eine Anweisung, die vom Angewiesenen angenommen ist, hat für den Konkurs dieselbe Bedeutung wie eine Abtretung, entzieht also den Gegenstand der Anweisung der Masse. γ. OLG. **20** 221, R. **10** Nr. 3808 (Hamburg). Die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zur Masse hängt nicht davon ab, ob er selbständig und unabhängig von anderen Massegegenständen im Zwangswege verwertbar ist. Die Handakten des Rechtsanwalts können in Verbindung mit anderen Massegegenständen, auf die sie sich beziehen, einen Verkaufswert haben und gehören daher zur Masse. δ. Die Behandlung von Wahlobligationen richtet sich nach den Grundsätzen der Pfändbarkeit, s. Eckstein vor § 828 ZPO. **e)** Erbrechtliche Ansprüche. Kretzschmar, R. **10** 440. Das Recht des Gemeinschuldners aus seiner Einsetzung als Nacherbe gehört zur Konkursmasse, wenn der Erbfall vor der Eröffnung des Konkursverfahrens eingetreten war. Vgl. LeipzZ. **09** 794 (JDR. **8** B II 7). **f)** Andere Ansprüche. α. R. **11** Nr. 3545 (Naumburg). Das Allodialvermögen eines Fideikommißbesitzers kann insoweit zur Masse gezogen werden, als der Verwalter befugt ist, Fideikommißgrundstücke zu verpachten. β. LeipzZ. **11**, 565, SächsOLG. **32** 268 (Dresden). Der Konkursverwalter eines Vereins (mit oder ohne Rechtsfähigkeit) kann auf Grund einer Satzungsbestimmung, wonach die Mitglieder für die Schulden des Vereins haften, weder Zahlung an die Masse noch Befreiung von der Verbindlichkeit zur Befriedigung der Konkursgläubiger aus der Masse verlangen.

§ 2. RG. 73 238, JW. **10** 614, LeipzZ. **10** 559, SeuffBl. **11** 30. Durch die Konkurseröffnung über das Vermögen der Ehefrau verliert bei gesetzlichem Güterstande der Ehemann das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht nicht. Er behält es uneingeschränkt an dem konkursfreien und dem nach Konkurseröffnung erworbenen Vermögen. Im übrigen muß er sich die Befriedigung der Gläubiger, denen das eingebrachte Gut haftet, aus diesem Gute und zu diesem Zwecke die Verwaltung des eingebrachten Gutes durch den Konkursverwalter gefallen lassen. Dieser darf sich aber nicht eigenmächtig in den Besitz des eingebrachten Gutes setzen, sondern muß event. auf Herausgabe klagen. Die Frage, wie sich der Herausgabeanspruch gestaltet, wenn die Schulden die Höhe des eingebrachten Gutes nicht erreichen, wird unentschieden gelassen. Für das Vorhandensein von Schulden ist der Konkursverwalter beweispflichtig; er kann sich aber auf die zwischen dem Gläubiger und dem Ehemann ergangenen rechtskräftigen Urteile berufen. Aus der Herausgabe-

pflicht des Ehemanns folgt seine Pflicht zur Vorlegung eines Verzeichnisses gemäß § 260 BGB.; ferner ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung des § 1421 BGB., daß der Ehemann zur Rechnungslegung über den Stamm des eingebrachten Gutes und über die Nutzungen seit der Zeit der Aufforderung zur Herausgabe verpflichtet ist.

§ 3. 1. Rechtliche Natur der Konkursforderung. **RG.** LeipzZ. **11** 845. Ein dem Pfändungspfandrecht entsprechendes, mit Konkurseröffnung entstehendes dingliches Recht der Konkursgläubiger an der Konkursmasse ist nicht anzuerkennen. Auch der offene Arrest bewirkt keine Rechtsänderung in Ansehung der zur Masse gehörenden Gegenstände. Grundsätzlich bildet das Vermögen des Gemeinschuldners, soweit es überhaupt beschlagsfähig ist, so wie es ihm selber zusteht, also auch mit allen ihm anhaftenden Rechten, Pflichten und Beschränkungen, die Konkursmasse.

2. Konkursforderungen. a) „Zur Zeit der Eröffnung begründet". α. BayRpflZ. **10** 122. (Zweibrücken) Der Anspruch des Staates auf Ersatz der Kosten eines Strafverfahrens gegen den Gemeinschuldner entsteht spätestens mit dem Zeitpunkt, in welchem zum Zwecke der Strafverfolgung staatliche Organe in Tätigkeit treten. Durch die Auferlegung der Kosten im Strafurteile wird die Verpflichtung des Gemeinschuldners nicht erst begründet, sondern nur festgestellt; nur die Geltendmachung des Erstattungsanspruchs ist durch die rechtskräftige Verurteilung des Angeklagten bedingt. β. Landau, LeipzZ. **11** 123, teilt eine Entscheidung des LG. Nürnberg mit, wonach die Kosten eines Wechselprotestes und andere Wechselunkosten als Konkursforderungen geltend gemacht werden können, auch wenn der Protest erst nach der Konkurseröffnung erhoben ist, wenn nur die Wechselverpflichtung des Gemeinschuldners schon vor der Eröffnung des Konkurses begründet war (ebenso Jäger § 63 Anm. 3, aM. OLG. **14** 411 [JDR. **6** zu 2]). **b)** „Persönliche" Gläubiger. α. Fuld aaO. 66. Auch der aus der bindend erklärten Einigung Berechtigte ist, falls der Antrag auf Eintragung zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht gestellt war, nur Konkursgläubiger im Sinne des § 3 KO. β. Fuld 71. Der nicht durch Vormerkung gesicherte Verzicht auf eine zukünftige Eigentümerhypothek enthält nicht einen Verzicht im technischen Sinne, sondern hat nur einen Anspruch auf Verzicht auf seiten des Berechtigten zur Folge. Dieser Anspruch berechtigt nur zur Anmeldung einer Konkursforderung.

3. Die Stellung des Bürgen und Gläubigers im Konkurse des Hauptschuldners. **a)** Bendix, R. **10** 686 ff. Der Gläubiger, der von dem Bürgen vor der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Hauptschuldners teilweise befriedigt worden ist, kann nur den Rest seiner Forderung im Konkurs anmelden; den anderen Teil kann der Bürge geltend machen. § 774 Satz 2 BGB. steht nicht entgegen. Zulässig wäre es aber, durch Vertrag den Übergang der Teilforderung auf den Bürgen bis zur vollen Befriedigung des Gläubigers auszuschließen. **b)** Henneberg, LeipzZ. **11** 268 ff. Dem Bürgen steht ein zur Zeit der Konkurseröffnung begründeter, wenn auch bedingter Vermögensanspruch zu, der ihn an sich zur Teilnahme am Verfahren legitimiert. Hat der Bürge den Gläubiger vor Konkurseröffnung ganz oder teilweise befriedigt, so kann er die Forderung, soweit sie auf ihn übergegangen ist, und mit allen Vorrechten geltend machen. Der nur teilweise befriedigte Gläubiger darf nicht die volle Forderung zur Anmeldung bringen. Befriedigt der Bürge den Gläubiger nach der Konkurseröffnung teilweise, so kann dieser den ganzen Betrag im Konkurse geltend machen, den er zur Zeit der Konkurseröffnung zu fordern hatte. In diesem Falle ist der Bürge von der Teilnahme am Konkurs ausgeschlossen. Forderungen, die kraft Gesetzes von der Geltendmachung im Konkurs ausgeschlossen sind, nehmen auch nicht an den Wirkungen desselben teil und werden daher durch einen Zwangsvergleich nicht berührt. Unterläßt der nicht voll befriedigte Gläubiger die Anmeldung seiner For-

derung, so nimmt der Bürge als Konkursgläubiger mit allen Wirkungen des Konkurses für und gegen ihn am Verfahren teil. Der Bürge kann aber auch dann, wenn er mit seiner Regreßforderung vom Konkurs ausgeschlossen ist, seine volle Rückgriffsforderung im Konkurse zur Aufrechnung bringen bzw. abgesonderte Befriedigung aus einem Pfande beanspruchen.

§ 4. Über Verwertung von Zubehörstücken eines zur Masse gehörigen Grundstücks durch den Verwalter und über die Stellung des Verwalters zu den Absonderungsberechtigten vgl. § 6.

§ 6. I. Zu Abs. 1. Rechtsstellung des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung. 1. Im allgemeinen. a) Fuld, Eigentümerhypothek 35. Der Gemeinschuldner ist nicht als Dritter im Sinne der §§ 1150, 268 BGB. anzusehen und hat nicht das dort genannte Ablösungsrecht. Befriedigt er den Hypothekengläubiger, so fällt die entstehende Eigentümerhypothek in die Masse. b) LeipzZ. **11** 159, KGJ. **39** A 226 (KG.). Der Gemeinschuldner hat gegen die vom Verwalter vorgenommenen Verfügungen über einen zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand kein Beschwerderecht. c) Gegenüber Aussonderungsansprüchen vgl. § 43 Ziff. I 3 b. d) **RG.** BayRpflZ. **11** 85. Ist die Vernehmung des Gemeinschuldners als Zeugen zu Unrecht abgelehnt, so kann die Revision trotz einer inzwischen erfolgten Aufhebung des Konkurses hierauf gestützt werden, weil der Partei die Möglichkeit gegeben werden muß, andere Beweismittel geltend zu machen.

2. Die Wirksamkeit von Klagen des Gemeinschuldners insbesondere in der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Josef, LeipzZ. **10** 383 ff. a) Die infolge des Konkurses eintretende Entziehung der Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners hat zur Folge, daß Klagen, die dieser nach der Konkurseröffnung in den die Masse betreffenden Prozessen erhebt, als unzulässig abzuweisen sind. Das gilt auch dann, wenn der Gemeinschuldner die Klage vor der Konkurseröffnung zur Terminsbestimmung eingereicht hat, die Zustellung aber erst nach der Konkurseröffnung erfolgt ist. Die Voraussetzung des § 10 KO. ist hier nicht gegeben und der Eintritt des Verwalters an Stelle des Gemeinschuldners wäre eine Klageänderung. b) Dagegen haben das Verteilungs- und das Registergericht, denen in den Fällen des § 878 Abs. 1 Satz 2 ZPO. (§ 115 ZVG.) und des § 127 FGG. der Nachweis der Klagerhebung zu führen ist, die Klage auch dann als rechtswirksam anzusehen, wenn sie vom Gemeinschuldner erhoben ist; denn diesen Gerichten steht eine Prüfung der Begründetheit des erhobenen Anspruchs, also auch der Frage, ob der Gemeinschuldner zur Erhebung befugt war, nicht zu. Aus dem gleichen Grunde hat das um Erteilung des Erbscheins angegangene Nachlaßgericht nach § 2360 BGB. den Kläger auch dann zu hören, wenn er ein Gemeinschuldner ist. Noch weniger steht anderen Gerichten, wenn für deren Tätigkeit ein rechtskräftiges Urteil die Voraussetzung ist (z. B. § 66 PStG., § 953 ZPO., §§ 95, 127 FGG.), dieses aber von einem Gemeinschuldner erstritten ist, eine Prüfung der Richtigkeit des Urteils, also der Frage zu, ob der Gemeinschuldner oder ob der Konkursverwalter zur Erhebung der Klage legitimiert war. Diese letztere Prüfung steht auch dem Strafgerichte nicht zu, das im Falle des § 261 Abs. 2 StPO. dem angeklagten Gemeinschuldner die Beibringung des Urteils des Zivilgerichts aufgegeben hat. Desgleichen hat, wenn der im Einstellungsbeschlusse des Vollstreckungsgerichts bezeichnete Gläubiger in Konkurs fällt, die Vollstreckungsbehörde die Zwangsvollstreckung endgültig einzustellen, auch wenn der demnächstige Beschluß des Prozeßgerichts gegen den Gläubiger und nicht gegen dessen Konkursmasse ergeht.

II. Stellung des Gemeinschuldners und des Konkursverwalters bei Firmenmißbrauch nach § 37 HGB. Josef, LeipzZ. **10** 534 ff. 1. Weder das Ordnungsstrafverfahren aus § 37 Abs. 1 HGB.

noch die Unterlassungsklage des Verletzten aus Abs. 2 ebenda hat zur Voraussetzung, daß der Belangte ein Kaufmann ist oder daß der Firmenmißbrauch im Interesse eines bestimmten Rechtssubjekts erfolgt oder gerade bei der Anhängigmachung des Verfahrens vorliegt. Da es schlechthin genügt, daß ein anderer die Firma unbefugt gebraucht, so ist, wenn der Mißbrauchende in Konkurs fällt, die Klage und das Ordnungsstrafverfahren sowohl gegen den Gemeinschuldner als auch gegen den Konkursverwalter, der das Geschäft unter der von jenem unbefugt geführten Firma fortführt, zulässig. 2. Fällt der die Firma Mißbrauchende in Konkurs, nachdem der Unterlassungsanspruch aus § 37 Abs. 2 HGB. rechtshängig geworden oder das Ordnungsstrafverfahren gegen ihn eingeleitet ist, so ist die Konkurseröffnung für den Rechtsstreit oder das Verfahren einflußlos. Denn die Firma gehört nicht zur Konkursmasse. Der Verletzte kann nur Anlaß nehmen, die Mitbelangung des Konkursverwalters zu erwirken. 3. Fällt der Verletzte in Konkurs, so kann nur er, nicht der Verwalter die Unterlassungsklage aus § 37 Abs. 2 HGB. erheben. Denn die Firma gehört nicht zur Konkursmasse und der Verwalter, der die Firma weiterzuführen befugt ist, übt hiermit kein selbständiges Recht der Masse aus. Dagegen steht dem Konkursverwalter die Unterlassungsklage aus § 16 UnlWG. vom 7. Juni 1906 zu; denn der Verwalter bedient sich der Firma befugterweise und macht geltend, daß der Mißbrauchende die Masse in unlauterer Weise schädigt. 4. Das Verfahren aus § 37 Abs. 1 HGB. ist ein Verfahren von Amts wegen, setzt keinen Antrag voraus und kann danach vom Gemeinschuldner wie vom Konkursverwalter beim Registergericht angeregt werden.

III. Zu Abs. 2. Stellung des Konkursverwalters. 1. Im allgemeinen. **a)** Dogmatisch. α. *Fuchs, Vermögen und Vermögensverwaltung (Berlin 1911) 86 f. Das Recht des Konkursverwalters ist ein dingliches Verwaltungssubjektsrecht an der Masse, neben dem dem Gemeinschuldner nur ein Interessensubjektsrecht bleibt. β. *Eckstein, BuschsZ. **40** 48 ff., insbes. 86/90 und 96. Die Konkursverwaltung geschieht in Vertretung der Gläubigerschaft. γ. Über die Stellung des Verwalters in der Konkurssubhastation nach § 126 vgl. Wolff zu § 126, gegenüber Aussonderungsansprüchen § 43 Nr. I 3. **b)** Aus der Praxis. α. R. **11** Nr. 1797 (Braunschweig). Der Konkursverwalter ist nicht als Kaufmann anzusehen, auch wenn der Gemeinschuldner Kaufmann ist, und deshalb findet die Bestimmung des § 352 HGB. über die Höhe der Verzugszinsen auf ihn keine Anwendung (aM. Jäger § 6 Anm. 29). β. BadRpr. **11** 92 (LG. Karlsruhe). Der Konkursverwalter ist selbst nicht Kaufmann. War aber der Gemeinschuldner Kaufmann, und ist der Verwalter nach § 17 KO. in ein beiderseitiges Handelsgeschäft eingetreten, so ist das Geschäft auch auf seiner Seite Handelsgeschäft geblieben. Daher ist die Kammer für Handelssachen zuständig. γ. **RG.** R. **10** Nr. 3067. Der Konkursverwalter hat nicht bloß die Rechte der Konkursgläubiger wahrzunehmen, sondern auch die der absonderungsberechtigten Gläubiger zu beachten. Er kann nicht verlangen, daß Gegenstände, die ihnen haften, ihnen entzogen und den Konkursgläubigern zugewendet werden (**RG.** **42** 87, **69** 90). δ. **RG.** **76** 245. Es ist nicht notwendig, daß die Klagen gegen den Konkursverwalter auf Aussonderung oder Absonderung gehen und daß sie zu den Masse- oder Konkursforderungen gehören. Diese Kategorien umfassen nur die hauptsächlichsten Möglichkeiten von Klagen gegen den Konkursverwalter, sind aber nicht erschöpfend. ε. OLG. **22** 359, BayRpflZ. **10** 388 (München). Der Konkursverwalter ist als Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners im Sinne des § 727 ZPO. anzusehen; die Vollstreckungsklausel ist also gegen ihn umzuschreiben. Die Frage der Nichtigkeit der Zwangsvollstreckung nach § 14 KO. bedarf bei der Erteilung der Klausel keiner Entscheidung; sie ist vom Vollstreckungsorgane zu prüfen. ζ. **RG.** **72** 290, BadRpr. **11** 98. Dem Verwalter kann nur eine Arglist des Gemeinschuldners selbst, im Konkurs einer GmbH. also der gesetzlichen Ver-

treter der Gesellschaft, entgegengesetzt werden. Arglist einzelner Gesellschafter ist unbeachtlich.

2. Einzelfälle. a) Firma. RheinA. **108** 296, DNotV. **11** 787 (Düsseldorf). Wenn der Konkursverwalter das vom Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung veräußerte Geschäft nebst Firma durch Vertrag zurückerwirbt, so erlangt dadurch der Gemeinschuldner kein Recht auf Fortführung der Firma; der Verwalter ist berechtigt, das Geschäft nebst Firma anderweit zu veräußern. Unerheblich ist, wenn der Rückerwerb des Geschäfts lediglich die Verwirklichung eines Anfechtungsanspruchs darstellt. **b)** Handelsgesellschaften. α. **RG. 72** 293. Der Verwalter im Konkurs einer Aktiengesellschaft kann auf Grund des § 6 die Genehmigung zur Übertragung von Namensaktien an Stelle des Aufsichtsrats erteilen. β. **RG. 76** 244, JW. **11** 721. Der Konkursverwalter ist gegenüber einer Klage auf Aufhebung gesetz- oder statutenwidriger Generalversammlungsbeschlüsse dann passiv legitimiert, wenn die Abwehr der Klage einen Akt der Konkursverwaltung bedeutet. Ist dies der Fall, so wird die regelmäßige Vertretung der Gesellschaft durch den Vorstand (§ 231 Abs. 1 HGB.) oder durch Vorstand und Aufsichtsrat (§ 272 Abs. 1 HGB.) verdrängt. Ob die Klagabwehr die genannte Bedeutung hat, richtet sich nach dem Inhalte des Beschlusses. Dies ist z. B. der Fall, wenn ein Beschluß vorliegt, durch den Vorstand und Aufsichtsrat Entlastung erteilt ist, und wenn die Pflicht zur Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns in anderer Weise als durch die im § 241 Abs. 3 HGB. aufgezählten Verstöße verletzt ist. Dann stimmt aber das Interesse des Konkursverwalters mit dem des Anfechtungsklägers überein und der Verwalter kann zwar dessen Nebenintervenient, nicht aber Beklagter im Prozesse sein. γ. **RG.** R. **11** Nr. 1029. Gegenüber dem Anspruche der Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft auf Entlastung ist, wenn die Verweigerung der Entlastung auf den Nachweis besonderer Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gestützt werden kann, nach Konkurseröffnung der Konkursverwalter der rechte Beklagte. δ. **RG. 76** 437. Im Konkurs einer GmbH. ist der Konkursverwalter zur Einforderung der restlichen Einlagen ohne Gesellschafterbeschluß berechtigt. **c)** Genossenschaft. α. LeipzZ. **10** 247, R. **10** Nr. 1634 (Colmar). In dem Genossenschaftskonkurs ist der Konkursverwalter zur Verfolgung sowohl der Schadensersatzansprüche, die der Genossenschaft selbst, wie auch derer, die den Gläubigern der Genossenschaft gegen die Vorstandsmitglieder zustehen, legitimiert. β. Deumer, LeipzZ. **11** 536 ff. Dem in Konkurs gefallenen Mitglied einer Genossenschaft verbleibt Verwaltungs- und Verfügungsrecht hinsichtlich seiner Mitgliedschaft; der Konkursverwalter ist nicht befugt, die Mitgliedschaft an Stelle des Genossen aufzukündigen. Nur auf dem gesetzlichen Wege des § 66 GenG. kann der Verwalter den Anspruch des Genossen auf sein Geschäftsguthaben realisieren. Der Verwalter ist auch nicht befugt, die auf der Mitgliedschaft beruhende Berechtigung zur Benutzung genossenschaftlicher Einrichtungen im Interesse der Masse auszunutzen. **d)** Verschiedenes. α. RheinA. **107** 290 (Cöln). Gegenüber dem Anspruch auf Rückübertragung eines dem Gemeinschuldner gehörigen Grundstücks ist, solange der Konkursverwalter das Grundstück nicht aus der Masse freigegeben hat, der Gemeinschuldner nicht passiv legitimiert. β. OLG. **20** 221, SeuffA. **65** 469 (Hamburg). Gegenüber dem Anspruche des Konkursverwalters auf Herausgabe der Handakten kann der Rechtsanwalt sein Zurückbehaltungsrecht nach § 32 RAO. geltend machen.

3. Pflichten des Verwalters. **RG. 72** 288, BadRpr. **11** 97, R. **10** Nr. 363. Es steht nicht im Belieben des Konkursverwalters, ob er einen Anspruch, den er für begründet hält, verfolgen will; vielmehr hat er darüber nach pflichtmäßigem Ermessen zu entscheiden und kann sich nach § 82 KO. verantwortlich machen.

4. Unzulässige Rechtshandlungen des Verwalters?

a) *Schaefer, LeipzZ. **11** 1 ff. Der Konkursverwalter kann über das Zubehör eines zur Konkursmasse gehörigen Grundstücks in gleicher Weise und mit den gleichen Wirkungen verfügen, wie vor der Konkurseröffnung der Eigentümer des Grundstücks dazu in der Lage war. Im Gegensatze zu der Rechtsprechung des RG. (**RG. 69** 92) ist anzunehmen, daß die Unzulässigkeit der Pfändung von Zubehör (§ 865 ZPO.) der Verwertung von Zubehör durch den Konkursverwalter nicht entgegensteht. Auch tritt der durch die Veräußerung des Zubehörs erzielte Erlös nicht an Stelle des Zubehörs in die Haftung für die Hypotheken ein und braucht deshalb nicht vom Konkursverwalter den Hypothekengläubigern zum Zwecke ihrer abgesonderten Befriedigung herausgegeben zu werden. §§ 126, 127 KO. sind ohne Bedeutung für die Frage. Ebenso Fuld aaO. 39. **b**) Josef, LeipzZ. **11** 593 ff., bekämpft diese Ansicht. Der Eigentümer und in seinem Konkurse der Verwalter haben bis zur Beschlagnahme das Verfügungsrecht über das Grundstückszubehör und die Realgläubiger haben kein Recht auf Verwendung des Erlöses zur Anschaffung von Ersatzstücken. Wird der Erlös nicht hierzu verwandt und erleiden die Realgläubiger infolgedessen einen Ausfall bei der Zwangsversteigerung, so haben sie einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Eigentümer aus § 812 BGB., gegen den Verwalter aus § 59 Nr. 3 KO. Die Handlung des Eigentümers oder Verwalters enthält aber auch eine unerlaubte Handlung; die Fahrlässigkeit besteht darin, daß sie sich regelmäßig sagen müssen, daß die Beseitigung des Zubehörs die Sicherheit der Realgläubiger gefährdet. **c**) Vgl. JDR. **8** zu Ziff. III 4.

5. Freigabe von Massegegenständen durch den Verwalter und Einwirkung der Erklärung auf schwebende Prozesse. **a**) **RG.** LeipzZ. **10** 313. Die Freigabe eines Vermögensstücks aus der Konkursmasse kann rechtswirksam nur durch Erklärung des Konkursverwalters dem Gemeinschuldner gegenüber erfolgen. **b**) OLG. **23** 311 (Celle). Der Verwalter hat die Befugnis, Gegenstände nicht zur Masse zu ziehen, die an sich dazu gehören. Mit der Freigabe, die auch stillschweigend erfolgen kann, hört die Massezugehörigkeit der Sache auf und der Gemeinschuldner wird wieder verfügungsberechtigt (**RG. 60** 109, JW. **96** 601, ebenso **RG.** BayRpflZ. **11** 464, ähnlich **RG.** R. **11** Nr. 3353). **c**) OLG. **21** 170 (Hamburg). Erklärt der Konkursverwalter, daß er die Fortführung eines vom Gemeinschuldner begonnenen Prozesses ablehne und sie diesem überlasse, so erlangt der Gemeinschuldner sein Verwaltungs- und Verfügungsrecht wieder; er kann also auch Berufung einlegen. Eine Abtretung von Rechten im Sinne des § 265 ZPO. liegt nicht vor. Der Fall liegt ebenso, wie wenn mit Beendigung des Konkurses die Macht des Konkursverwalters aufhört. **d**) **RG.** BayRpflZ. **11** 464. Berühmt sich der Konkursverwalter einer Forderung, so ist die von dem Gegner gegen ihn angestrengte Feststellungsklage, mit der der Ausspruch begehrt ist, daß ihm eine solche Forderung als Masseforderung nicht zustehe, durch die Freigabe gegenstandslos geworden. Damit erlischt die Legitimation des Verwalters zur Fortführung des Rechtsstreits (in der Hauptsache); das rechtliche Interesse an der Feststellung dem Verwalter gegenüber ist entfallen.

IV. Aufhebung des Konkursverfahrens. **RG.** LeipzZ. **11** 153, SeuffA. **66** 159, BayRpflZ. **11** 85. Auch während des Konkursverfahrens ist der Gemeinschuldner und nicht der Verwalter sachlich Prozeßpartei; die Aufhebung des Konkurses führt daher keine Änderung der Parteien, sondern nur eine solche in der Vertretung des Gemeinschuldners herbei. Eine vom Konkursverwalter erteilte Prozeßvollmacht behält ihre Wirksamkeit für die Zeit nach Konkursbeendigung auch gegenüber dem früheren Gemeinschuldner, solange dieser sie nicht ordnungsmäßig widerruft. Die Prozeßvollmacht wird durch den Wegfall der Vertretungsbefugnis des Konkursverwalters nicht berührt. Ebenso **RG.** JW. **10** 656. Vgl. auch JDR. **8** zu § 6 Ziff. IV b.

§§ 6, 7. Sperre des Grundbuchs durch die Konkurseröffnung? **a) RG.** RJA. **10** 140, SeuffA. **65** 254, R. **10** Nr. 457. Die Eintragung einer von dem Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung bewilligten Belastung eines zur Konkursmasse gehörenden Grundstücks ist unzulässig, wenn der Eintragungsantrag von dem Berechtigten erst nach der Konkurseröffnung gestellt wird (vgl. JDR. **8** II b). **b)** KGJ. **40** A 278, OLG. **23** 311, DNotV. **11** 955 (KG.) Der vom RG. aufgestellte Grundsatz, daß Verfügungen eines Gemeinschuldners, die erst nach der Eröffnung des Konkursverfahrens getroffen oder beim Grundbuchamt eingereicht werden, zu Eintragungen in das Grundbuch nicht führen können, ist nur auf rechtsändernde, nicht auf berichtigende Eintragungen, wie die nach der Konkurseröffnung beantragte Umschreibung einer vorher wirksam abgetretenen Briefhypothek, anwendbar. Wirksam ist die Abtretung, wenn die Übergabe des Briefes vor der Konkurseröffnung erfolgt ist; der in der Abtretungserklärung enthaltene, an das Grundbuchamt gerichtete Antrag auf Aushändigung des Briefes an den Zessionar ersetzt die Übergabe nur dann, wenn die Einreichung des Briefes an das Grundbuchamt noch vor der Konkurseröffnung erfolgt ist.

§ 7. I. Dogmatisches. **a)** *Schachian, Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte (Berlin 1910) 109 ff. Die Unwirksamkeit der Verfügungen des Gemeinschuldners ist eine relative. Sie ist bestimmt zur Sicherung und Zusammenhaltung der Masse für die Befriedigung der Gläubiger. Es ergibt sich als Maßstab, welcher sich mit den wesentlichen Theorien über die Wirkung der Konkurseröffnung und die Stellung des Konkursverwalters vereinbaren läßt: die Unwirksamkeit von Verfügungen des Gemeinschuldners besteht relativ demjenigen Rechte (Beschlags-, Verwaltungsrechte) gegenüber, welches der Konkursverwalter über die Masse ausübt. Dieses Recht ist absolut, daher die relative Unwirksamkeit aus § 7 KO. eine objektive, von jedermann geltend zu machende (vgl. JDR. **9** Ziff. 1 zu § 135 BGB.). **b)** Fuld 58. Hat der Eigentümer nach der Konkurseröffnung eine Hypothek bestellt, die nach § 7 KO. unwirksam ist, so ist auch deren Bestehen als Eigentümerhypothek ausgeschlossen.

II. Grundbuchsperre. **a)** SeuffA. **66** 87, BayObLG. **11** 397 (Bay. ObLG.). Durch den Konkursvermerk wird das Grundbuch gegen Verfügungen des Gemeinschuldners gesperrt. Ein nach § 18 GBO. zurückgewiesener Eintragungsantrag kann die Wirkung der Verfügungsbeschränkung nicht aufheben. **b)** Die Entsch. **RG. 71** 38 (JDR. **8** zu § 7 A 3) ist auch in DNotV. **10** 693 abgedruckt. **c)** Für die Grundbuchsperre auch Fuld aaO. 43.

III. Einwirkung der Konkurseröffnung auf Vertragsanträge und empfangsbedürftige Willenserklärungen. **a)** LeipzZ. **11** 406 (LG. III Berlin). Fällt der Antragsteller in Konkurs und nimmt die Gegenpartei den Antrag nach der Konkurseröffnung dem Verwalter gegenüber an, so wird die Masse nicht verpflichtet und ein Schadensersatzanspruch gegen sie ist nicht begründet. Gebunden ist aus der Offerte nur der Gemeinschuldner persönlich, daher konnte keine Annahme gegenüber der Masse erfolgen. **b)** Pfeiffer, LeipzZ. **11** 605 f. Empfangsbedürftige Willenserklärungen des nachmaligen Gemeinschuldners, die der Gegenpartei nach Konkurseröffnung zugehen, sind gemäß § 7 KO. den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam.

§ 8. Schreiber, GoldschmidtsZ. **66** 349 ff. Die Wirkung der Konkurseröffnung über das Vermögen des Scheckkunden ist folgende: das Aktivguthaben bleibt für die laufenden Schecks während der Präsentationsfrist gesperrt; diese werden voll gezahlt, soweit das Guthaben reicht. Ein Kredit, der im Scheckvertrage dem Kunden seitens des Bankiers eingeräumt ist, wird hinfällig; wird er trotzdem gewährt, so erwirbt der Bankier damit eine entsprechende Konkursforderung. Nach Ablauf der Präsentationsfrist kann weder auf Aktivguthaben, noch auf Kredit mit Wirkung

gegen die Masse gezahlt werden. Schecks, die noch nach der Konkurseröffnung vom Kridar ausgestellt sind, sind unter keinen Umständen mit Wirkung gegen die Masse zahlbar. § 8 KO. ist auf Rückzahlungen nicht anwendbar, denn die ratio legis desselben, daß der Schuldner nicht über die Vermögenslage seines Gläubigers orientiert zu sein pflegt, trifft auf das Verhältnis des Bankiers zum Scheckkunden nicht zu (vgl. oben Ziff. 5 zu § 878 BGB.).

§ 9. Hellwig 167 ff. § 9 bestimmt nur, daß der Gemeinschuldner das Entscheidungsrecht, d. h. das Recht, sich ohne Zustimmung des Verwalters über Annahme oder Ausschlagung zu entscheiden, hat und daß dieses höchstpersönliche Recht, das nicht übertragbar und nicht pfändbar ist, nicht zur Masse gehört. Damit ist aber über die Frage der Anfechtbarkeit nichts gesagt; diese setzt gerade voraus, daß die Ausschlagung wirksam vorgenommen werden kann. Vgl im übrigen Hellwig unten zu § 1 AnfG. und § 42 Ziff. 2 KO.

§ 10. 1. Fälle von Aktivprozessen. a) **RG. 73** 277. Bei der Frage, ob ein Rechtsstreit „für" den Gemeinschuldner anhängig ist, ist nicht die Parteirolle ausschlaggebend (vgl. **RG. 45** 376), sondern Art und Inhalt des Streites. Wird eine Forderung gepfändet und nimmt der Gemeinschuldner diese für sich in Anspruch, so ist der Rechtsstreit „für" ihn anhängig, auch wenn die Parteien ihn nicht im Wege der Widerspruchsklage nach § 771 ZPO., sondern dadurch austragen, daß der Pfändungsgläubiger gegen den Gemeinschuldner eine negative Feststellungsklage erhebt. b) **RG.** SeuffA. **66** 169, GruchotsBeitr. **55** 124, R. **10** Nr. 3809. Für die Frage der Anwendbarkeit des § 10 kommt es darauf an, ob sachlich ein zur Vermehrung der Teilungsmasse dienlicher Anspruch in dem schwebenden Rechtsstreite verfolgt wird. Verfolgt die Aufnahme des Verfahrens den Zweck, die Klageforderung und das davon abhängige Pfändungs- und Absonderungsrecht des Klägers zu bekämpfen, so ist § 10 anwendbar. c) LeipzZ. **11** 633, OLG. **23** 298, SeuffA. **67** 46 (Hamburg). Ist durch Urteil ein Arrest angeordnet und fällt der Antragsteller in Konkurs, nachdem der Antragsgegner Berufung eingelegt hat, so hat die Aufnahme des Prozesses nach § 10 KO. zu erfolgen, da ein Aktivprozeß vorliegt. Erkennt der Konkursverwalter den Anspruch des Gegners auf Aufhebung des Arrestes an, so ist diese Erklärung als Zurücknahme des Arrestantrags aufzufassen und die Kosten treffen die Masse nach § 59 KO.

2. Anhängigkeit zur Zeit der Konkurseröffnung. Josef, LeipzZ. **10** 383 f. Ist die Klage vor Konkurseröffnung zur Terminsbestimmung eingereicht, aber nachher zugestellt, so ist § 10 KO. unanwendbar. Der Eintritt des Verwalters in den Prozeß an Stelle des Gemeinschuldners wäre eine Klagänderung.

3. Ablehnung der Aufnahme durch den Verwalter. OLG. **21** 171, R. **10** Nr. 2879, SeuffBl. **10** 534 (München). Die Kosten bilden ein der Selbständigkeit entbehrendes Annexum des Rechtsstreits, sie haben ihren Entstehungsgrund in dem Rechtsstreit und sind in Bestand und Umfang von diesem abhängig. Scheidet der Rechtsstreit durch Nichtaufnahme des Verwalters aus dem Konkurs aus, so müssen auch die Kostenansprüche als ausgeschieden gelten. Sie werden daher durch einen Zwangsvergleich im Konkurse des Schuldners nicht berührt.

§ 11. Zu Abs. 2. a) LeipzZ. **10** 485 (Köln). Abs. 2 hat nicht die Bedeutung, daß der obsiegende Gegner die Kosten zu tragen hat, sondern daß dem unterliegenden Gemeinschuldner die Kosten nicht als Masseschuld, sondern als Konkursforderung zur Last fallen (vgl. Jäger § 11 Anm. 14 ff.). b) R. **10** Nr. 2011, OLG. **20** 304 (Hamburg). Der Konkursverwalter, der den Hypothekengläubiger nach Fälligkeit der persönlichen Schuld nicht befriedigt, gibt zur Klagerhebung Anlaß.

§ 14. 1. Zulässigkeit von Vollstreckungshandlungen der Absonderungsberechtigten. BuschsZ. **40** 111 (Kassel). § 14 KO. be-

zieht sich nur auf Konkursgläubiger, nicht auf Absonderungsberechtigte. Daher kann derjenige, der ein Arrestpfandrecht an einer Forderung des Gemeinschuldners erlangt hat, während des Konkursverfahrens die Überweisung der Forderung verlangen. Als vollstreckbarer Titel für den Überweisungsantrag ist die Eintragung in die Tabelle genügend; von ihr kann auch schon während des Konkurses Gebrauch gemacht werden.

2. *Einwirkung des Konkurses auf ein schwebendes Offenbarungseidsverfahren.* OLG. **23** 226 (KG.). Ist vom Vollstreckungsgericht ein Haftbeschluß erlassen, hiergegen sofortige Beschwerde eingelegt und fällt der Schuldner danach in Konkurs, so hat das Beschwerdegericht während des Konkurses überhaupt keine Entscheidung über Aufrechterhaltung oder Aufhebung des Haftbeschlusses zu treffen, sondern damit bis zur Beendigung des Konkurses zu warten. Nach Konkurseröffnung kann ein Konkursgläubiger vom Gemeinschuldner den Offenbarungseid nicht nach § 807 ZPO., sondern nur nach § 125 KO. verlangen.

3. *Umschreibung der Vollstreckungsklausel gegen den Verwalter.* BayRpflZ. **10** 388, OLG. **22** 359. (München) Der Konkursverwalter ist Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners im Sinne des § 727 ZPO. und deshalb muß die Vollstreckungsklausel auf ihn umgeschrieben werden. Die Vorschrift des § 14 KO. ist nicht bei Erteilung der Vollstreckungsklausel, sondern vom Vollstreckungsorgane zu beachten.

4. *Vorpfändung und Konkurseröffnung.* BadRpr. **11** 57 (Karlsruhe). Wird während der durch eine Vorpfändung in Lauf gesetzten Frist der Konkurs über den Schuldner eröffnet, so ist eine nachträgliche gerichtliche Pfändung nicht mehr möglich und die Vorpfändung wirkungslos.

§ 15. 1. *Nachträgliche Genehmigung eines nach § 181 BGB. unwirksamen Geschäfts.* LeipzZ. **11** 236 (Hamburg). Hat der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung durch ein nach § 181 BGB. unwirksames, aber genehmigungsfähiges Rechtsgeschäft das Eigentum an Mobilien übertragen und erfolgt nach Konkurseröffnung die Genehmigung des Geschäfts, so kann der Genehmigende die Sachen nicht aussondern, sondern er muß die Konkurseröffnung gegen sich gelten lassen; § 184 Abs. 2 BGB. ist entsprechend anzuwenden.

2. *Absonderung für Kommissionsforderungen.* OLG. **19** 402, R. **10** Nr. 400 (Marienwerder). Der Kommissionär erwirbt an den erst nach der Konkurseröffnung in seinen Besitz gelangten Gegenständen des Kommittenten ein Pfandrecht, wenn der Konkursverwalter das Geschäftsverhältnis mit dem Kommittenten einstweilen fortsetzt (vgl. auch JDR. **8** Ziff. 2).

Zweiter Titel. Erfüllung der Rechtsgeschäfte.

§§ 17 ff. **RG.** R. **10** Nr. 364. Erlischt nach den Bestimmungen der KO. ein Vertrag, durch den der eine Teil ermächtigt worden ist, Sparkassengelder des anderen Vertragsteils zur Deckung seines Guthabens einzuziehen, so hört damit auch die Vollmacht zur Erhebung der Gelder auf.

§ 17. I. *Zweiseitiger Vertrag.* **RG.** LeipzZ. **10** 223. Die Vereinbarung zwischen Hypothekengläubiger und Eigentümer, daß ein infolge Abzahlung vom Eigentümer erworbener Hypothekenteil dem Gläubiger für andere Forderungen haften solle, unterliegt nicht dem § 17 KO., weil hier nur dem einen Vertragsteil eine Leistung obliegt (vgl. JW. **86** 248, **RG. 35** 28). Der Anspruch des Gläubigers verwandelt sich gemäß § 69 KO. in eine Geldforderung, die als Konkursforderung geltend zu machen ist.

II. *Gänzliche oder teilweise Nichterfüllung eines Vertrags.* a) SächsOLG. **32** 158, SächsRpflA. **10** 283 (Dresden). Bei einem Kaufe unter Eigentumsvorbehalt ist die Verpflichtung des Verkäufers nicht durch Übergabe der Kaufsache, sondern erst dann vollständig erfüllt, wenn er dem Käufer das

Eigentum verschafft hat (**RG. 64** 206, **66** 347). **b)** SächsRpflA. **10** 13, R. **10** Nr. 562 (Dresden). Erklärt der Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung, daß er nur gegen vorherige Erfüllung der Zahlungspflicht der anderen Vertragspartei liefern werde und langt das von dieser daraufhin abgesandte Geld erst am Tage nach der Konkurseröffnung an, so liegt ein Fall des § 17 vor. Lehnt der Konkursverwalter die Erfüllung des Vertrags ab, so ist sein Behalten der Geldsendung ein grundloses und er ist zur Rückzahlung nach § 59 Ziff. 1 und 3 verpflichtet.

III. Einwirkung der Konkurseröffnung auf einzelne Vertragsarten. 1. Kauf unter Eigentumsvorbehalt. **a)** R. **10** Nr. 3593, SächsRpflA. **10** 282 (Dresden). Gibt der Konkursverwalter über die Erfüllung eines unter Eigentumsvorbehalt geschlossenen Kaufvertrags keine Erklärung ab, so kann der Verkäufer die Kaufgegenstände gegen Rückgewähr der Teilzahlungen zurückfordern, auch wenn er die zur Teilzahlung gegebenen Wechsel eingeklagt und seine Forderung zum Konkurs angemeldet hat. **b)** Schlotter, LeipzZ. **11** 49 f. Wenn im Falle des Verkaufs einer Sache unter Eigentumsvorbehalt der Verkäufer in Konkurs fällt und der Konkursverwalter gemäß § 17 KO. die Erfüllung des Vertrags ablehnt, kann der Käufer die Rückgabe der gekauften Sache nicht nach § 986 BGB. verweigern oder ein Absonderungsrecht nach §§ 369, 370 HGB. geltend machen. Hat der Gemeinschuldner vor Eröffnung des Konkurses die Kaufgelderforderung abgetreten, so geht das Recht aus dem Eigentumsvorbehalte nach § 401 BGB. auf den Zessionar über und nur dieser, nicht der Konkursverwalter kann das Recht auf Herausgabe geltend machen.

2. Abzahlungsgeschäft. *Hörle, Abzahlungsgeschäfte, Gruchots Beitr. **55** 181. Wenn ein in die Form eines Miet- oder Leihvertrags gekleideter Vertrag als Abzahlungsgeschäft aufzufassen ist, so ist im Konkurs über das Vermögen des Abzahlungskäufers nicht § 19, sondern § 17 anzuwenden.

3. Mitgliedschaft bei einer Genossenschaft. Deumer, LeipzZ. **11** 538. Die auf Grund der Mitgliedschaft mit der Genossenschaft abgeschlossenen Verträge des Genossen werden vom Konkurse nicht berührt, weil die Mitgliedschaft als höchstpersönliches Recht nicht dem Konkursbeschlag unterliegt. Auch auf die gesetzlichen (§ 7 Ziff. 2 GenG.) und statutarischen Verpflichtungen des Genossen findet § 17 KO. keine Anwendung.

4. Verlagsvertrag. Riezler, LeipzZ. **10** 641 ff. Der Verlagsvertrag ist mit der Übergabe des Werkes an den Verleger vom Verfasser noch nicht vollständig erfüllt. Aus § 2 VerlG. ergibt sich weiter für die ganze Vertragsdauer eine gleichfalls wesentliche fortdauernde Unterlassungspflicht. Daher findet im Konkurse § 17 KO. auf den laufenden Verlagsvertrag Anwendung. Lehnt der Konkursverwalter die Erfüllung ab, so verwandelt sich der Anspruch des Verfassers in einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung. Dies ergibt sich nicht aus den Bestimmungen der KO., sondern aus dem allgemeinen Rechtssatze, daß, wer als Schuldner infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes nicht leistet, den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen hat; zu vertreten hat aber der Schuldner die Nichtleistung, die in seiner Willenssphäre angehörigen und in ihr wurzelnden Umständen begründet ist. Die Erfüllungsablehnung durch den Konkursverwalter enthält notwendig zugleich einen Verzicht auf das Verlagsrecht, das damit wieder dem Verfasser zufällt. Bezüglich der Exemplare des Werkes, die bereits gewerbsmäßig in den Verkehr gebracht sind, ist das Verlagsrecht erschöpft, der mit Willen des Verlegers erfolgten Inverkehrsetzung steht aber die im Zwangsweg erfolgte gleich. Daher kann der Verfasser die Verbreitung von Exemplaren, die ein Dritter in der Versteigerung vom Verleger erworben hat, nicht untersagen.

5. Aktienzeichnungsvertrag. *Wolff, LeipzZ. **11** 881. Der Aktienzeichnungsvertrag hat wegen der rechtspolizeilichen Natur der Aktienzeichnung

nicht den Charakter eines gegenseitigen Vertrags. Die Aktiengesellschaft darf deshalb den Anspruch aus der Zeichnung im Konkurse des Zeichners als Konkursforderung geltend machen, sie ist nicht verpflichtet und (abgesehen von Namensaktien) nicht berechtigt, gegen Zahlung der Dividende dem Konkursverwalter die nicht vollständig bezahlte Aktie auszuhändigen. Das Recht der Kaduzierung des § 219 HGB. steht ihr dagegen im Falle des Konkurses des Zeichners während der Dauer des Konkursverfahrens nicht zu.

6. Insertionsvertrag. *Fuld, LeipzZ. **10** 431. Der Inseratenauftrag hat den Charakter eines einheitlichen Rechtsgeschäfts; die Konkurseröffnung bewirkt nicht, daß dasselbe in zwei getrennt zu behandelnde Teile geteilt wird. Entschließt sich der Konkursverwalter für die Erfüllung, so ist der Verleger auch hinsichtlich der Forderung aus vor der Konkurseröffnung abgedruckten Inseraten Massegläubiger. Die zugesagte Rabatteinräumung wird nicht durch die Eröffnung hinfällig, es kann aber nur der Rabatt beansprucht werden, welcher bewilligt worden wäre, wenn bei der Tätigung des Vertrags nur die tatsächlich bis zu der Konkurseröffnung erschienenen Inserate in Aussicht genommen worden wären. Nur dann, wenn die Rabatteinräumung einen an eine bestimmte Frist gebundenen Zahlungsskonto zum Inhalte hat, braucht sich der Verleger den Abzug nicht mehr gefallen zu lassen. Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, so ist zu unterscheiden zwischen der Forderung für die vor dem Eröffnungstag erschienenen Inserate und der Schadensersatzforderung. Die erstere hat den Charakter einer reinen Konkursforderung, bezüglich der letzteren ist der Ansicht der Vorzug zu geben, daß die Höhe des Schadens sich nach dem Betrage der ausgefallenen Inserate richtet, daß aber unter Umständen von der Anwendung des § 254 BGB. hierbei geeigneter Gebrauch zu machen ist. Die Annahme, daß der Verleger stets einen Schaden erleide, wenn ein bestelltes Inserat nicht abgedruckt werde, ist irrig; tritt an Stelle des nicht abgedruckten Inserats ein anderes bezahltes, so hat der Verleger einen Schaden überhaupt nicht erlitten. Unbedenklich kann sich ein Gewohnheitsrecht bilden, wonach der Schadensersatzanspruch des Verlegers in diesem Falle auf einen bestimmten Betrag beschränkt wird, es muß aber die Frage, ob die Existenz eines solchen Gewohnheitsrechts zur Zeit in schlüssiger Weise bewiesen ist, verneint werden.

IV. Einwirkung der Erfüllungsablehnung des Verwalters auf den erfüllten Teil des Vertrags. a) **RG. 73** 58, JW. **10** 339, SeuffA. **65** 428. Die Frage, ob der Konkursmasse ein Anspruch auf den verhältnismäßigen Teil der Gegenleistung zusteht, wenn der Gemeinschuldner einen zweiseitigen Vertrag teilweise erfüllt hat, der Konkursverwalter aber die weitere Erfüllung ablehnt, ist aus dem allgemeinen Grundsatze zu lösen, daß keine Vertragspartei, die auf Grund eines zweiseitigen Vertrags empfangene Teilleistung endgültig behalten kann, ohne zu der entsprechenden Gegenleistung verpflichtet zu sein. Die vom Konkursverwalter nach § 17 KO. erfolgte Ablehnung der Erfüllung ist ebenso zu beurteilen, wie die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit der weiteren Erfüllung. § 26 KO. steht nicht entgegen, da er nur die dem anderen Teile im Falle der Nichterfüllung zustehenden Rechte behandelt. Ob ein Bereicherungsanspruch der Konkursmasse auf den Mehrwert des vom Gemeinschuldner dem anderen Vertragsteile bereits Geleisteten besteht, wird unentschieden gelassen. b) OLG. **23** 299 (Marienwerder). Durch Ablehnung der Erfüllung eines Vertrags seitens des Konkursverwalters wird der Vertrag nicht etwa völlig beseitigt, sondern nur die weitere Erfüllung des an sich fortbestehenden Vertrags verhindert. Teilleistungen, die vor Konkurseröffnung bewirkt sind, entbehren nicht des Rechtsgrundes (vgl. **RG. 56** 238, OLG. **10** 193). Ebenso OLG. **23** 300 (Hamm).

V. Folgen des Unterbleibens jeder Erklärung seitens des Verwalters. SächsOLG. **32** 92 (Dresden). Gibt der Konkursverwalter

bei einem vom Gemeinschuldner vor Eröffnung des Konkursverfahrens geschlossenen Kaufvertrage bis zur Beendigung des Verfahrens eine Erklärung nach § 17 KO. nicht ab und geht ihm auch bis dahin eine Aufforderung zur Erklärung von der anderen Vertragspartei nicht zu, so bleibt der Vertrag vom Konkurs und einem darin geschlossenen Zwangsvergleich unberührt und jeder Teil kann nachträglich Erfüllung verlangen.

§ 18. LeipzZ. **11** 635, OLG. **23** 302, R. **11** Nr. 2205 (Hamburg). Abladungsgeschäfte sind keine Fixgeschäfte im Sinne des § 18 KO.

§ 19. 1. Zu Satz 3. Rechtliche Natur des Schadensersatzanspruchs. a) **RG.** LeipzZ. **10** 473, JW. **10** 341, SächsRpflA. **10** 236. Die durch Ausübung der Kündigungsbefugnis des § 19 KO. erzielte Auflösung des Hauptmietvertrags und die dadurch herbeigeführte Nichterfüllung des Untermietvertrags bilden mittelbar eine Folge der Konkurseröffnung im Sinne des § 26 und lassen deshalb keine Masseschuld, sondern nur eine Konkursforderung entstehen (ebenso **RG. 67** 372, Jäger § 26 Anm. 9). **b**) RheinA. **107** 295 (Cöln). Der Schadensanspruch des Vermieters bei vorzeitiger Aufkündigung des Mietverhältnisses durch den Konkursverwalter ist als ein sofort fälliger, nicht als aufschiebend bedingter zu behandeln (aM. Jäger § 19 Anm. 16).

2. Über Abzahlungsgeschäfte, die in die Form eines Miet- oder Leihvertrags gekleidet sind, vgl. § 17 Ziff. III 2.

§ 24. 1. Anwendbarkeit des § 24 bei Vormerkungen, die von Amts wegen eingetragen werden? a) RJA. **10** 231, KGJ. **39** A 167, ZBlFG. **11** 476 (KG.). Die Eintragung einer Zwangshypothek auf dem Grundstücke des Gemeinschuldners zugunsten eines einzelnen Konkursgläubigers nach erfolgter Konkurseröffnung ist unzulässig, auch wenn zugunsten des Eintragungsantrags nach § 18 Abs. 2 GBO. vor Konkurseröffnung von Amts wegen eine Vormerkung eingetragen ist (aM. Jäger § 24 Anm. 7). Die Vormerkung des § 18 Abs. 2 begründet kein bedingtes dingliches Recht, sie ist nur ein Grundbuchvermerk, der zugunsten der beantragten Eintragung eine Rangstelle unter der Bedingung sichert, daß der Antrag durch Eintragung erledigt wird. Die Entscheidung ist daher so zu treffen, als ob die Vormerkung nicht eingetragen wäre. **b**) Gegen diese Entscheidung polemisiert du Chesne, LeipzZ. **11** 511 ff. Durch die Vormerkung des § 18 GBO. werden die dinglichen Wirkungen des künftigen Rechtes nach außen vorausgenommen. Daher muß das künftige Recht mittels der Vormerkung gegenüber den später eintretenden Konkursmaßregeln als dingliches Vollrecht wirken. Dem entspricht auch die Behandlung der Vormerkung im Zwangsversteigerungsgesetze. Die Amtsvormerkung bedarf kraft ihrer stärkeren prozessualen Wirkung überhaupt nicht der Bewilligung des Verwalters, sondern tritt im Konkurs als absonderungsberechtigtes Realrecht auf.

2. Abhängigkeit der Vormerkung von dem zu sichernden Rechte. a) RheinA. **107** 294 (Cöln). Die Vormerkung hängt in ihrer Wirkung von dem Rechte, das sie sichern soll, ab. Wird dieses Recht nach § 26 KO. mit Konkursbeginn hinfällig, so hat auch die Vormerkung ihre Wirksamkeit verloren (vgl. JDR. **8** zu § 24 Ziff. 1). **b**) Pfeiffer, LeipzZ. **11** 606, 769 f., Jäger, aaO. 606 f., 770. Der Gläubiger kann sich auf eine Vormerkung für künftige Ansprüche im Konkurse des Schuldners nicht stützen, wenn der vorgemerkte Anspruch zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht einmal bedingt entstanden ist.

§ 26. 1. Über die Folgen der Erfüllungsablehnung seitens des Verwalters vgl. § 17 Ziff. III, IV.

2. Über die Entschädigungsforderung des Untermieters bei Aufhebung des Hauptmietvertrags vgl. § 19 Ziff. 1 a und JDR. 8 zu § 26 Ziff. 2.

3. Einzelheiten. a) *Schönh, ABürgR. **35** 291 ff. Ist dem Treuhänder die Rechtsmacht unter der regelmäßig zu vermutenden Bedingung übereignet, daß sie mit der Konkurseröffnung in das Vermögen des Treugebers zurückfallen solle, so steht § 26 KO. der Rückforderung nicht entgegen, da die Übereignung der Rechtsmacht keine „Leistung" zur Vertragserfüllung darstellt (vgl. auch JDR. **9** Ziff. 2 zu §§ 104 ff. u. Ziff. 2 zu § 117 BGB.). **b)** RheinA. **107** 290 (Cöln). Der Verkäufer eines Grundstücks kann ein ihm vorbehaltenes Recht auf Rückgängigmachung des Kaufes nicht mehr geltend machen, wenn der Käufer vor Wirksamwerden des Rückgabeanspruchs (z. B. durch Erklärung des Rücktritts) in Konkurs geraten ist. Dies gilt auch dann, wenn für den Anspruch eine Vormerkung eingetragen ist (vgl. Jäger § 26 Anm. 8, Petersen § 26 Anm. 3; aM. Wilmowski § 26 Anm. 8). **c)** SächsOLG. **32** 159, SächsRpflA. **10** 284 (Dresden). Bei einem Verkauf unter Eigentumsvorbehalt ist für die Anwendung des § 26 KO. kein Raum. Fordert der Verkäufer auf Grund seines Eigentums die Rückgabe der verkauften Sache, so ist er Zug um Zug zur Erstattung angezahlter Teilbeträge verpflichtet. Gegenüber dieser Forderung der Masse kann er mit Schadensersatzansprüchen wegen Nichterfüllung nicht aufrechnen. **d)** **RG.** R. **10** Nr. 921. Ist die Konkursmasse einer überlebenden Ehefrau an der Errungenschaftsgemeinschaft beteiligt und gehören zu dieser Grundstücke, an denen dem Verkäufer ein vertragliches Rückübertragungsrecht zusteht, so kann der Konkursverwalter dem Anspruche des Verkäufers auf Rückübertragung gegenüber weder die Grundstücke als Gesamtgut für die Verbindlichkeiten der Gemeinschuldnerin in Anspruch nehmen noch sich auf § 26 KO. berufen.

Dritter Titel. Anfechtung.

§ 29. I. Dogmatisches. 1. Klagantrag der Anfechtungsklage. *Voß, LeipzZ. **10** 189 ff., 266 ff. Im Gegensatze zur Widerspruchsklage (§ 771 ZPO.) sind Klagebitte und Urteilsformel bei der Schuldanfechtung nicht dahin zu richten, daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt oder in diesem Sinne eingestellt werde. Der Anspruch des Anfechtungsklägers ist auf Rückgewähr gerichtet (§ 37 KO., § 7 AnfG.). Vermöge der Anfechtung soll dem Erwerber das Erworbene entzogen werden, nach der herrschenden Lehre vermittels eines Verschaffungsanspruchs, nach richtigerer, allerdings dem römischen Rechte fremden Auffassung vermittels eines Entreißungsrechts. Der Anfechtungsberechtigte greift die Rechtsbeständigkeit, die Dauer des Erwerbserfolges an, steht also insoweit dem Widerspruchskläger nicht gleich. Steht ihm auch eine Vollstreckungsgegenklage im weiteren Sinne dieses Wortes zu, so steht sein Anspruch doch selbständig neben den übrigen zur gleichen Klagengruppe gehörigen Klagen und ist den Zuständigkeitsvorschriften der §§ 767, 771 ZPO. nicht unterworfen. In entsprechender Weise gründet sich die Anfechtungseinrede gegen eine Vollstreckungspfändung auf die Erwägung, daß ein Widerspruchsrecht, das dem Berechtigten entrissen werden kann, materiell nur ein Scheinrecht darstellt.

2. Subjekt des Anfechtungsrechts. Voß, LeipzZ. **11** 354 ff., 429 ff. Die herrschende Meinung betrachtet die Konkursgläubiger als Subjekt des Anfechtungsrechts. Dieses Recht ist ein Privatrecht und erfordert daher ein privatrechtsfähiges Subjekt. Dies ist weder die Gläubigerschaft noch die Gläubigerversammlung oder der Gläubigerausschuß. Das Gläubigerverhältnis muß überhaupt aus der Anfechtung ausscheiden, die Gläubiger treten dem Anfechtungsgegner nicht als solche, sondern als Masseinteressenten gegenüber. Das wahre Subjekt des Anfechtungsrechts ist die Masse selbst. Der Gemeinschuldner ist Passivträger des An-

fechtungsrechts in dem Sinne, in dem jeder Vollstreckungsschuldner Passivträger des zum Zwecke der Vollstreckung zu ergreifenden Vermögens sein muß.

3. Voraussetzungen und rechtliche Natur der Anfechtungsklage. *Hohmann, Die Anfechtung außerhalb und innerhalb des Konkurses 20 ff. Voraussetzung der Anfechtung ist stets eine Willensbetätigung. Unterlassen ist nur dann anfechtbar, wenn es vom Gesetz einer positiven Handlung gleichgestellt wird, d. h. wenn eine Rechtspflicht des Schuldners zur Ausführung der Handlung bestand. — Nichtige Rechtsgeschäfte können nicht angefochten werden. Die Gläubigeranfechtung ist daher nur subsidiär (22). — Bei Anfechtung von dinglichen Veräußerungsgeschäften genügt nicht eine Anfechtung des obligatorischen Geschäfts, sondern es muß entweder das Vollzugsgeschäft allein oder zusammen mit dem Grundgeschäft angefochten werden. — (107): Der Anfechtungsanspruch ist nicht ein Anspruch aus unerlaubter Handlung, sondern eine obligatio ex lege. Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung ist daher nicht gegeben. Bei einer Kollision beider Normen gehen die Sätze der Anfechtung nicht denen der unerlaubten Handlung als lex specialis vor, sondern beide finden nebeneinander Anwendung, in der Weise, daß der Gläubiger die Wahl hat, diese oder jene anzuwenden.

4. Anfechtung von Baugeldzahlungen. a) *Sieburg, JW. **11** 393 f. Die Anfechtung von Baugeldzahlungen an Baugläubiger unterliegt den allgemeinen Grundsätzen über Anfechtung von Zahlungen. Wesentlich ist bei der Anfechtung die Benachteiligung der Gläubiger und die wirkliche oder vermutete Kenntnis des anderen Teiles von der schlechten Vermögenslage oder der Gläubigerbenachteiligungsabsicht des Schuldners. Diese subjektive Seite hat mit der Zahlung im allgemeinen und mit der Baugeldzahlung im besonderen nichts zu tun. Auch eine Benachteiligung der Konkursgläubiger durch Baugeldzahlung liegt vor; nur in dem Falle des § 31 Nr. 2 kann eine Ausnahme eintreten. **b)** KGBl. **11** 81 f. (LG. I Berlin). Baugeldzahlungen sind nicht anfechtbar. Nach der Absicht des Gesetzgebers ist anzunehmen, daß das jüngere Bausicherungsgesetz als Spezialgesetz der älteren KO. vorgehen soll. Diese Absicht ergibt sich insbesondere daraus, daß der Baugeldempfänger zur Verwendung des Baugeldes verpflichtet ist und hierzu sogar durch eine Strafandrohung des Gesetzes angehalten wird. Außerdem setzt die Anfechtung eine unwirksame Rechtshandlung voraus, während die Baugeldzahlung gesetzlich geboten ist. ➠ Dieses Urteil ist vom KG. in einer bisher nicht veröffentlichen Entscheidung gebilligt. Red. ⟵ **c)** Vgl. auch Goldbaum zu § 1 Ziff. II.

5. Bürgschaft bei Anfechtung der Zahlung des Hauptschuldners. Henneberg, LeipzZ. **11** 277. Der Bürge, der durch die mit der anfechtbaren Rechtshandlung erfolgte Zahlung von der Bürgschaftsverbindlichkeit befreit war, wird nach erfolgreicher Anfechtung von neuem verpflichtet. Vgl. ferner über die Haftung des Bürgen bei einer Anfechtung nach § 342 HGB. die ausführlichen Erörterungen 278 ff.

II. Rechtsprechung. A. Materielles Recht. 1. Unabtretbarkeit des Anfechtungsrechts. **RG.** LeipzZ. **10** 86. Es gibt keinen Unterschied zwischen dem Anfechtungs r e c h t e des Konkursverwalters und dem durch die Anfechtungserklärung entstehenden Anfechtungs a n s p r u c h; die Abtretung dieses Anspruchs ist unzulässig.

2. Ausschließliche Legitimation des Konkursverwalters zur Anfechtung. PosMSchr. **10** 189 (Posen). Mit der Eröffnung des Konkursverfahrens geht das Anfechtungsrecht bezüglich aller Rechtshandlungen des Gemeinschuldners auf den Konkursverwalter über und kann von Einzelgläubigern nicht mehr geltend gemacht werden; unerheblich ist, ob die Anfechtung durch Klage oder einredeweise geschieht. Daher hat ein Gläubiger, der vor der Konkurseröffnung anfechtbar veräußerte Gegenstände beim Gemeinschuldner gepfändet hat, nicht das

Recht gegenüber der Interventionsklage des Eigentümers, die Anfechtbarkeit des Erwerbes einredeweise darzutun.

3. Rechtliche Natur des Anfechtungsrechts. a) PosMSchr. **10** 190 (Posen). Die Anfechtung hat keine dingliche Wirkung. Hat ein Gläubiger vor Konkurseröffnung anfechtbar veräußerte Gegenstände gepfändet und wird durch Klage des Konkursverwalters die Anfechtbarkeit festgestellt, so entsteht kein Absonderungsrecht des Pfändungsgläubigers. b) **RG.** LeipzZ. **11** 709. Mit der Ausübung eines Anfechtungsrechts zur Beseitigung einer anfechtbaren Eintragung im Grundbuche macht der Konkursverwalter für die Konkursgläubiger einen persönlichen Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes geltend. Dagegen übt der Verwalter den negatorischen dinglichen Berichtigungsanspruch für den Gemeinschuldner aus.

4. Begriff der Rechtshandlung. R. **11** Nr. 2962 (Colmar). Der Begriff der Rechtshandlung umfaßt alle Phasen der Entwickelung einer Handlung bis zu dem Zeitpunkt, in welchem der mit der Handlung bezweckte Erfolg sichergestellt ist. Bei der Begründung eines Rechtes, für welches die Eintragung ins Grundbuch erforderlich ist, gilt die Handlung erst mit der erfolgten Eintragung als vollendet.

5. Anfechtbarkeit der Erbschaftsausschlagung. Vgl. Hellwig zu § 1 AnfG. und §§ 9, 42 Ziff. 2 KO.

6. Anfechtbarkeit von Vollstreckungshandlungen. a) Rhein. A. **107** 300 (Cöln). Der Anfechtung einer Pfändung durch den Konkursverwalter steht nicht entgegen, daß die Pfandsachen vor der Pfändung von dem Schuldner einem Dritten — gleichfalls in anfechtbarer Weise — übereignet und von diesem erst nach der Konkurseröffnung der Konkursmasse überlassen worden sind. b) Bay. RpflZ. **10** 141, R. **10** Nr. 1427 (Zweibrücken). Eine im Wege der Zwangsvollstreckung erlangte Sicherungshypothek kann auch dann angefochten werden, wenn das belastete Grundstück vor der Konkurseröffnung veräußert wurde und der Erwerber die Sicherungshypothek unter Genehmigung des Gläubigers übernommen hat. Die Rückgewähr hat in der Weise zu erfolgen, daß der Anfechtungsgegner die Sicherungshypothek nebst der ihr zugrunde liegenden Forderung zur konkursmäßigen Verwertung für die Teilungsmasse auf den Konkursverwalter überträgt.

7. Anfechtbarkeit von Scheingeschäften. **RG.** JW. **11** 595, LeipzZ. **11** 951. Auch bei einem zum Schein vorgenommenen Geschäfte besteht die Möglichkeit, daß sich rechtliche Wirkungen ergeben, welche für die Gläubiger eines Beteiligten nachteilig sind und genügenden Grund zur Ausübung des Anfechtungsrechts bieten. Ein solcher Fall liegt z. B. vor, wenn zum Schein eine Hypothek eingetragen und der angebliche Hypothekengläubiger dadurch in die Lage gesetzt wird, eine Verfügung zu treffen, die die Hypothek zur Wirksamkeit bringt (§ 1138 BGB.). Ebenso **RG.** LeipzZ. **11** 711.

8. Anfechtbarkeit der Beteiligung an einer GmbH. **RG. 74** 17, DJZ. **10** 883. Die Gläubiger des Gesellschafters einer GmbH. können zum Zwecke ihrer Befriedigung die Rückgewähr der Stammeinlage des Schuldners beanspruchen. Der Satz, daß der einzelne Gesellschafter Herausgabe seiner Einlage nicht beanspruchen darf (vgl. **RG. 68** 271), gilt nur im Verhältnisse zwischen Gesellschafter und Gesellschaft.

B. Prozessuale Fragen. 1. Stellung des Gemeinschuldners in Anfechtungsprozessen. SeuffA. **66** 36 (Braunschweig). Der Gemeinschuldner kann in Anfechtungsprozessen des Konkursverwalters einer der beiden Parteien als Nebenintervenient beitreten. Trotzdem er regelmäßig dem Anfechtungsgegner bei erfolgreicher Anfechtung gewährleistungspflichtig ist, kann er doch ein Interesse am Obsiegen des Konkursverwalters haben, weil sich dadurch

seine Schulden gegenüber den anderen Konkursgläubigern verringern. Tritt der Gemeinschuldner dem Verwalter bei, so ist er streitgenössischer Nebenintervenient und kann deshalb nicht als Zeuge vernommen werden.

2. Gerichtsstand der Anfechtungsklage. a) LeipzZ. **10** 242, OLG. **20** 344 (Stuttgart). Wird die Anfechtungsklage aus dem Gesichtspunkt eines die Veräußerung hindernden Rechtes nach § 771 ZPO. erhoben, so ist das Gericht, in dessen Bezirk vollstreckt wird, ausschließlich zuständig. Es muß aber dem Anfechtenden freistehen, entweder durch Heranziehung der im § 771 dargebotenen rechtlichen Gesichtspunkte sich dem dort festgesetzten ausschließlichen Gerichtsstande zu unterwerfen oder durch Gestaltung seiner Klage als einer reinen Anfechtungsklage diese Folge zu vermeiden (**RG. 18** 393, **40** 371, **42** 343, JW. **01** 330 Nr. 13, Gruchots Beitr. **38** 180, 492). **b) RG.** LeipzZ. **10** 226. Bei Anfechtungsklagen außerhalb des Konkurses ist der Streitwert nach dem Betrage der Forderung einschließlich Zinsen und Kosten zu berechnen; bei der konkursmäßigen Anfechtung bestimmt sich der Streitwert unter Berücksichtigung des § 3 ZPO. nach dem Gegenstande der Rückgewähr. Ficht der Konkursverwalter eine Pfändung an, so finden die für die Widerspruchsklage nach § 771 ZPO. maßgebenden Grundsätze Anwendung. Daher ist bei Berechnung des Streitwerts gemäß § 6 ZPO. der Betrag der Forderung oder, wenn dieser geringwertiger ist, der Gegenstand des Pfandrechts entscheidend; im ersteren Falle aber sind Zinsen und Kosten nach § 4 ZPO. nicht zu berücksichtigen.

3. Beweislast. **RG.** LeipzZ. **11** 711. Steht bei Anfechtung einer Hypothekeneintragung fest, daß der eingetragene Schuldgrund nicht zutrifft, so hat der Anfechtungsgegner den von ihm behaupteten anderweiten Schuldgrund zu beweisen.

4. Aufhebung des Konkurses während des Anfechtungsprozesses. OLG. **23** 304 (Marienwerder). Mit der Aufhebung des Konkurses ist der Rechtsstreit um die Gläubigeranfechtung im Konkurse, wie sich schon aus dem Begriffe des Anfechtungsrechts ergibt, erledigt. Dem Anfechtungsgegner steht daher (bei Aufhebung des Konkurses nach Urteilserlaß) in der Regel die Berufung gegen ein zu seinen Ungunsten ergangenes Urteil, zunächst in der Hauptsache, nicht zu; wegen des Kostenpunkts allein ist die Berufung nicht statthaft (**RG. 7** 35, **31** 40). Hat aber das angefochtene Urteil in seiner Formel über den Rahmen des Anfechtungsprozesses hinaus eine Rechtshandlung allgemein, nicht nur den Konkursgläubigern gegenüber für unwirksam erklärt, so ist der Anfechtungsgegner beschwert und Berufung zulässig.

C. Rechtsanwendung. Das OLG. Düsseldorf erörtert in RheinA. **107** 305 die Frage, welches Recht auf die Anfechtung im Konkurs eines in Deutschland wohnenden Gemeinschuldners anzuwenden ist, wenn die Anfechtung sich gegen einen im Ausland erwirkten Arrest richtet. Bestimmte Stellung wird zu den verschiedenen Ansichten nicht genommen.

§ 30. I. Allgemeines. 1. Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung. a) PosMSchr. **10** 190 (Marienwerder). Die in der Bestellung einer Briefgrundschuld liegende (angefochtene) Verfügung ist nicht schon durch die Verpfändungs- und Grundschuldbewilligungs erklärung, sondern erst durch die Eintragung der Grundschuld erfolgt. Unmaßgeblich ist der Zeitpunkt, in dem der Grundschuldgläubiger gemäß § 1117 BGB. die Grundschuld erwirbt. **b) RG.** GruchotsBeitr. **54** 1164, R. **10** Nr. 3065. Die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit der unbedingten Abtretung eines bedingten Anspruchs richten sich nach dem Zeitpunkte der Abtretung, nicht des Eintritts der Bedingung.

2. **RG.** R. **11** Nr. 602, JW. **11** 107, DJZ. **11** 218. Auch wenn sich der Kläger nur auf § 30 Nr. 2 bezieht, ist der vorgetragene Tatbestand von Amts wegen auf die Anwendbarkeit der Nr. 1 zu prüfen.

II. Zahlungseinstellung. 1. Begriff der Zahlungseinstellung. a) **RG.** JW. **11** 490, LeipzZ. **11** 859. Der Begriff der Zahlungseinstellung erfordert nicht eine besondere Erklärung derselben seitens des Gemeinschuldners, vielmehr genügt die nach außen erkennbar gewordene Tatsache der Zahlungsunfähigkeit. Die Zahlungseinstellung ist vom Willen des Schuldners unabhängig und kann auch gegen seinen Willen eintreten. Eine Zahlungseinstellung liegt nicht vor, solange der Schuldner tatsächlich zahlt, mag er sich auch das Geld dazu durch strafbare Handlungen verschafft haben. Zur Annahme der Zahlungseinstellung kann schon die Zahlungsweigerung gegenüber einem einzelnen Gläubiger, zumal einem Hauptgläubiger genügen (vgl. **RG. 50** 42, JW. **01** 653 u. 753). **b)** **RG.** LeipzZ. **10** 476. Für die Frage der Zahlungseinstellung ist nicht entscheidend, ob der Schuldner zu erkennen gibt, daß er nicht mehr zahlen will; es genügt, wenn die Umstände ergeben, daß er auch in Zukunft seine fälligen Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen kann. Ebenso **RG.** JW. **11** 724, LeipzZ. **11** 857 B, SächsRpflA. **11** 407; JW. **10** 483, SächsRpflA. **11** 408, R. **11** Nr. 1971. c) **RG.** LeipzZ. **11** 857 A, 858 D, E. Zahlungseinstellung ist die nach außen erkennbar gewordene Tatsache der allgemeinen Nichterfüllung der fälligen Geldschulden wegen voraussichtlich dauernden Mangels an Zahlungsmitteln. Eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des Schuldners oder ein besonderer Entschluß, nicht mehr zu zahlen, wird nicht erfordert. **d)** **RG.** LeipzZ. **10** 862, R. **10** Nr. 2275. Der Begriff der Zahlungseinstellung setzt Erkennbarkeit für jedermann nicht voraus, es genügt Erkennbarkeit für den Anfechtungsbeklagten. e) **RG.** R. **11** Nr. 3702. Auf eine Zahlungseinstellung wird in vielen Fällen schon aus dem bloßen Verhalten des Schuldners gegenüber andrängenden Gläubigern geschlossen werden können. Es können jedoch im Einzelfall Umstände vorliegen, die eine andere Beurteilung rechtfertigen. **f)** **RG.** JW. **11** 724, LeipzZ. **11** 857 B, SächsRpflA. **11** 407. Für den Begriff der Zahlungseinstellung ist es wesentlich, ob zu der Zeit, als von dem Schuldner die Bezahlung fälliger Verbindlichkeiten verlangt wurde, bereite Zahlungsmittel vorhanden waren oder wenigstens noch vor der Konkurseröffnung, und zwar nicht bloß vereinzelt, sondern in der Regel beschafft wurden. **g)** **RG.** JW. **11** 108. Der Begriff der Zahlungseinstellung erfordert nicht, daß überhaupt keine Zahlungen mehr auf fällige Forderungen geleistet werden. Es ist nach dem einzelnen Falle zu beurteilen, ob aus der Berichtigung einzelner fälliger Schulden ein Bedenken gegen die Annahme der Zahlungseinstellung herzuleiten ist. **h)** **RG.** LeipzZ. **11** 858. Wenn innerhalb eines gewissen Zeitraums die Schulden teils bezahlt, teils nicht bezahlt werden, so hängt die Zahlungseinstellung davon ab, ob Nichtzahlung die Regel oder die Ausnahme war. Eine Zahlung ist auch dann zu berücksichtigen, wenn die Mittel im Wege des Kredits oder durch unwirtschaftliche Verkäufe beschafft worden sind. Ebenso **RG.** JW. **10** 483. **i)** BankA. **10** 303 (KG.). Eine in der Börsenordnung (§§ 14, 6 BörsenO. für Berlin) gegebene ausdehnende Bestimmung des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit als Grundes für die Ausschließung vom Börsenbesuche läßt sich für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung nicht verwerten, soweit dieselbe für Rechtsverhältnisse anderer Art maßgebend sein soll.

2. Rechtssätze allgemeiner Natur. a) Goldmann, LeipzZ. **10** 452 ff. Bei Beurteilung von Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung sind im Prozesse befangene vollstreckbare Forderungen, hinsichtlich deren zur Zeit ein Einstellungsbeschluß nach §§ 767, 769 ZPO. vorliegt, außer Betracht zu lassen. **b)** **RG.** LeipzZ. **10** 474. Forderungen, die zwar fällig sind, auf deren Berichtigung der Gläubiger aber nicht besteht (er hatte Prolongation bewilligt), kommen für die Frage der Zahlungseinstellung nicht in Betracht. c) Beseitigung früherer Zahlungseinstellung. R. **10** Nr. 157, SeuffBl. **09** 781 (München). Die

Zahlungseinstellung wird durch Bewilligung eines Moratoriums beseitigt und tritt nach dessen Zeitablauf ohne neue fruchtlose Mahnung nicht von selbst wieder ein.

3. Einzelfälle. a) Vorliegen einer Zahlungseinstellung **RG.** R. **10** Nr. 3594. Nichtzahlung der Wochenlöhne ist ein erhebliches Anzeichen der Zahlungseinstellung. **b)** Zahlungsstockung. **RG.** BadRpr. **10** 167, BankA. **10** 14. Die Tatsache, daß ein Kaufmann fällige Wechsel zu Protest kommen läßt, wird in der Regel die Annahme rechtfertigen, daß er aufgehört hat, seine Verpflichtungen in der Allgemeinheit zu erfüllen. Hat er aber nach den Protestierungen noch in weitem Maße Kredit genossen und ist er in der Lage gewesen, noch beträchtliche Mittel zur Befriedigung seiner Gläubiger flüssig zu machen, so ist nur eine vorübergehende Zahlungsstockung anzunehmen. **c)** Nichtvorliegen einer Zahlungseinstellung. α. **RG.** JW. **10** 622, R. **10** Nr. 2274, LeipzZ. **10** 862. Solange der Gemeinschuldner Kredit erhalten hat und es ihm oder seinem Kreditgeber gelungen ist, die Gläubiger zu beschwichtigen, liegt eine Zahlungseinstellung nicht vor. Werden Wechsel protestiert, so ist eine darin etwa liegende Zahlungseinstellung wieder beseitigt, wenn die Wechselgläubiger nachträglich befriedigt werden oder Stundung bewilligen. β. BadRpr. **10** 14 (Karlsruhe). Beruht die Nichtzahlung der Schulden nicht auf einem Mangel an Mitteln, sondern auf dem bösen Willen des Schuldners, so liegt eine Zahlungseinstellung im Sinne des § 30 KO. nicht vor. γ. **RG.** LeipzZ. **10** 938, JW. **10** 837, R. **10** Nr. 4155. Aus dem Abschluß eines Sicherungsübereignungsvertrags über das Betriebsmaterial eines Geschäfts kann auf die Zahlungsunfähigkeit des Geschäftsinhabers dann nicht geschlossen werden, wenn dieser durch den Vertragsabschluß gehalten und in die Lage gesetzt werden sollte, seinen Verpflichtungen allmählich nachzukommen.

III. Kenntnis der Zahlungseinstellung. a) **RG.** R. **11** Nr. 3938. Die Kenntnis einer Partei von den Tatsachen, in denen die Merkmale der Zahlungseinstellung zu finden sind, ist nicht ohne weiteres der Kenntnis der Zahlungseinstellung selbst gleichzuachten. **b)** **RG.** LeipzZ. **11** 845. Auch wenn die Pfändung ohne Beisein des Gläubigers erfolgt, macht die erst während der Zeit ihres Vollzugs, aber noch vor dem Zeitpunkte des Abschlusses irgendwie, z. B. durch Zeitungen, erlangte Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungseinstellung des Schuldners die Pfändung nach Maßgabe des § 30 Nr. 1 KO. anfechtbar; im Falle des § 30 Nr. 2 KO. schließt sie den Nachweis der Gutgläubigkeit aus. **c)** **RG.** R. **10** Nr. 1803. Die Kenntnis des Anfechtungsschuldners von einer unmittelbar bevorstehenden Zahlungseinstellung genügt nicht, die Zahlungseinstellung muß vorhanden sein. **d)** Kenntnis des Vertreters. α. **RG.** **72** 133, JW. **10** 29. Ist im Falle des § 30 Nr. 2 durch einen Vertreter gehandelt worden, so muß der Gegenbeweis geführt werden, daß der Vertreter keine Kenntnis von der Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners gehabt hat. β. **RG.** R. **11** Nr. 3703. Der Nachweis der Kenntnis der Zahlungseinstellung ist erbracht, wenn der Gläubiger oder sein Vertreter aus den ihnen bekannt gewordenen Tatsachen den Schluß auf die Tatsache der Zahlungseinstellung gezogen haben. Hat der Schuldner dem Vertreter des Anfechtungsbeklagten letztere Tatsache selbst mitgeteilt, so liegt Nichtkenntnis der Zahlungseinstellung nur dann vor, wenn er aus berechtigten Gründen die Mitteilung für unwahr hielt. Liegt dem Anfechtungsbeklagten der Nachweis der Nichtkenntnis ob, so ist dieser schon dann gescheitert, wenn der Vertreter nur gewisse Zweifel an der Richtigkeit der Mitteilung des Schuldners hatte.

IV. Benachteiligung der Gläubiger. A. Einzelfälle, in denen eine Benachteiligung nicht vorliegt. **a)** **RG.** R. **11** Nr. 601, LeipzZ. **11** 863. Eine Benachteiligung der Gläubiger ist ausgeschlossen, wenn es sich um die Veräußerung eines mit Hypotheken vollbelasteten Grundstücks handelt, aus dessen Erträgnissen nach Befriedigung der Absonderungsberechtigten

für die Konkursgläubiger nichts übrig bleiben würde. **b)** **RG.** R. **11** Nr. 1794. Gegen die Anfechtbarkeit eines Warenübernahmevertrags seitens des Hauptgläubigers spricht es, wenn vertragsgemäß weiterhin erhebliche Vorschüsse für Wareneinkäufe gegeben und damit Waren angeschafft sind; dann kann es objektiv an einer Benachteiligung fehlen. **c)** LeipzZ. **10** 486, R. **10** Nr. 2683 (Colmar). Ein Vertrag, der sich äußerlich als Übertragung einer Werklohnforderung des Gemeinschuldners darstellt, in Wirklichkeit aber als Legitimierung des angeblichen Zessionars zur Einziehung der nach der Absicht der Vertragschließenden diesem selbst gegen den Besteller zustehenden Forderung dienen soll, bietet, da kein Vermögensbestandteil des Gemeinschuldners aufgegeben ist, keinen Raum zur Anfechtung.

B. Vorliegen einer Benachteiligung. **RG.** BayRpflZ. **11** 88. Erwerben Kinder durch Abtretung eine Forderung gegen ihren Vater, so sind die Gläubiger ohne weiteres benachteiligt, wenn die Kinder dadurch ein Vorrecht gemäß § 61 Nr. 5 KO. erwerben.

V. Anfechtung nach Nr. 1. **a)** **RG** LeipzZ. **11** 944, R. **11** Nr. 2751 bis 2753. Wenn der Gemeinschuldner eine Schuld, für die in seinem Auftrage jemand ein Pfand bestellt hat, vor ihrer Fälligkeit und nach der Zahlungseinstellung bezahlt und dadurch das Pfand freimacht, so kann die Befreiung des Pfandes von der Pfandschuld auf Grund des § 30 Nr. 1 Halbs. 2 (event. auch des § 30 Nr. 2) dem Eigentümer der Pfandsache gegenüber angefochten werden. Waren Wertpapiere verpfändet und kann der Eigentümer sie nicht wieder herausgeben, so hat er ihren Kurswert zur Masse zu zahlen. Übereinstimmend zu Satz 1, abweichend zu Satz 2 OLG. Marienwerder PosMSchr. **11** 16; diese Entscheidung lag dem RG. vor. **b)** **RG.** JW. **11** 107, LeipzZ. **11** 854, SächsRpflA. **11** 33, DJZ. **11** 218, R. **11** Nr. 603, 3547. Tritt ein Schuldner auf Grund eines mit einer Anzahl Gläubiger geschlossenen Stundungsvertrags Außenstände an einen Treuhänder mit der Maßgabe ab, daß dieser sie einziehen und anteilsmäßig unter die Gläubiger verteilen soll, so ist dieses Rechtsgeschäft in dem später eröffneten Konkurse wegen Benachteiligung der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 30 Nr. 1 Satz 1 anfechtbar. Der Treuhänder ist passiv legitimiert, weil nur er zur Rückgewähr der Forderungen in der Lage ist. **c)** LeipzZ. **10** 791, R. **10** Nr. 3810 (Hamburg). Soweit ein Gläubiger ein Recht auf Selbstbefriedigung durch Aufrechnung hat, ist eine von ihm vor dem Konkurs erklärte Aufrechnung nicht anfechtbar, es sei denn, daß das Geschäft, aus dem die aufzurechnende Forderung des Gläubigers erwachsen ist, anfechtbar ist oder die Aufrechenbarkeit der Forderung durch eine anfechtbare Vereinbarung geschaffen ist (vgl. auch zu § 53 KO.).

VI. Anfechtung nach Nr. 2. 1. Allgemeines. Beweislast. **RG.** LeipzZ. **11** 856. Der dem Konkursverwalter im Falle des § 30 Nr. 2 KO. obliegende Nachweis des Nichtbestehens eines Sicherungsanspruchs ist als geführt anzusehen, wenn die Unwahrheit der von dem Anfechtungsgegner über das Bestehen eines solchen Sicherungsanspruchs aufgestellten Behauptungen nachgewiesen wird.

2. Konkursforderung. **RG.** LeipzZ. **10** 477, R. **10** Nr. 1802. Konkursforderungen im Sinne des § 30 KO. sind nur solche, die zur Zeit der Sicherung bereits bestanden, nicht solche, bei denen Entstehung und Sicherung zeitlich zusammenfällt.

3. Berechnung der zehntägigen Frist. **RG.** LeipzZ. **11** 856. Ist die Konkurseröffnung durch zwei Anträge veranlaßt worden, so ist für die Berechnung der zehntägigen Frist des § 30 Nr. 2 KO. der früher gestellte Antrag maßgebend.

4. Sicherung oder Befriedigung, die der Gläubiger nicht, nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte. **a)** Sicherung. α. SeuffA. **67** 48, OLG. **20** 144 (Dresden). Durch § 321 BGB. wird dem Gläubiger kein klag-

bares Recht auf Sicherheitsleistung im Sinne des § 30 KO. eingeräumt. Die Forderungsabtretung gehört überhaupt nicht zu den im § 321 BGB. vorgesehenen Sicherheitsmaßregeln (vgl. § 232 BGB. und Jäger § 30 Anm. 58). β. **RG.** LeipzZ. **10** 475, GruchotsBeitr. **54** 1167. Die Erteilung einer Anweisung ist keine inkongruente Deckung, solange nicht der Angewiesene die Anweisung angenommen hat; denn vorher besteht zwischen ihm und dem Anweisungsempfänger kein Schuldverhältnis. Zahlt der Angewiesene, ohne die Anweisung vorher angenommen zu haben, so liegt eine inkongruente Befriedigung nicht vor. Denn § 30 Nr. 2 KO. setzt voraus, daß durch die Art der Befriedigung die Lage des Gläubigers sich in irgendeiner Beziehung günstiger gestaltet. Dies trifft aber hier nicht zu. **b**) Befriedigung. α. DJZ. **11** 288 (Oldenburg). Ein Bauhandwerker hatte wegen seiner Forderung innerhalb der Fristen des § 30 Nr. 2 die Zwangsversteigerung des Grundstücks betrieben. Die Anfechtung ist begründet, da der Gläubiger zwar einen Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek (§ 648 BGB.) hatte, die ihm jedoch die Möglichkeit unmittelbarer Befriedigung durch Betreibung der Zwangsvollstreckung nicht eröffnete, während er sich hier diesen Weg eröffnet hat. →→ Diese Entscheidung erscheint rechtsirrtümlich, da bei unanfechtbarer Eintragung der Sicherungshypothek der Gläubiger auch das Recht hatte, sich aus dem Grundstücke zu befriedigen, wenn seine Forderung fällig war. Red. ←← β. **RG.** LeipzZ. **11** 846. Auch wenn eine Pfändung nicht anfechtbar ist, können die zur Tilgung der Pfandforderung geleisteten Zahlungen anfechtbar sein.

§ 31. I. Zu Ziff. 1. A. Benachteiligungsabsicht. Begriff. a) *Hohmann 32. Zu der „Absicht" der §§ 3 Nr. 1 AnfG., 31 Nr. 1 KO. gehört der Wille des Schuldners (bzw. Gemeinschuldners), seine Gläubiger zu benachteiligen. Die Handlung braucht nicht hauptsächlich und ausschließlich die Benachteiligung der Gläubiger zu bezwecken, sondern diese braucht nur Nebenzweck gewesen zu sein (vgl. **RG. 26** 3, **33** 120 f.). Es ist nicht erforderlich, daß sich diese Absicht von vornherein auf bestimmte Gläubiger oder die Gläubigergesamtheit richtet; sogar künftige Gläubiger kommen in Betracht. **b**) **RG.** R. **10** Nr. 971, 2433. Es ist nicht erforderlich, daß der Schuldner alle seine Gläubiger benachteiligen wollte, es genügt die Absicht einem gegenüber.

B. Einzelne Fälle. a) LeipzZ. **11** 313, R. **11** Nr. 1185 (Hamburg). Bei § 31 Nr. 1 KO. ist das die Anfechtung begründende Merkmal nur mittelbar die Handlung des Gemeinschuldners, unmittelbar stützt sie sich auf die Kenntnis des Anfechtungsgegners von der verwerflichen Absicht des Kridars. Diese Handlungsweise wird als vorsätzlich und rechtswidrig, als unerlaubte Handlung angesehen und dabei ist es unerheblich, ob das angefochtene Abkommen mit dem Gemeinschuldner selbst oder mit dessen Bevollmächtigten geschlossen ist. Daher genügt es, wenn die betrügerische Absicht bei dem Bevollmächtigten vorhanden gewesen ist. **b**) **RG.** R. **11** Nr. 205. Der Erbe kann sich durch Befriedigung von Vermächtnisnehmern einer absichtlichen Benachteiligung seiner Privatgläubiger schuldig machen.

II. Zu Nr. 2. 1. *Hohmann 43 ff. Auch Ehegüterrechtsverträge können Gegenstand der Anfechtung sein, wenn deren Voraussetzungen vorliegen. Es bedarf aber stets der Feststellung, daß die Gläubiger geschädigt sind.

2. **RG.** LeipzZ. **10** 864, R. **10** Nr. 1635. Die Tilgung einer Verbindlichkeit durch Zahlung ist ein entgeltlicher Vertrag (ebenso für das AnfG. **RG. 51** 76).

§ 32. I. Zu Nr. 1. 1. Begriff der Unentgeltlichkeit. a) **RG.** LeipzZ. **10** 558. Für die im § 32 erforderte Unentgeltlichkeit ist es notwendig, daß objektiv in das Vermögen des Gemeinschuldners kein entsprechendes Äquivalent für das Fortgegebene gelangt ist und daß dies auch der subjektiven Auffassung der Parteien entsprach (vgl. Jäger § 32 Anm. 1). Unklar LeipzZ. **10** 243 (Dresden). **b**) **RG.** JW. **11** 949. Eine unentgeltliche Zuwendung liegt nicht vor,

wenn sich der Anfechtungsbeklagte in einem gegenseitigen Vertrage dem späteren Gemeinschuldner verpflichtet hatte, in Austausch gegen die Wechselunterschriften des Gemeinschuldners einem Dritten Kredit zu gewähren. Ähnlich **RG.** R. **10** Nr. 3596. c) **RG.** R. **10** Nr. 3596. Die Unentgeltlichkeit einer Veräußerung kann schon durch die Erwartung weiterer Geschäftsabschlüsse mit dem Erwerber beseitigt sein.

2. Unentgeltliche „Verfügung". *Eckstein, ACivPr. **107** 421. Beim formgerechten Schenkungsversprechen ist dessen Erteilung, nicht dessen Erfüllung anfechtbar. Letztere ist auch nicht als unentgeltliche Verfügung anzufechten (gegen die herrschende Meinung).

3. Einzelfälle von Unentgeltlichkeit. a) α. *Eckstein, BuschsZ. **41** 47 ff. Die Zahlung fremder Schulden enthält zwei Momente: 1. Befriedigung des Gläubigers, 2. Schenkung an den Schuldner. Nur letzteres ist anfechtbar. Wirkung: Befriedigung bleibt unberührt, aber Schuldbefreiung gegenüber Schuldner ursprünglich schenkungshalber, nun kausalos; Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, die aber hinter der Höhe der Leistung des Schenkers zurückbleiben kann (näheres 77—80). Die Zahlung ist gegenüber dem Gläubiger auch nicht unentgeltliche Verfügung und aus diesem Gesichtspunkte nicht anfechtbar (81—84). Sicherheitsleistung für fremde Schulden enthält eine aufschiebend bedingte Zuwendung eines Vermögensvorteils; entsprechend aufschiebend bedingter Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (84 ff.). Übernahme fremder Schulden parallel zur Zahlung (89). Vgl. auch Reichel, Schuldmitübernahme 173. Verträge auf Leistung an Dritte: Anfechtung nicht des Vertrags, sondern nur der Schenkungskausa (Ausnahmen 95). Zu scheiden: Ist der Gegenstand der Leistung geschenkt: Rückgewährpflicht unabhängig von Wertdifferenz mit direkter Leistung des Schenkers, event. Pflicht zur Zession des Anspruchs auf die Leistung. Besondere Fälle 101 ff. Ist der Anspruch geschenkt (105): Zessionspflicht unabhängig von Wertänderung. (Ist schon geleistet: Rückgewähr des Wertes nach § 818, aber auch Rückgewähr des Gegenstandes zulässig [facultas alternativa]) (107). Versicherungsverträge zugunsten Dritter; Rückgewähr des Anspruchs in voller Höhe, unabhängig von der der gezahlten Prämien. Versicherung mit regelmäßiger Prämienzahlung = Sukzessivschenkung. Die Anfechtung richtet sich nach dem Wertverhältnisse der innerhalb und außerhalb der Anfechtungsfrist fallenden Prämienzahlungen (112). Zahlung fremder Schulden usw. kann auch Schenkung gegenüber Gläubiger sein (anders Reichel aaO. 168 ff.). Näheres 68 und 88. b. Fuld aaO. 55. Die Zustimmung des Eigentümers zur Aufhebung einer auf seinem Grundstücke lastenden Hypothek ist keine unentgeltliche Verfügung. β. Rechtsprechung. αα. **RG.** R. **10** Nr. 3595, 3597. Zahlt der spätere Gemeinschuldner übermäßig hohe Unterhaltsgelder für seine Kinder an nahe Verwandte, so ist der unbegründet hohe Überschuß auch dann anfechtbar, wenn der Gemeinschuldner damit eine besonders gute Behandlung der Kinder sichern wollte. ββ. R. **10** Nr. 974, Sächs. OLG. **30** 382 (Dresden). Auch Geschenke zur Erfüllung einer sittlichen oder auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht sind nach § 32 Nr. 1 anfechtbar, wenn sie nicht gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke sind. Ähnlich R. **10** Nr. 1636 (Dresden). c) Versicherungsverträge. α. Lehmann, ABürgR. **36** 96 f. Der Versicherungsvertrag, durch den einem Dritten auf den Todesfall des Versicherungsnehmers eine Zuwendung gemacht wird, ist als solcher nach § 32 Nr. 1 KO. nicht anfechtbar. Anfechtbar sind nur die Prämienzahlungen. β. **RG.** LeipzZ. **11** 860, R. **11** Nr. 3546. Die während der beiden letzten Jahre erfolgten Prämienzahlungen für eine zugunsten der Witwe und der Kinder genommene Lebensversicherung des verstorbenen Gemeinschuldners sind als freigebige Verfügungen im Sinne des Gesetzes anzusehen. Jeder der beiden Berechtigten (Witwe und Kinder) hat nur die Hälfte der Prämien

zurückzuzahlen. γ. Anfechtung von Versicherungsverträgen s. Eckstein o. Ziff. 1 zu § 331 BGB. und oben unter 3 a.

4. Fristberechnung. **RG.** JW. **11** 950, R. **11** Nr. 3857. Wird die Hingabe eines Prolongationswechsels nach § 32 Nr. 1 angefochten, so kommt es für die Berechnung der Jahresfrist darauf an, wann der Urwechsel gegeben ist. Ob der prolongierte Wechsel gegen Empfang des Prolongationswechsels zurückgegeben ist oder mit ihm zusammen gegen Empfang der Zahlung zurückgegeben werden soll, ist unerheblich.

II. Zu Nr. 2. Verfügungen nach Eheschließung? a) **RG. 76** 5, JW. **11** 463, R. **11** Nr. 1796. Die Vorschrift bezieht sich nur auf Verfügungen, die nach der Eheschließung vorgenommen sind. Das ergibt Wortlaut und Sinn des Gesetzes. Für Verfügungen von Personen, die sich später miteinander verheiraten, gilt die Vorschrift nicht. Ebenso PosMSchr. **10** 191 (Marienwerder). **b**) Gegen diese Entscheidung *Plum, JW. **11** 930 f. Sowohl vom Standpunkte des Gläubigers wie von dem des erwerbenden Ehegatten aus betrachtet kann ein wirtschaftlich befriedigendes Ergebnis nur dann entstehen, wenn bei Verfügungen zugunsten von Ehegatten zwischen solchen, die vor, und solchen, die nach der Ehe getroffen sind, entweder bei entgeltlichen und unentgeltlichen oder bei keiner dieser beiden Gruppen unterschieden wird. Da das Gesetz bei entgeltlichen zweifellos nicht unterscheidet, darf auch bei unentgeltlichen nicht unterschieden werden, um so weniger, als auch der Wortlaut des Gesetzes mit dieser Entscheidung durchaus vereinbar ist.

§ 35. 1. Fuld 57. Auch eine Zwangshypothek nach §§ 868, 932 ZPO. und eine Hypothek, deren Eintragung in Anwendung von §§ 894, 897 ZPO. erwirkt worden war, unterliegt unter den allgemeinen Voraussetzungen der Anfechtung und wird infolge der Anfechtung zur Eigentümerhypothek.

2. Vgl. ferner über die Anfechtung von Vollstreckungshandlungen § 29 Ziff. II A 5.

§ 36. 1. *Hohmann 67 ff. Der Konkursverwalter übt das Anfechtungsrecht als ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ kraft eigener Befugnis aus. Der Umfang seiner Befugnis ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetze. Erhebt er die Anfechtungsklage, so können die Konkursgläubiger als Zeugen vernommen werden; denn allein der Verwalter ist Partei, nicht die Konkursgläubiger, vertreten durch den Konkursverwalter. Sie haben die Aktivlegitimation verloren und auf den Konkursverwalter übertragen, jedoch nur insoweit, als es sich um Gegenstände handelt, die zur Konkursmasse gehören.

2. Vgl. über die ausschließliche Legitimation des Verwalters zur Anfechtung § 29 Ziff. II A 2, über die Stellung des Gemeinschuldners in Anfechtungsprozessen § 29 Ziff. II B 1.

3. Über die Einwirkung des Konkurses auf einstweilige Verfügungen, die zum Schutze des Anfechtungsrechts einzelner Gläubiger ergangen sind, s. AnfG. § 13.

§ 37. 1. Dogmatisches. *Hohmann 74 ff. Durch die Anfechtung sollen die den Gläubigern nachteiligen Folgen der Rechtshandlung beseitigt werden. Die anfechtbare Rechtshandlung bleibt gültig bestehen. Durch die Geltendmachung der Anfechtung wird nur eine obligatorische Rückgewährpflicht des Anfechtungsgegners erzeugt, die Vorschriften der §§ 142—144 BGB. finden keine Anwendung. Innerhalb des Konkurses ist nach dem Wortlaute des Gesetzes direkte Rückgewähr erforderlich. Es kommt nicht darauf an, ob der Anfechtungsgegner bereichert ist, außer im § 37 Abs. 2 KO. Ist Rückgewähr in Natur nicht mehr möglich, muß der volle Wert ersetzt werden (90 ff.).

2. Rechtsprechung. Art der Rückgewähr. a) Bei anfechtbar bestellten Hypotheken. α. LeipzZ. **11** 159, KGJ. **39** A 226, R. **10** Nr. 4154, SeuffBl. **10** 687, DNotV. **11** 957, ZBlFG. **11** 379 (KG.). Ist eine

Hypothek anfechtbar bestellt, so kann der Klagantrag des Konkursverwalters auf Abgabe einer Verzichtserklärung oder einer Rücktrittserklärung zugunsten der Konkursgläubiger oder auf Abgabe einer Löschungsbewilligung gehen. Ist der letzte Antrag gestellt, so kann auf Grund des Urteils weder die Umschreibung der Hypothek auf den Gemeinschuldner, noch auf einen Dritten, sondern nur die Löschung der Hypothek erfolgen. Eine Eigentümergrundschuld ist nicht entstanden, daher auch deren Umwandlung in eine gewöhnliche Hypothek unzulässig. β. Fuld 51 f. Ob die Einigung oder nur das Kausalgeschäft angefochten wird, in jedem Falle entsteht eine Eigentümerhypothek. Die Rückgewähr geschieht derart, daß der eingetragene Gläubiger die Umschreibung auf den Gemeinschuldner beantragt oder in diese willigt. Ist das Grundstück frei von weiteren Belastungen, so kann im Wege der Anfechtung auch die Löschung der Hypothek beansprucht werden. **b)** R. **10** Nr. 1427, BayRpflZ. **10** 141 (Zweibrücken). Die Erwirkung einer Zwangshypothek entzieht sich nicht dadurch der Anfechtung, daß das belastete Grundstück noch vor der Konkurseröffnung an einen Dritten verkauft und von diesem die Hypothek übernommen wird. Der Klagantrag hat auf Übertragung der Zwangshypothek samt der Grundforderung an den Konkursverwalter zur konkursmäßigen Verwertung zu lauten. **c)** Strucksberg, LeipzZ. **11** 50 f. Wenn ein Schuldner für seinen minderjährigen Sohn und auf dessen Namen oder in Vertretung seiner Ehefrau oder anderer Angehöriger ein Vermögensstück kauft und den Kaufpreis schenkweise aus eigenen Mitteln bezahlt, so ist die Anfechtung auf Rückgewähr des Kaufpreises, nicht des Vermögensstücks zu richten. Die Entsch. des RG. (**RG. 43** 83) ist auf diesen Fall nicht anzuwenden. (Diese Ansicht wird von Jäger [vgl. auch Komm. § 29 Anm. 53] in einer Redaktionsbemerkung gebilligt.)

3. Aufrechnung gegenüber der Rückgewährverbindlichkeit. BadRpr. **11** 280 (Karlsruhe). Eine Aufrechnung gegenüber der Rückgewährverbindlichkeit ist (abgesehen von § 55 Nr. 1 KO.) deshalb unzulässig, weil die Forderung erst dann wieder auflebt, wenn die Rückgewährverbindlichkeit erfüllt ist. Die Aufrechnung ist auch bei teilweiser Erfüllung der Rückgewährverbindlichkeit dem unerfüllten Reste gegenüber unzulässig, weil damit die anfechtbar erwirkte Aufrechnung, auf deren Unwirksamkeit die Klage mit gerichtet ist, gerade im Erfolge bestehen bliebe.

§ 39. BadRpr. **11** 280 (Karlsruhe). Der Anfechtungsgegner kann die wieder in Kraft tretende Konkursforderung im Konkurse des Gemeinschuldners anmelden. Er kann sie auch gegen eigene Schulden aufrechnen; dem steht § 55 Nr. 2 KO. nicht entgegen, da die wiederauflebende Forderung nicht nach der Konkurseröffnung neu erworben ist, sondern kraft der Fiktion des § 39 als nicht erloschen gilt (Jäger § 39 Anm. 16, Petersen-Kleinfeller § 39 Anm. 7; abw. Cosack, Anf. Recht § 48 Nr. 5 a).

§ 40. 1. *Hohmann 50 f. Der Ersterwerber wird von seiner Haftung durch Veräußerung des in anfechtbarer Weise erworbenen Gegenstandes nicht befreit. Der Ersterwerber und der Rechtsnachfolger haften dem Gläubiger als Gesamtschuldner. Falls beide verklagt werden, sind sie Streitgenossen (§ 61 ZPO.).

2. RheinA. **107** 309. (Düsseldorf). Der Gesamtrechtsnachfolger muß die gegen seinen Rechtsvorgänger begründete Anfechtung unbeschränkt gegen sich gelten lassen. Eine Gesamtrechtsnachfolge liegt auch in der Übernahme eines Handelsgeschäfts.

3. Über die Verteilung der Beweislast bezüglich der Kenntnis der Begünstigungsabsicht bei Ziff. 2 vgl. AnfG. § 11.

§ 41. BadRpr. **11** 279 (Karlsruhe). 1. Die Frist des § 41 KO. ist keine Verjährungs-, sondern eine Ausschlußfrist. Die Vorschriften über Hemmung und Unterbrechung der Verjährung sind unanwendbar (Jäger § 41 Anm. 3). 2. Zur Wahrung der Frist bedarf es der gerichtlichen Geltendmachung der Anfechtung (**RG.**

52 334, **58** 54, **62** 199). Eine solche liegt, im Falle auch der Anfechtungsgegner im Konkurs ist, in der Anmeldung des Rückgewähranspruchs als Konkursforderung zur Tabelle. Eine Klagerhebung ist, wenn die Forderung im Prüfungstermin unbestritten bleibt, gar nicht zulässig (Jäger § 29 Anm. 16 und 60–62).

§ 42. 1. Fuld 58. Ist eine Hypothek nach Konkurseröffnung wirksam bestellt (§§ 7 KO., 892 BGB.), so wird sie bei durchgeführter Anfechtung zur Eigentümerhypothek.

2. Hellwig 172. Schlägt der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung aus, so kann die Anfechtung weder nach § 29 noch nach § 42 KO. geschehen. In diesem Falle erfolgt die Anfechtung unter entsprechender Anwendung des § 42 oder nach § 13 Abs. 5 AnfG. Vgl. im übrigen über die Anfechtung der Erbschaftsausschlagung Hellwig zu § 1 AnfG. und § 9 KO.

Vierter Titel. Aussonderung.

§ 43. I. Allgemeines. a) Tacken 87 ff. § 43 KO. enthält nur ein Klageformular, kein Klagefundament. Die Aussonderungsklage entlehnt vielmehr ihren materiellen Inhalt dem sonstigen Rechte. Sie ist wesensgleich der Interventionsklage nach § 771 CPO. Sie ist in allen Fällen gegeben, wo geltend gemacht wird: entweder, daß der Gegenstand gar nicht dem Gemeinschuldner gehöre, oder daß er ihm zwar gehöre, daß dem Kläger aber auf dinglicher oder persönlicher Grundlage ein die Veräußerung hinderndes Recht daran zustehe. Demgemäß hat bei Sicherheitsübereignungen auch der Fiduziant ein Aussonderungsrecht im Konkurse des Fiduziars. Vgl. Tacken o. Ziff. 1 zu § 771 CPO. b) Lehmann, LeipzZ. **10** 814 ff. Die Unterlassungsklage aus § 1 UnlWG. hat den Charakter eines Aussonderungsanspruchs, wenn der Konkursverwalter ein Recht zur Vornahme der Eingriffshandlungen für die Masse in Anspruch nimmt. Durch Zuerkennung des Unterlassungsanspruchs wird zugleich das Nichtbestehen des Gegenrechts und damit festgestellt, daß dieses nicht zur Masse gehört. Daß der Kläger das Gegenrecht nicht für sich in Anspruch nimmt, steht der Natur des Anspruchs als Aussonderungsanspruch nicht entgegen (gegen Lobe, BuschsZ. **38** 97 ff.; wie hier Jäger § 43 Anm. 23).

II. Rechtsprechung. 1. Einzelne Fälle. a) Nichtzugehörigkeit zur Masse als Voraussetzung der Aussonderung. α. SächsRpflA. **09** 621 (Dresden). Schon der dem Eigentümer einer Sache zustehende obligatorische Herausgabeanspruch gibt ihm das Aussonderungsrecht. β. **RG.** R. **11** Nr. 1364. Der Anspruch auf Herausgabe von Waren, der aus dem Gesichtspunkte der Schadensersatzpflicht geltend gemacht wird, stellt keinen Aussonderungsanspruch, sondern eine einfache, nach § 69 KO. in eine Geldforderung übergehende Konkursforderung dar. b) R. **11** Nr. 2457 (Hamburg). Hat ein Pfandgläubiger die ihm verpfändeten Sachen einem Dritten zu Eigentum übertragen und ist dieser infolge seines guten Glaubens Eigentümer geworden, so ist zwar das Eigentum des Pfandschuldners untergegangen; erwirbt aber der Pfandgläubiger die Sachen von dem Dritten wieder, so hat der ursprüngliche Eigentümer im Konkurse des Pfandgläubigers ein Aussonderungsrecht. Das Rechtsverhältnis ist wie bei fiduziarischem Eigentume zu behandeln.

2. Aussonderungsrecht und Anmeldung zur Konkurstabelle. SächsOLG. **32** 158, SächsRpflA. **10** 283 (Dresden). Meldet bei einem Kaufe unter Eigentumsvorbehalt der Verkäufer die Kaufpreisforderung im Konkurs an, so liegt darin regelmäßig kein Verzicht auf das Aussonderungsrecht bezüglich der verkauften Sache (vgl. JDR. **6** § 46 Ziff. a, **8** § 43 Ziff. II 2).

3. Stellung des Verwalters und Kridars gegenüber Aussonderungsansprüchen. a) **RG.** R. **10** Nr. 4156. Die Stellung

des Konkursverwalters kann die Berechtigung zu Einreden gegen Aussonderungsrechte begründen, die dem Gemeinschuldner selbst nach §§ 242, 826 BGB. versagt wären. b) Landau, BayRpflZ. **11** 461, teilt folgende Entscheidung des OLG. Nürnberg mit: Einem Gläubiger war gegen Gewährung der Stundung für Wechselforderungen ein Anspruch gegen einen Dritten abgetreten worden. In dem demnächst eröffneten Konkurse bestritten der Konkursverwalter und der Gemeinschuldner das Recht des Gläubigers auf Aussonderung und Einziehung der Forderung. Das OLG. erachtet es ohne nähere Begründung für zulässig, daß Verwalter und Kridar nebeneinander auf Einwilligung in die Auszahlung verklagt werden (aM. SeuffA. **55** Nr. 139, Jäger § 43 Anm. 56, § 47 Anm. 9).

§ 44. RG. 73 145, JW. **10** 394, DJZ. **10** 706. Das Verfolgungsrecht des Verkäufers nach § 44 ist auch dann gegeben, wenn die Ware den Absendungsort noch nicht verlassen hat, sondern sich dort im Gewahrsame des vom Verkäufer mit der Versendung beauftragten Spediteurs befindet.

§ 45. SeuffA. **66** 171, R. **11** Nr. 2206—2208 (Marienwerder). 1. Für die Anwendung des § 45 KO. kommt es auf die Parteirolle der Frau nicht an; er gilt daher auch dann, wenn der Verwalter auf Herausgabe klagt. § 45 bezieht sich ohne Unterschied auf bewegliche und unbewegliche Sachen. 2. Die zum Erwerbe verwandten Mittel dürfen im Augenblicke des Erwerbes nicht dem Ehemanne gehört haben. Der Umstand, daß sie ursprünglich von diesem herrührten, steht nicht im Wege, wenn der Übergang in wirksamer Weise stattgefunden hat. 3. Ein Einlösungsrecht in dem Sinne, daß die Frau durch Erstattung der Mittel an die Masse den vom Verwalter beanspruchten Gegenstand für sich sichern kann, besteht nicht.

§ 46. 1. **RG.** R. **11** Nr. 1186. Die Ersatzaussonderung setzt voraus, daß der Gegenwert der Masse zugeflossen ist. Ob überhaupt in dem Erlös oder Übererlöse fremder Wertpapiere, die der Gemeinschuldner verpfändet hat, eine Gegenleistung im Sinne des § 46 zu sehen ist, wird unter Hinweis auf Jäger § 46 Anm. 13 dahingestellt gelassen.

2. **RG.** R. **11** Nr. 814. Der Veräußerung durch den Gemeinschuldner steht die Veräußerung durch den Pfandgläubiger gleich.

Fünfter Titel. Absonderung.

§ 48. RG. BayRpflZ. **10** 116. Das vertragsmäßige Zurückbehaltungsrecht, wie es die Rechtsprechung auch bei Hypotheken- und Grundschuldbriefen anerkennt, hat im Konkurse keine Geltung (**RG. 20** 135, **29** 301, JW. **08** 413). Ebenso **RG.** LeipzZ. **10** 226.

§§ 48, 49. SächsRpflA. **11** 561 (Dresden). Das Pfandrecht des Vermieters geht bei Veräußerung der Pfandsachen in einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus dem Erlös über, selbst wenn der Vermieter trotz Kenntnis von der Entfernung der Pfandsachen dieser nicht widersprochen und seine Ansprüche nicht vor Ablauf eines Monats nach der Entfernung gerichtlich geltend gemacht hat (vgl. auch JDR. **8** Ziff. 1 b zu § 561 BGB.).

§ 49. 1. *Kleinrath, LeipzZ. **10** 126 ff. Der Besitzer eines zur Konkursmasse gehörigen Grundstücks ist zum Behalten des Besitzes gegenüber dem Konkursverwalter nicht berechtigt, wenn es sich um ein Zurückbehaltungsrecht handelt und daher § 49 KO. anwendbar ist.

2. **RG.** LeipzZ. **10** 226. Andere als die im § 49 genannten Zurückbehaltungsrechte, insbesondere die vertraglich begründeten, gewähren ein Absonderungsrecht nicht (ebenso Jäger, KO. § 49 Anm. 42).

Sechster Titel. Aufrechnung.

§§ 53 ff. Aufrechnungsbefugnis des Konkursverwalters. 1. **RG.** LeipzZ. **10** 231, R. **10** Nr. 564, 2393. Die §§ 53 ff. KO. regeln nur die Aufrechnungsbefugnis des Konkursgläubigers; dagegen bestimmt

sich die des Konkursverwalters nach den §§ 387 ff. BGB. Unterläßt der Verwalter es, eine zulässige Aufrechnung im Prüfungstermine geltend zu machen und wird infolgedessen die Forderung des Gläubigers in voller Höhe festgestellt, so kann gegenüber der Zwangsvollstreckung des Gläubigers die Einwandsklage des § 767 ZPO. auf eine nachträglich erklärte Aufrechnung nicht gestützt werden (vgl. **RG. 64** 228).

2. BadRpr. **10** 257 (Karlsruhe). Eine Aufrechnung, die für den Verwalter vor Feststellung der Forderung zur Konkurstabelle möglich war, kann nach diesem Zeitpunkte nicht mehr nachgeholt werden. Eine Aufrechnung des Verwalters gegen die Konkursdividende ist unzulässig.

§ 53. 1. Aufrechnung der Girobanken. LeipzZ. **10** 791, R. **10** Nr. 2399, 3815 (Hamburg). Eine Girobank, die Forderungen gegen einen ihrer Girokunden hat, kann Beträge, die diesem Kunden von einem anderen überwiesen werden, zur Aufrechnung mit ihren Forderungen verwenden. Die Girobank wird durch die Überweisung Schuldnerin des Kunden bezüglich des Giroguthabens; daher besteht die nach § 387 BGB. erforderliche Gegenseitigkeit (ebenso jetzt auch Jäger § 53 Anm. 12). Auch pflegen die Bestimmungen der Girobanken für den Giroverkehr ausdrücklich auszusprechen, daß das Guthaben des Kunden aus dem Giroverkehre der Bank für ihre Forderungen aus allen Geschäften haftet. Daß die dem Kunden überwiesenen Beträge erst eingezahlt sind, nachdem er seine Zahlungen eingestellt hatte oder das allgemeine Zahlungsverbot des § 106 erlassen war, steht der Aufrechnung nicht entgegen. Ebenso SächsRpflA. **11** 39 (LG. Dresden).

2. Vertraglicher Ausschluß der Aufrechnung. RheinA. **107** 314 (Cöln). Ob der vertragsmäßige Ausschluß der Aufrechnung auch eine Aufrechnung im Konkurse des Vertragsgegners ausschließt, ist Frage der Auslegung im einzelnen Falle.

3. Aufrechnung gegen Masseforderungen. OLG. **23** 302 (Marienwerder). Tritt der Verwalter in einen Vertrag ein, so werden die aus dem Vertrage für den Vertragsgegner vor der Konkurseröffnung entstandenen Ansprüche Masseforderungen und der Gläubiger kann gegen diese auch mit Schulden aufrechnen, die nach der Eröffnung entstanden sind.

4. Aufrechnung gegen Hypotheken und Grundschulden. **RG.** SächsRpflA. **10** 336, ZBlFG. **11** 280. Die Bestimmung des § 1142 Abs. 2 BGB., daß der Grundstückseigentümer mit einer persönlichen Forderung gegen die Hypothek aufrechnen könne, gilt auch im Konkurse des Hypothekengläubigers. Sie ist auch gemäß § 1192 BGB. auf Grundschulden anwendbar.

§ 55. 1. Zu Nr. 1. Entstehung einer Schuld. **a)** Vor der Konkurseröffnung. α. LeipzZ. **11** 635, OLG. **23** 303 (Hamburg). Der durch Nichterfüllung seitens des Schuldners entstehende Schadensersatzanspruch ist ein Anspruch, der bei Konkursbeginn schon gesetzlich bedingt im Erfüllungsanspruch enthalten ist. Daher kann der Konkursgläubiger, der durch Nichterfüllung eines vom Verwalter nach § 17 KO. aufgenommenen Vertrags etwas zur Masse schuldig geworden ist, mit seiner Forderung gegen diesen Anspruch aufrechnen, weil er bedingt schon vor der Konkurseröffnung etwas schuldig war. β. Vgl. über Aufrechnung mit der wiederauflebenden Forderung des Anfechtungsgegners § 39. **b)** Nach der Konkurseröffnung. α. **RG.** JW. **11** 770, LeipzZ. **11** 81. Die Aufrechnung setzt nach Abs. 1 Nr. 1 voraus, daß der Aufrechnende nach der Eröffnung etwas zur Masse schuldig geworden ist. Dies kann durch eine Vereinbarung vor der Konkurseröffnung nicht geändert werden, weil § 55 zwingendes Recht ist. Erfüllt der Konkursverwalter einen zur Zeit der Konkurseröffnung teilweise erledigten Werkvertrag vollständig, so ist der Schuldner die ganze Vergütung erst nach der Eröffnung zur Masse schuldig geworden, denn die Vergütung bildet regelmäßig eine einheitliche Forderung. Kündigt aber der Besteller den Werk-

vertrag gemäß § 649 BGB. sogleich nach der Eröffnung, so ist er vor der Eröffnung etwas schuldig geworden und kann aufrechnen. β. OLG. **21** 174, R. **10** Nr. 3402 (Hamburg). Die Forderung der Masse auf den Mehrerlös eines vom Gemeinschuldner zur Sicherung abgetretenen Anspruchs ist erst nach der Konkurseröffnung entstanden, wenn sich erst dann ein Überschuß herausgestellt hatte (Jäger § 55 Anm. 5, **RG. 53** 330). γ. Vgl. über die Unzulässigkeit der Aufrechnung gegenüber der Rückgewährverbindlichkeit des § 37 oben Ziff. 3 zu § 37.

II. Zu Nr. 3. 1. OLG. **21** 174, R. **10** Nr. 3403 (Hamburg). Die Vorschrift des § 55 Nr. 3 gilt auch für den Konkursverwalter. Die Unzulässigkeit der Aufrechnung ist eine durch den Konkurs herbeigeführte Eigenschaft der zur Masse gehörenden Forderungen, die von selbst auf den Zessionar mit übergeht.

2. RheinA. **107** 313 (Cöln). Für die Erstattungsforderung des Bürgen ist die Aufrechnung im Konkurse des Hauptschuldners aus § 55 Nr. 3 KO. nur dann ausgeschlossen, wenn dem Aufrechnenden schon bei Übernahme der Bürgschaft die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war.

Siebenter Titel. Massegläubiger.

§§ 57, 60. LeipzZ. **11** 475 (Celle). Der Konkursverwalter ist den Massegläubigern gegenüber zur Ableistung des Offenbarungseids nach § 807 ZPO. verpflichtet. Dieses Recht des Massegläubigers entfällt aber, sobald die Unzulänglichkeit der Masse zur vollständigen Befriedigung aller Massegläubiger erkennbar hervorgetreten ist (aM. Jäger § 60 Anm. 7, der das Recht auch über diesen Zeitpunkt fortdauern läßt).

§ 58. 1. Zu Nr. 1. Hesselbarth, LeipzZ. **11** 598 ff. Unterläßt es der Konkursverwalter, die Gerichtskosten rechtzeitig zu berichtigen oder sich durch Zurückhaltung eines entsprechenden Betrags zu sichern, so haftet er persönlich der Staatskasse für den Ausfall. Bestreitet der Verwalter seine Verpflichtung, so muß Klage erhoben werden; der Weg der Zwangsbeitreibung ist unzulässig. Neben der Masse und dem Verwalter haftet der Gemeinschuldner selbst als Träger aller Masseverbindlichkeiten für die Gerichtskosten, auch mit seinem konkursfreien Vermögen. Hat er als Antragsteller einen Vorschuß nach § 82 GKG. gezahlt, so besteht kein Erstattungsanspruch seines konkursfreien Vermögens gegen die Masse (vgl. Jäger § 58 Anm. 4).

2. Zu Nr. 2. BadRpr. **10** 63 (LG. Freiburg). Die Vermögenssteuer für ein zugunsten der Masse nutzbringend angelegtes Kapital ist zu den Massekosten (§ 58 Nr. 2 KO.) zu rechnen.

3. Massekostenforderung und Konkursforderung. BadRpr. **10** 63 (LG. Freiburg). Eine Massekostenforderung verliert diese Eigenschaft nicht durch ihre Anmeldung als Konkursforderung (Jäger § 57 Anm. 8) und kann auch während des Konkurses gerichtlich und außergerichtlich gegen den Verwalter verfolgt werden.

§ 59. 1. Zu Nr. 1. a) Allgemeines. LeipzZ. **11** 241 (Colmar). Auch Unterlassungen des Konkursverwalters können Handlungen im Sinne des § 59 Nr. 1 KO. sein. **b)** Prozeßkosten aufgenommener Prozesse. α. BuschsZ. **40** 513 (Königsberg). Die Prozeßkosten der vom Verwalter aufgenommenen und dann zuungunsten der Masse entschiedenen Prozesse sind Masseschulden auch insoweit, als sie vor der Konkurseröffnung und der Aufnahme entstanden sind. Dies gilt nicht nur für die Prozeßkosten des obsiegenden Gegners, sondern auch für die des eigenen Anwalts des Gemeinschuldners. β. LeipzZ. **11** 954 (Colmar). Nimmt der Konkursverwalter als Berufungskläger einen Rechtsstreit auf und wird die Berufung zurückgewiesen, so sind die Kosten beider Instanzen gegen den Verwalter festzusetzen. γ. OLG. **21** 177 (Hamburg). Die Kosten eines vom Verwalter oder gegen ihn aufgenommenen, zuungunsten der Masse ent-

schiedenen Prozesses sind regelmäßig Masseschulden, auch soweit sie vor der Konkurseröffnung entstanden sind. Bildet aber die Kostenforderung allein den Gegenstand des aufgenommenen Rechtsstreits (z. B. nach Klagerücknahme), so ist der Erstattungsanspruch eine Konkursforderung (vgl. Jäger § 59 Anm. 2). c) Sonstige Prozeßkosten. LeipzZ. **11** 79, SächsOLG. **32** 442 (Dresden). Meldet ein Gläubiger eine im Prozesse befangene Forderung zur Tabelle an und bestreitet der Konkursverwalter nur die Kostenforderung, so wird an der Eigenschaft des Kostenanspruchs als einer bloßen Konkursforderung nichts geändert und ein Masseanspruch kann nur insoweit entstehen, als durch die Aufnahme des Prozesses Kosten entstanden sind. Ob diese Kosten etwa gegen den Verwalter als Masseschuld eingeklagt werden können, wird dahingestellt gelassen. Jäger bejaht in einer Redaktionsbemerkung die Frage.

2. Über die Einwirkung der Erklärung des Verwalters, daß er gewisse Gegenstände aus der Masse freigebe, auf schwebende Prozesse vgl. § 6 Ziff. III 5.

3. Einzelne Fälle. a) **RG.** R. **11** Nr. 1187. Soweit die Schädigung durch Nichtgeltendmachung eines Anspruchs seitens des Konkursverwalters entstanden sein soll, kann gegenüber einem Zahlungsfähigen in der Regel nur die Abtretung des Anspruchs verlangt werden. b) **RG.** R. **10** Nr. 4157. Eine lediglich obligatorische Zusicherung des Käufers, über die gekaufte Sache nicht vor Deckung des Kaufpreises zu verfügen, begründet bei Zuwiderhandlungen einen Schadensersatzanspruch, der sich als Konkurs-, nicht als Masseforderung darstellt. c) **RG.** ZBlFG. **11** 591. Eine Hypothekenforderung, die der Konkursverwalter in einer von ihm veranlaßten Versteigerung eines gemeinschuldnerischen Grundstücks nach § 53 ZVG. als Ersteher übernommen hat, kann nach ihrem späteren Ausfalle nicht als Masseforderung geltend gemacht werden. § 53 allein gibt dem Hypothekengläubiger noch keinen persönlichen Anspruch gegen den Ersteher, vielmehr muß die Mitteilung des vom Konkursverwalter vertretenen Gemeinschuldners gemäß § 416 BGB. und die Genehmigung des Gläubigers dazu kommen. d) Vgl. ferner zu § 10 Ziff. 1 c und § 17 Ziff. II b.

§ 60. 1. R. **10** Nr. 1428 (KG.). Dem Massegläubiger steht ein Schadensersatzanspruch gegen den Konkursverwalter zu, wenn dieser die in §§ 60, 191 KO. vorgeschriebenen Pflichten verletzt (vgl. **RG. 34** 28, **36** 94, **39** 94). Daraus folgt aber nicht, daß der Massegläubiger berechtigt ist, von dem Verwalter Rechnungslegung zu verlangen. Eine allgemeine Pflicht zur Rechnungslegung besteht bei Schadensersatzansprüchen nicht.

2. Vgl. zu § 57.

Achter Titel. Konkursgläubiger.

§ 61. I. Allgemeines. Über nachträgliche Anmeldung eines Vorrechts zu einer bereits festgestellten Forderung vgl. Bang zu § 142.

II. Einzelne Fälle. 1. Zu Nr. 1. a) Stundenbuchhalter. R. **10** Nr. 3811, HansGZ. **10** Beibl. 118 (Hamburg). Auch ein an sich selbständiger Kaufmann, welcher in einem Geschäfte gegen festen Monatslohn die Bücher der Firma führt, ohne an bestimmte Bureaustunden gebunden zu sein, hat wegen seiner Forderung das Vorrecht aus § 61 Nr. 1. b) Kolonnenführer. OLG. **21** 174, R. **10** Nr. 3405, KGBl. **10** 63 (KG.). Das Vorrecht setzt voraus, daß der Verpflichtete einen Dienstvertrag mit dem Gemeinschuldner geschlossen hat, durch den er in ein Abhängigkeitsverhältnis zu ihm getreten ist. Daher hat der Führer einer Arbeitskolonne von Putzern das Vorrecht nicht, wenn er mit dem Gemeinschuldner einen Akkordvertrag geschlossen hat, der sich, wie es in der Regel der Fall ist, als Werkvertrag darstellt.

2. Zu Nr. 2. a) Erbschaftssteuer. Vonschott, LeipzZ. **11** 666 ff., 755 ff. Die Erbschaftssteuer genießt im Konkurse des Erben das Vorrecht des § 61 Nr. 2 unter den dort genannten Voraussetzungen. Die Fälligkeit der Steuer tritt erst dann ein, wenn der Steuerbescheid erteilt und die Frist zur Entrichtung abgelaufen ist oder mit dem Ende der Stundung. Die einjährige Frist des § 61 Nr. 2 beginnt mit der Zustellung des Steuerbescheids. Auch eine vor der Konkurseröffnung entstandene, aber noch nicht fällige Erbschaftssteuer hat gemäß § 65 KO. als fällig zu gelten und erhält das Vorrecht des § 61 Nr. 2. § 65 findet auch dann Anwendung, wenn der Erbschaftssteuerbescheid bei der Konkurseröffnung noch nicht erteilt ist. Beim Übergange der Steuerforderung auf einen Dritten geht das Vorrecht mit über. Im Nachlaßkonkurse kann die Erbschaftssteuer nur vorkommen, wenn eine Überschuldung zur Zeit des Anfalls der Erbschaft nicht vorhanden war, sondern erst später eingetreten ist. Sie erhält dann gemäß § 226 KO. das Vorrecht aus § 61 Nr. 2 KO. b) *Cantor, DJZ. **11** 273. Gemeindliche Stromlieferungsgebühren sind nicht öffentliche Abgaben im Sinne des § 61 Ziff. 2 KO. Eine Gemeindeanstalt kann öffentlichen Zwecken dienen und daneben der Benutzung für private Zwecke eröffnet werden. Dann haben die für ihre Benutzung zu entrichtenden Beträge verschiedene rechtliche Natur. Sie sind öffentliche Abgaben nur, soweit es sich um Benutzung einer öffentlichen Anstalt als solcher handelt.

3. Zu Nr. 4. Falk, DJZ. **11** 645. Das Vorrecht aus Nr. 4 umfaßt nicht nur die durch die Krankheit unmittelbar notwendig werdenden Pflegekosten, sondern auch die durch Gewährung von Kost und Unterkunft entstehenden Verpflegungskosten und ist nicht auf physische Personen beschränkt.

4. Zu Nr. 5. a) **RG.** PosMSchr. **10** 191. Das Vorrecht der Nr. 5 steht den Kindern auch dann zu, wenn der Gemeinschuldner bereits zur Zeit des Erwerbes der Forderung nicht mehr zur vollen Bezahlung in der Lage war; eine Unterscheidung zwischen dem Nennwert und dem wahren wirtschaftlichen Werte der Forderung wird vom Gesetze nicht gemacht. b) **RG.** BayRpflZ. **11** 87. Erwerben die Kinder durch Abtretung eine Forderung gegen ihren Vater, so steht ihnen das Vorrecht im späteren Konkurs auch dann auf den vollen Betrag zu, wenn die Forderung schon bei der Abtretung zum Teil uneinbringlich war. c) BayRpflZ. **11** 208, R. **11** Nr. 1972 (Nürnberg). Das Vorrecht nach § 61 Nr. 5 KO. umfaßt nicht nur Ansprüche auf Ersatz für Verluste aus Anlaß der Vermögensverwaltung, sondern auch die Ansprüche auf Leistung des Gegenstandes der Vermögensverwaltung selbst. Die Löschung einer für die Ansprüche eingetragenen Hypothek beseitigt weder die persönliche Forderung noch das Vorrecht.

§ 63. R. **10** Nr. 1288, BayRpflZ. **10** 122 (Zweibrücken). Strafkosten und Strafvollzugskosten auf Grund rechtskräftigen Urteils sind im Gegensatze zu Geldstrafen von der Geltendmachung im Konkurse des Verurteilten nicht ausgeschlossen.

§ 64. 1. **RG.** LeipzZ. **10** 157, JW. **10** 30. § 64 ist entsprechend anzuwenden, wenn der Gläubiger nicht ein Pfandrecht, sondern fiduziarisches Eigentum hat.

2. *Fuld aaO. 22 ff. Ein nach der Konkurseröffnung erklärter Verzicht des Gläubigers auf eine Hypothek, die zur Sicherung einer vor Konkurseröffnung entstandenen persönlichen Schuld des nunmehrigen Gemeinschuldners dient, schließt Anwendung des § 64 KO. nicht aus, da auch die nach Konkurseröffnung entstandene Eigentümerhypothek zur Masse gehört. Analoger Anwendung des § 1165 BGB. bedarf es nicht.

3. Vgl. zu § 234.

§§ 64, 68. **RG. 74** 232, JW. **10** 950. Wenn ein Konkursgläubiger aus dem ihm verpfändeten Gegenstand eines Dritten während des Konkurses teilweise befriedigt wird, so kann er seine Forderung trotzdem in voller Höhe im Konkurse geltend

machen. Es begründet keinen Unterschied, wenn dieser Gegenstand einer Erbengemeinschaft gehört und der Gemeinschuldner Miterbe ist.

§ 68. Kurlbaum, LeipzZ. **10** 18 ff., erörtert den Fall, daß einem der Mitverpflichteten, der einen Rückgriffsanspruch gegen den Gemeinschuldner hat (z. B. der Wechselmitverpflichtete oder der Bürge), ein Pfand bestellt ist, und wirft die Frage auf, ob dieser Pfandgläubiger dadurch an der Durchführung seines Rechtes gehindert ist, daß die Konkursmasse an den Hauptgläubiger die Dividende für die volle Forderung zahlt. Die Bedenken, die dagegen vorgebracht sind (vgl. Lang, Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Rechte 208, 209), gehen dahin, daß mit der Zahlung der vollen Dividende an den Hauptgläubiger die Bedingung für die Geltendmachung des Pfandrechts im Verhältnisse zur Konkursmasse ausgefallen sei. Verf. verneint die Bedenken. Aus den Regeln des Pfandrechts läßt sich ein Anspruch der Masse auf Rückgabe des Pfandes in keiner Weise begründen. Ferner ist es gleichgültig, ob die Bedingung der Konkursmasse gegenüber ausgefallen ist, denn die Befriedigung des Pfandgläubigers erfolgt außerhalb des Konkurses. Wenn der Hauptgläubiger die bedingte Rückgriffsforderung des Rückgriffsgläubigers abgetreten erhält oder für sich pfändet und damit zugleich das Pfand erlangt, so kann er trotz § 64 KO. im Konkurse seine volle Forderung anmelden.

§ 69. Vgl. zu § 43 Ziff. II 1 a β.

Zweites Buch. Konkursverfahren.

Erster Titel. Allgemeine Bestimmungen.

§ 72. 1. Allgemeines. a) Kleinfeller, LeipzZ. **11** 249 ff. Das Konkursverfahren ist eine Verbindung von Offizial- und Dispositionsprinzip. Das negative Merkmal des Offizialverfahrens, der Mangel des Zweiparteienverhältnisses, ist ebenso erfüllt wie das positive Merkmal, nämlich die aktive Anteilnahme des Gerichts an der Stoffsammlung mit der Folge, daß die Beteiligten das Gericht darin nicht durch bindende Verfügungen beschränken können (vgl. § 75 KO.). Soweit aber der Zweck des Konkursverfahrens es nicht fordert, sind auch Dispositionen der Beteiligten dem Verfahren nicht fremd. **b)** Josef, LeipzZ. **11** 125 ff. Die Vorschriften der ZPO. über die Unterbrechung des Verfahrens durch den Tod einer Partei finden trotz des § 72 KO. nicht Anwendung auf den Tod des Gemeinschuldners; denn dieser hat auf den Fortbetrieb des durchaus amtswegigen Konkursverfahrens keinen Einfluß. Über die Einwirkung des Todes auf einen Zwangsvergleichsvorschlag vgl. Josef zu § 173.

2. SeuffBl. **11** 254, BayRpflZ. **10** 455 (LG. München II). Der Konkursgläubiger hat Anspruch auf Erteilung einer Abschrift des Gläubigerverzeichnisses.

§ 76. Vgl. zu § 190.

§ 78. 1. Vgl. zu § 6.

2. Person des Konkursverwalters. SeuffA. **66** 377 (Kiel). Der Liquidator einer Aktiengesellschaft oder einer von mehreren Liquidatoren darf im Konkurse der Gesellschaft nicht zum Verwalter bestellt werden.

§ 82. 1. Haftung des Verwalters. a) Hörle, LeipzZ. **10** 351 f. Der Verwalter haftet den Konkursgläubigern, wenn er den notdürftigen Unterhalt in einem Falle gewährt, in dem der Gemeinschuldner und seine Familie des Unterhalts nicht oder nicht in dem gewährten Umfange bedürfen und hierin eine schuldhafte vermögensrechtliche Schädigung der Gläubiger liegt. Der Ersatzanspruch kann nur von dem nachfolgenden Konkursverwalter geltend gemacht werden. **b)** LeipzZ. **10** 714 (LG. Dresden). Der Konkursgläubiger hat keinen klagbaren Anspruch auf Auszahlung der Dividende. Gegen grundlose Vorenthaltung der Dividende bietet aber § 82 Schutz. **c)** RheinA. **107** 190 (Cöln). Der Konkursverwalter ist regelmäßig

nicht schadensersatzpflichtig, wenn er das Geschäft des Gemeinschuldners für Rechnung der Masse fortführt und später die Masse nicht ausreicht, um die hieraus entstandenen Wechselschulden zu decken. **d)** Gegenüber Massegläubigern. **RG.** R. **11** Nr. 3859. Der Schadensersatzanspruch des § 82 KO. setzt ein Verschulden voraus. Ein solches liegt vor, wenn der Verwalter Beträge, die zur Berichtigung einer Masseschuld zu verwenden waren, der Konkursmasse zuführt. Bestreitet der Verwalter sein Verschulden, so hat er die besonderen Umstände darzulegen, die eine Fahrlässigkeit ausschließen sollen.

2. Beteiligter im Sinne des § 82. a) OLG. **21** 176, R. **10** Nr. 3406 (Breslau). Der Zwangsvergleichsbürge gehört nicht zu den Beteiligten im Sinne des § 82 KO., da er am Konkursverfahren nicht unmittelbar beteiligt ist. Auch bei ausdehnender Auslegung des § 82 könnte der Bürge erst nach Bestätigung des Zwangsvergleichs als Beteiligter angesehen werden (aufgehoben durch **RG. 74** 258, s. zu b). **b) RG. 74** 258, JW. **11** 60. Zu den Beteiligten im Sinne des § 82 KO. sind nur die am Konkursverfahren Beteiligten zu zählen. Ein Teil dieses Verfahrens ist das Zwangsvergleichsverfahren. Da in diesem Verfahren der Vergleichsbürge neben dem Gemeinschuldner als Vergleichsschuldner den Konkursgläubigern gegenübersteht und seine Bürgschaftserklärung einen wesentlichen Teil der Verhandlung bildet, ist er als unmittelbar beteiligt anzusehen. Der Konkursverwalter haftet ihm nicht nur für Verschulden, das nach Abgabe der Bürgschaftserklärung oder erst nach Bestätigung des Zwangsvergleichs liegt, sondern auch für früher begangene Pflichtwidrigkeiten.

§ 83. LeipzZ. **10** 91, R. **10** Nr. 1640 (Cassel). Die Gläubiger haben kein Recht darauf, daß das Konkursgericht auf Grund des § 83 gegen den Verwalter einschreitet; dies zu tun, ist Amtspflicht des Gerichts. Gegen die auf Grund der Prüfungspflicht erlassene Verfügung gibt es keine Beschwerde. Vgl. JDR. **8** zu § 84.

§ 84. LeipzZ. **11** 872, OLG. **23** 305, R. **11** Nr. 3860 (Stuttgart). Das Konkursgericht kann auch noch nach Aufhebung des Konkurses den Konkursverwalter seines Amtes entlassen und zur Prüfung der mit der Nachtragsverteilung zusammenhängenden Geschäfte durch einen neuen ersetzen. Zur Anordnung dieser Maßregel genügt aber nicht, daß die Mehrheit der Gläubigerschaft eine Nachprüfung der Geschäftsführung des Verwalters für geboten hält und deshalb die Bestellung eines neuen Verwalters verlangt. Vielmehr hat das Konkursgericht diese Fragen nach seinem pflichtmäßigen Ermessen zu prüfen, wobei allerdings auf das nachdrückliche und beharrliche Verlangen der Mehrheit Rücksicht zu nehmen ist.

§ 85. 1. R. **10** Nr. 3812, 3813, FrankfRundsch. **43** 100 (Frankfurt). Bei Festsetzung der Vergütung des Konkursverwalters sind der Umfang und die Schwierigkeit der Geschäftsführung, die Dauer des Verfahrens, die Zahl der angemeldeten Forderungen, der Erfolg der Tätigkeit des Verwalters ebenso zu berücksichtigen wie der Betrag der Aktivmasse. Die sofortige Beschwerde gegen die Festsetzung der Vergütung steht nicht jedem Beteiligten, sondern nur dem zu, dessen Recht durch die angefochtene Entscheidung beeinträchtigt wird.

2. LeipzZ. **11** 401 (Colmar). Wenn der Gemeinschuldner selbst sich mit dem vom Konkursverwalter geforderten Honorar einverstanden erklärt, wird das Gericht, auch wenn dieses Anerkenntnis es nicht bindet, regelmäßig nicht ohne triftige Gründe unter diesen Betrag heruntergehen.

§ 88. R. **10** Nr. 3814, 4160, FrankfRundsch. **43** 95 (Frankfurt). Abgesehen von den in §§ 132 ff. KO. genannten Fällen hat der Konkursverwalter die Befugnis, alle Verwaltungsmaßregeln, also auch solche wichtiger Art, selbständig ohne Mitwirkung des Gläubigerausschusses zu ergreifen und durchzuführen. Besteht ein Gläubigerausschuß infolge Amtsniederlegung mehrerer Mitglieder zeitweise nur aus

einem Gläubiger, so kann dieser mindestens alle diejenigen Maßnahmen mit Rechtswirksamkeit ergreifen, die, wie die Einlegung einer an die Innehaltung einer Notfrist geknüpften Beschwerde, keinen Aufschub dulden.

§ 89. **RG.** LeipzZ. **10** 159. Die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Gläubigerausschusses gilt auch dem Gemeinschuldner gegenüber.

§ 91. R. **11** Nr. 1365, 1974, SeuffBl. **11** 328, OLG. **23** 306 (Hamburg). Wird ein zum Gläubigerausschusse gehörender Rechtsanwalt in seiner Eigenschaft als Anwalt mit der Erledigung bestimmter Geschäfte beauftragt, so ist er nach der RAGebO. zu entschädigen und kann diesen Anspruch im Rechtswege gegen den Konkursverwalter geltend machen.

§ 95. LeipzZ. **11** 796 (Colmar). Die im § 95 Abs. 1 KO. dem Inhaber einer festgestellten Forderung gewährte Befugnis, an den Abstimmungen teilzunehmen, besteht auch dann, wenn über die Einleitung eines Rechtsstreits gegen den Forderungsberechtigten Beschluß gefaßt werden soll. Für eine gerichtliche Entscheidung über das Stimmrecht des Berechtigten ist daher kein Raum.

§ 99. 1. LeipzZ. **10** 798 (LG. Cöln). Das Konkursgericht kann einen Beschluß der Gläubigerversammlung nur dann untersagen, wenn er einer Ausführung bedarf. Ein Beschluß, durch den an Stelle des alten Gläubigerausschusses ein neuer gewählt ist, erfordert eine Ausführung nicht (vgl. Jäger § 99 Anm. 2).

2. OLG. **21** 176, R. **10** Nr. 3407 (Rostock). Ein Beschluß der Gläubigerversammlung, daß das Verfahren bis zum Tode eines Dritten, dessen Erbe der Gemeinschuldner ist, ruhen soll, ist nach § 99 aufzuheben.

Zweiter Titel. Eröffnungsverfahren.

§ 102. 1. LeipzZ. **10** 329 (Jena). Dem Konkurseröffnungsbeschlusse kommt formelle und materielle Rechtskraft zu. Etwaige Mängel in den Konkursvoraussetzungen werden mit der rechtskräftigen Eröffnung geheilt. Die Wirkung der Rechtskraft ist nicht auf die unmittelbar Beteiligten beschränkt, sondern absolut. Vgl. JDR. 8 Ziff. 3 zu § 109.

2. Über den Begriff der Zahlungseinstellung vgl. § 30 Ziff. II.

§ 103. 1. Ist das Recht eines Gläubigers, Konkursantrag zu stellen, verzichtbar? LeipzZ. **10** 572, R. **10** Nr. 3408 (Colmar). Ein Vertrag, durch welchen ein Gläubiger sich nur verpflichtet, den Antrag auf Konkurseröffnung überhaupt nicht oder für bestimmte Zeit nicht zu stellen, ist unwirksam. Denn er würde eine Verfügung über prozeßrechtliche Befugnisse enthalten, die der Verfügungsmacht der Beteiligten nur so weit unterworfen sind, als es durch die Bestimmungen des Prozeßrechts selbst für zulässig erklärt wird; sein Inhalt würde gegen ein im öffentlichen Interesse der Gläubigerschaft gegebenes Recht verstoßen (dagegen Jäger in einer Fußnote zu dieser Entscheidung und Kommentar § 103 Anm. 3). Vgl. im übrigen JDR. 8 zu § 103.

2. Rücknahme des Antrags. a) **RG.** (Straff.) **44** 52. Der Antrag auf Konkurseröffnung kann jedenfalls bis zur Eröffnung zurückgenommen werden. b) R. **11** Nr. 3861 (Naumburg). Der Antrag eines Gläubigers auf Konkurseröffnung kann noch bis zur Rechtskraft des die Eröffnung anordnenden Beschlusses des Beschwerdegerichts (§ 74 KO.) zurückgenommen werden. In der Angabe der Stunde der Eröffnung seitens des Beschwerdegerichts liegt nicht die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit des Beschlusses.

§ 106. OLG. **23** 307 (Hamburg). Das allgemeine Veräußerungsverbot des § 106 KO. ist als relatives Veräußerungsverbot im Sinne der §§ 135, 136 BGB. anzusehen. Daher ist eine nach Zustellung des Verbots an den Kridar erfolgte Pfändung den Gläubigern gegenüber unwirksam.

§ 109. 1. Senst, LeipzZ. **10** 831, teilt folgenden Fall mit: Der Vorstand einer Genossenschaft hatte in Verfolgung eigensüchtiger Zwecke unter Mißbrauch seiner Befugnisse die Konkurseröffnung über das Vermögen der Genossenschaft beantragt. Dem Antrage war stattgegeben. Der neue Vorstand legte sofortige Beschwerde ein, der auch vom OLG. statgegeben wurde. Der Gemeinschuldner hat, auch wenn er selbst irrtümlich oder arglistig seinen Konkurs beantragt hatte, ein Beschwerderecht gegen den Eröffnungsbeschluß, weil er durch die Wirkungen der Konkurseröffnung sachlich beschwert ist.

2. Über die Wirkung der Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses vgl. § 102 Ziff. 1.

§ 110. Über die Person des Verwalters vgl. § 78.

§ 113. 1. Fuld aaO. 41. Die Eintragung des Konkursvermerkes bei Eigentümerhypotheken, die noch nicht auf den Eigentümer umgeschrieben sind, kann nur erfolgen, wenn das Konkursgericht vorher oder gleichzeitig den Antrag auf Umschreibung stellt.

2. Fuld 42. Eine Nachprüfung durch das Grundbuchamt, ob der Fall der Gefährdung wirklich vorliegt, findet nicht statt (Predari § 22 GBO. Nr. 2). Eine Gefährdung ist nicht vorhanden, wenn eine Eigentümerbriefhypothek noch auf den Namen des Gläubigers eingetragen ist und der Konkursverwalter im Besitze des Briefes ist.

Dritter Titel. Teilungsmasse.

§ 117. 1. Bedeutung des Eröffnungsbeschlusses für die Besitzergreifung des Konkursverwalters. LeipzZ. **11** 325 (LG. Leipzig). Der Konkurseröffnungsbeschluß ist kein Vollstreckungstitel, auf Grund dessen sich der Verwalter in den Besitz der Masse setzen kann; eine vollstreckbare Ausfertigung des Beschlusses darf nicht erteilt werden. Dies ist aber auch nicht erforderlich, weil der Verwalter auf Grund seines gesetzlichen Verwaltungs- und Verfügungsrechts ohne weiteres berechtigt ist, die Masse in Besitz zu nehmen und zu verlangen, daß ihm eventuell die Zwangsgewalt zur Verfügung gestellt wird. Daher kann der Verwalter z. B., um sich in den Besitz der Wohnung des Gemeinschuldners zu setzen, einen Gerichtsvollzieher mit der Besitzentsetzung des Kridars beauftragen und, falls dieser sich weigert den Auftrag auszuführen, Beiordnung eines solchen vom Vollstreckungsgericht verlangen.

2. Stellung des Gemeinschuldners bei einem Streite über Zugehörigkeit eines Gegenstandes zur Masse. SeuffA. **65** 127 (Braunschweig). Besteht im Nachlaßkonkurse zwischen dem Konkursverwalter und dem Erben Streit über die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zur Masse, so kann der Erbe den Streit im Klagewege, nicht nur im Wege der Erinnerung nach § 766 ZPO. austragen.

3. *Kleinrath, LeipzZ. **10** 126 ff. Geschah die Besitzübertragung eines zur Masse gehörigen Grundstücks in Erfüllung eines Kauf- oder Tauschgeschäfts, ohne daß bereits zur Zeit der Konkurseröffnung die Auflassung erfolgt ist, so gewährt der § 986 BGB. eine Einrede auch im Konkurse gegen die Klage auf Herausgabe und ein Widerspruchsrecht gegen die Inbesitznahme des Grundstücks von seiten des Zwangsverwalters nach erfolgter Beschlagnahme. Dagegen kann der Konkursverwalter die Zwangsversteigerung aus § 126 KO. durchführen, ohne daß Ansprüche auf Schadensersatz oder aus Bereicherung gegen die Masse erhoben werden können.

§ 121. Schultz, LeipzZ. **10** 280. Die Postsperre des § 121 KO. erstreckt sich nicht auf Fernsprechnachrichten (vgl. JDR. **8** § 121 Ziff. 2).

§ 125. 1. Person des Eidespflichtigen. HansGZ. **10** Beibl. 123 (Hamburg). Auch der frühere Liquidator einer Firma, der nach der Konkurseröffnung über die Handelsgesellschaft sein Amt niedergelegt hat, ist zur Leistung des Offenbarungseids verpflichtet.

2. Gegenstand des Offenbarungseids. a) OLG. **20** 373, R. **10** Nr. 2658, DJZ. **10** 1237 (KG.). Der Eid des § 125 bezieht sich lediglich auf die Konkursmasse. Daher kann der Schuldner aus seiner Ableistung nicht den Einwand aus § 903 ZPO. erheben. **b**) Citron, KGBl. **11** 2. Der nach § 125 KO. vom Gemeinschuldner zu leistende Eid umfaßt nicht nur das zur Konkursmasse gehörende, sondern das gesamte Vermögen des Schuldners und ist deshalb nach der allgemeinen Norm des § 807 ZPO. zu leisten. Daraus ergibt sich auch, daß der Gemeinschuldner über anfechtbare, vor der Eidesleistung von ihm vorgenommene Rechtshandlungen nichts auszusagen braucht. **c**) Vgl. auch KG. zu § 14 Ziff. 2.

3. Über die Einwirkung des Konkurses auf ein schwebendes Offenbarungseidsverfahren vgl. § 14 Ziff. 2.

§ 126. Wolff, LeipzZ. **11** 13 ff., 96 ff., 185 ff. Die Rücksicht auf die Absonderungsrechte ist der Grund, aus welchem dem Verwalter das Recht der Zwangsversteigerung gegeben ist. Das Bestehen eines Absonderungsrechts ist aber nicht Voraussetzung dieses Rechtes. Der Zwangsversteigerung des Verwalters fehlt allerdings der Charakter der Zwangsvollstreckung; das Verfahren bewegt sich aber in den Formen der Zwangsvollstreckung und hat die Wirkungen der Zwangsversteigerung. Neben dem Verwalter kann auch der Massegläubiger und der Absonderungsberechtigte die Versteigerung beantragen, während der Konkursgläubiger durch § 14 KO. daran gehindert ist. Liegen neben dem Antrage des Verwalters Anträge der anderen Berechtigten vor, so sind alle in einem Verfahren zu erledigen. Auf dieses Verfahren finden die §§ 173, 174 ZVG. keine Anwendung, weil das Recht der Vollstreckungsgläubiger das stärkere ist. Dagegen ist § 174 ZVG. dann maßgebend, wenn der Beitritt des Vollstreckungsgläubigers nach §§ 172, 44 Abs. 2 ZVG. zu spät erfolgt. In dem Versteigerungsverfahren nimmt der Konkursverwalter die Stellung des betreibenden Gläubigers und zugleich des Schuldners ein. Neben dem Verwalter bleibt der Gemeinschuldner Beteiligter im Sinne des § 9 ZVG. Der Beschluß, der über die Anordnung des Versteigerungsverfahrens ergeht, hat hier nicht die Wirkung der Beschlagnahme des Grundstücks, weil der Verwalter als solcher keinen zu befriedigenden Anspruch gegen den Gemeinschuldner hat; er braucht diese Wirkung nicht zu haben, weil sie schon durch die Konkurseröffnung in weiterem Umfang eingetreten ist. Der Verwalter darf daher das Grundstück veräußern und belasten, auch über Erzeugnisse und sonstige Bestandteile sowie über das Zubehör frei verfügen. Das Versteigerungsverfahren ist aufzuheben, wenn 1. der Konkurs rechtskräftig beendet ist oder 2. der Verwalter durch Erklärung gegenüber dem Gemeinschuldner das Grundstück von der Konkursmasse ausgeschlossen oder 3. wenn er es veräußert hat.

§ 127. 1. Stellung des Verwalters bei der Verwertung. **RG. 75** 157. Der Verwalter übt nicht an Stelle des säumigen Pfandgläubigers dessen Rechte, sondern nach § 127 seine Verwertungsbefugnis aus, tut es aber unbeschadet der Rechte des Pfandgläubigers, die dieser nur nicht mehr an der Sache, sondern an dem Erlöse geltend zu machen hat. Von einer Vertretung des Pfandbesitzers durch den Verwalter ist keine Rede.

2. Zugehörigkeit zur Masse als Voraussetzung der Verwertungsbefugnis. a) **RG. 75** 156, JW. **11** 331, R. **11** Nr. 1366, 1367. Die Anwendung des § 127 setzt voraus, daß der Gegenstand, dessen Verwertung der Konkursverwalter beabsichtigt, zur Masse gehört. Gegenstände, die im Besitze des Gemeinschuldners einen geltend zu machenden Wert nicht gebildet hätten, kann auch der Konkursverwalter zur Verwertung nicht heranziehen. **b**) **RG.** LeipzZ. **10** 228. Verwertet der Konkursverwalter nicht zur Masse gehörige Gegenstände, an denen ein Dritter ein gesetzliches Pfandrecht (z. B. aus Miete, Pacht) hat, im Einverständnisse mit dem Eigentümer, so hat der Pfandgläubiger an Stelle des er-

loschenen Pfandrechts das Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse. Ist der Erlös bereits an den Eigentümer abgeführt, so kann ihn der Pfandgläubiger mit der Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung herausfordern. Bei dieser Klage ist der Gläubiger an die Pfandrechtsbeschränkungen im § 49 Nr. 2 KO. nicht gebunden, weil sie nicht außerhalb des Konkurses gelten.

3. Veräußerung von Grundstückserzeugnissen. LeipzZ. **11** 315, R. **11** Nr. 2616 (KG.). Das Pfandrecht des Hypothekengläubigers an getrennten Feldfrüchten wird im Konkurse zum Absonderungsrechte. Verwertet der Verwalter die Früchte gemäß § 127 KO., so setzt sich das Absonderungsrecht am Erlöse fort, solange dieser unterscheidbar vorhanden ist. Die Verwertung gemäß § 127 ist keine Veräußerung im Sinne des § 1121 BGB.; das Recht des Hypothekengläubigers erlischt damit nicht. Ein persönlicher Gläubiger, der vor der Konkurseröffnung die Früchte gepfändet hat, geht dem Hypothekengläubiger im Range nach.

4. Abweichende Art der Verwertung. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 1088. Der Abschluß eines Abkommens zwischen dem Konkursverwalter und einem als absonderungsberechtigt angesehenen Gläubiger, durch welches sich der Verwalter die Einwilligung des Gläubigers zu einer vom § 127 KO. abweichenden, für zweckmäßig erachteten Art der Verwertung eines Teiles der Masse verschafft, liegt innerhalb des dem Verwalter zugewiesenen Geschäftskreises und verpflichtet die Masse nach § 59. Das Abkommen ging dahin, daß die streitigen Waren, an denen der Gläubiger ein Absonderungsrecht geltend machte, im laufenden Geschäftsbetriebe verkauft und der Erlös vorweg für den Gläubiger verwendet werden sollte.

5. **RG.** R. **11** Nr. 3548. Für eine etwaige Fahrlässigkeit bei Aufrechterhaltung der Pfändung bleibt neben dem Konkursverwalter der Pfandgläubiger haftbar.

§ 129. Hörle, LeipzZ. **10** 348 ff., erörtert eingehend die bei der Gewährung des notdürftigen Unterhalts an den Gemeinschuldner und seine Familie in Betracht kommenden Rechtsfragen.

§ 133. 1. SächsRpflA. **10** 188. (LG. Freiberg) Das Konkursgericht kann die vom Gläubigerausschusse versagte Genehmigung zur Klagerhebung nach § 133 Nr. 2 KO. nicht ersetzen (vgl. Jäger § 133 Anm. 4).

2. SächsRpflA. **10** 188 (LG. Freiberg). Der Gläubigerausschuß hat, auch wenn es sich um eine Klagerhebung gegen ihn selbst (z. B. wegen mangelnder Beaufsichtigung des früheren Konkursverwalters) handelt, gemäß § 133 Nr. 2 KO. hierüber Beschluß zu fassen. Versagt er die Genehmigung, so kann der Verwalter trotzdem klagen, da im Prozesse weder der Gegner noch das Gericht den Mangel beanstanden kann (**RG. 20** 108). Er macht sich auch nicht nach § 82 KO. regreßpflichtig, wenn er die Klage nach pflichtmäßigem Ermessen erhebt.

§ 136. 1. LeipzZ. **10** 330 (Jena). Im Genossenschaftskonkurse haben die Genossen die Stellung Dritter im Sinne des § 136.

2. Vgl. § 133 Ziff. 2.

Vierter Titel. Schuldenmasse.

§ 142. Bang, SächsRpflA. **10** 4 ff. Die nachträgliche Anmeldung eines Vorrechts zu der bereits festgestellten Forderung oder die Wiederholung der Forderungsanmeldung mit Nachholung der Vorrechtsanmeldung ist hinsichtlich des Vorrechts erfolglos, aber nicht, weil die rechtskräftige Anmeldung negativ gegen den Anmelder oder negativ zugunsten der anderen Konkursgläubiger wirke, nicht, weil Billigkeitsgründe das verlangen, auch nicht, weil § 142 Abs. 3 KO. nur die nachträgliche Anmeldung neuer Forderungen gestatte, sondern weil dem Begehren die materielle Rechtskraft der früher geschehenen und beurkundeten Feststellung der Forderung in dem Sinne entgegensteht, daß sie die neue Feststellung des Tatbestandes des identischen Anspruchs ausschließt, daß sie verbietet, im Wege einer er-

neuten rechtlichen Würdigung des Tatbestandes zu einer der ersten inhaltlich widersprechenden Entscheidung zu gelangen.

§ 144. OLG. **21** 172 (München). Durch die unzutreffende Anmeldung und Anerkennung eines konkursfreien Anspruchs kann dieser rechtlich nicht zu einer Konkursforderung umgeändert werden.

§ 145. 1. Wirkung der Eintragung. a) Gegenüber den anderen Gläubigern. **RG.** R. **10** Nr. 4161. Der Gläubiger einer festgestellten Forderung kann einem anderen Konkursgläubiger gegenüber auch außerhalb des Konkurses sich auf jene Feststellung zum Nachweise der Forderung berufen (**RG. 55** 158). b) Gegenüber dem Gemeinschuldner. α. RheinA. **107** 310 (Düsseldorf). Die Eintragung der festgestellten Forderung in die Konkurstabelle wirkt auch dem Gemeinschuldner gegenüber wie ein rechtskräftiges Urteil. β. Vgl. ferner über die Wirkung der Feststellung einer Gesellschaftsschuld im Gesellschaftskonkurse gegenüber den Gesellschaftern § 164 Ziff. 2. c) In bezug auf die Forderung. Schwabe, DIZ. **10** 1229. Die Feststellung auf den Ausfall bei Anmeldung der Forderung eines Hypothekengläubigers enthält die Feststellung der ganzen Forderung des Gläubigers und seines Rechtes auf abgesonderte Befriedigung.

2. Verwendung der Eintragnng während des Konkurses. a) BuschsZ. **40** 111 (Cassel). Von der Eintragung in die Tabelle kann auch schon während des Konkursverfahrens als Vollstreckungstitel (z. B. zwecks Überweisung einer durch Arrest gepfändeten Forderung) Gebrauch gemacht werden. b) Vgl. ferner zu § 164 Ziff. 1.

§ 146. I. Allgemeines. Tacken 80/81. Die konkursrechtlichen Feststellungsklagen nach § 146 KO. entlehnen ihr fundamentum agendi dem materiellen Rechte. § 146 KO. gewährt also, gerade wie § 43, nur ein Klageformular. Die Klagen nach § 146 sind logisch nur als Feststellungsklagen denkbar, und zwar sind sie besondere Feststellungsklagen, sodaß es keiner Darlegung des Feststellungsinteresses bedarf. Ist der anmeldende Gläubiger Kläger, so liegt eine positive, ist er Beklagter, so liegt eine negative besondere Feststellungsklage vor. Die materielle Bedeutung von § 146 liegt darin, daß er dem widersprechenden Gläubiger die Sachlegitimation für die in der prozessualen Form der konkursrechtlichen Feststellungsklage erscheinende materielle Klage (z. B. actio venditi, actio mutui usw.) verleiht.

II. Einzelnes. 1. Zu Abs. 1. Abtretung einer angemeldeten Forderung. **RG.** JW. **11** 950, LeipzZ. **11** 862. Der Zedent einer zur Tabelle angemeldeten, streitig gebliebenen Forderung bleibt trotz der Abtretung für den Feststellungsprozeß legitimiert, sofern nicht die Abtretung in der Tabelle vermerkt wird.

2. Zu Abs. 3. Konkurseröffnung nach Klagerücknahme und Erledigung der Hauptsache. Aufnahme des Rechtsstreits wegen der Kosten. a) OLG. **21** 177 (Hamburg). Nimmt der Kläger eine Klage zurück und bestreitet in dem darauf folgenden Konkurse des Klägers der Konkursverwalter die angemeldete Kostenforderung des Beklagten, so muß dieser die Feststellung seiner Forderung gemäß § 146 Abs. 3 durch Aufnahme des Rechtsstreits und Zustellung eines Schriftsatzes an den Verwalter betreiben. Der durch die Klagerücknahme aufgehobene Rechtsstreit gilt bezüglich des Kostenerstattungsanspruchs als noch anhängig. Der Antrag des Gläubigers kann stets nur auf Feststellung zur Tabelle, nicht auf Zahlung aus der Masse lauten. b) OLG. **23** 117 (KG.). Erledigt sich ein Prozeß des nachmaligen Gemeinschuldners vor der Konkurseröffnung in der Hauptsache und werden die vom Gegner zum Konkurse angemeldeten Kosten vom Verwalter bestritten, so ist die in dem nach § 146 Abs. 3 KO. auf-

genommenen Prozeß ergehende Entscheidung ein Kostenurteil, das nach § 99 Abs. 3 ZPO. nur mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden kann.

3. Zu Abs. 4. a) Allgemeines. OLG. **21** 178 (KG.). Maßgebend ist, ob der Klagegrund mit dem in der Anmeldung angegebenen Grunde der Forderung übereinstimmt. Dagegen ist es unerheblich, was die Tabelle als Forderungsgrund bezeichnet. **b**) Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs. RheinA. **107** 300 (Cöln). Bei einer nach Grund und Höhe streitigen Konkursfeststellungsklage kann über den Grund vorab entschieden werden. **c**) Streitwert des Feststellungsprozesses. BayRpflZ. **10** 289 (München). Bei Konkursfeststellungsklagen bemißt sich der Streitwert für die I. und II. Instanz nach dem Zeitpunkte der Klagerhebung. Ändert sich nachträglich die Konkursquote infolge Anlegung eines strengeren Maßstabs bei Bewertung der Masse, so ist dies auf den Streitwert ohne Einfluß. **d**) Klaganderung und zulässige Klagergänzung. α. **RG.** LeipzZ. **10** 407. Die Identität der im Konkursverfahren angemeldeten und im späteren Rechtsstreite geltend gemachten Forderung ist auch dann gegeben, wenn die tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen im Sinne des § 268 Abs. 1 ZPO. ergänzt und berichtigt werden. Dagegen sind wirkliche Klagänderungen von Amts wegen zu beachten und auch bei ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung der Gegenpartei unzulässig. β. **RG.** LeipzZ. **11** 231, R. **11** Nr. 1030, JW. **11** 226, SeuffBl. **11** 474. Auf § 146 Abs. 4 KO. sind gemäß § 72 KO. die §§ 268, 270 ZPO. entsprechend anzuwenden. Daher ist es zulässig, wenn ohne Änderung des in der Anmeldung oder dem Prüfungstermin angegebenen Grundes die tatsächlichen oder rechtlichen Anführungen ergänzt oder berichtigt werden (vgl. JW. **00** 133).

4. Zu Abs. 5. Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts. a) LeipzZ. **10** 492 ff., GewuKfmG. **10** 89 (KfmG. Braunschweig). Die Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts ist nicht von einer persönlichen Eigenschaft der Prozeßparteien abhängig, daher auch für einen Prozeß zwischen Gläubiger und Verwalter gegeben. Durch § 146 wird die Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts nicht ausgeschlossen; im Abs. 2 ist nur gesagt, daß die Feststellungsklage im ordentlichen Verfahren, nicht aber, daß sie vor den ordentlichen Gerichten zu erheben ist. Ebenso wie die Forderung selbst hat das Kaufmannsgericht auch das Vorrecht der Forderung, selbst wenn dieses allein streitig ist, zu prüfen. Denn es muß ohnedies bei Prüfung seiner Zuständigkeit und des Anspruchs selbst diejenigen Umstände feststellen, die die Voraussetzungen für den Vorrang im Konkurse bilden (§ 61 Nr. 1 KO.). Vgl. auch JDR. **6** § 146 Ziff. III. **b**) GewuKfmG. **17** 18 (AG. Dresden). Bestreitet ein Konkursgläubiger im Prüfungstermine die Gehaltsforderung eines kaufmännischen Angestellten, so ist für die Klage auf Feststellung der Forderung das Kaufmannsgericht ausschließlich zuständig.

5. Zu Abs. 6. Titulierte Forderungen. **a**) OLG. **23** 307 (Braunschweig). Als Titel im Sinne des Abs. 6 ist auch ein Urteil anzusehen, das erst nach der Konkurseröffnung gemäß § 249 Abs. 3 ZPO. verkündet ist (vgl. Jäger § 146 Anm. 22). **b**) BadRpr. **10** 63 (LG. Freiburg). Öffentlich-rechtliche Forderungen der Staatskasse müssen auf Grund der Anordnung der zuständigen Finanzverwaltungsstelle als titulierte Forderungen im Sinne des § 146 Abs. 6 KO. angesehen werden.

§ 148. Vgl. zu § 146 Ziff. 3 c.

Fünfter Titel. Verteilung.

§ 149. LeipzZ. **10** 714 (LG. Dresden). Die Konkursgläubiger haben keinen klagbaren Anspruch auf Auszahlung der Dividende. Gegen grundlose Vorenthaltung gibt der § 82 KO. Schutz.

§ 161. BadRpr. **11** 16 (LG. Karlsruhe). Wird ein Gläubiger beim Vollzuge der Schlußverteilung durch eine strafbare Handlung des Konkursverwalters benachteiligt, so bleibt ihm nur die Möglichkeit, seinen Schadensersatzanspruch gegen jenen geltend zu machen. Die Aufstellung einer neuen Schlußrechnung durch den neuen Verwalter und eine erneute Verteilung kann nicht verlangt werden.

§ 164. 1. Schwabe, DJZ. **10** 1229. Wenn ein Hypothekengläubiger seine Forderung auf den Ausfall im Konkurs angemeldet hat und die Forderung entsprechend festgestellt worden ist, so kann noch während des Konkurses eine vollstreckbare Tabellenausfertigung zum Zwecke der Zwangsvollstreckung in das Grundstück erteilt werden. Für die persönliche Ausfallsforderung ist die Erteilung unzulässig.

2. Zu Abs. 2. **RG. 74** 63. Die ohne Widerspruch der Gesellschafter im Gesellschaftskonkurs erfolgte Feststellung einer Schuld als Gesellschaftsschuld stellt auch gegenüber den Gesellschaftern das Bestehen der Gesellschaftsschuld rechtskräftig fest.

3. Vgl. auch zu § 145 Ziff. 1.

Sechster Titel. Zwangsvergleich.

§ 173. I. *Wernicken, Der Präventivakkord. Der Zwangsvergleich hat seinen Platz nur während des Konkurses. Der Vergleich vor dem Konkurse, der sog. Präventivakkord, ist in Deutschland nicht gesetzlich geregelt. Trotzdem ist in der Praxis der Abschluß eines Privatarrangements außerordentlich häufig. Da das Zustandekommen eines gegenüber einem durchgeführten Konkurs oder selbst gegenüber einem Zwangsvergleich im Konkurse meist weit vorteilhafteren Präventivakkords im Interesse des Schuldners wie der Gläubiger oft wünschenswert ist, aber nicht selten am Widerstand eines einzigen oder weniger sog. Akkordstörer scheitert, ist eine gesetzliche Regelung mit Bindung der Minorität anzustreben und ist auch von den meisten wirtschaftlichen Körperschaften wiederholt verlangt worden. Eine Denkschrift des Reichsjustizamts von 1907 beharrt auf dem ablehnenden Standpunkte der Regierung. Der Präventivakkord ist in mehr als 30 europäischen und außereuropäischen Staaten gesetzlich normiert. Bei zweckentsprechender Regelung überwiegen seine Vorteile die etwaigen Bedenken bedeutend. Verf. gibt einen Gesetzentwurf nebst Motiven.

II. Der Zwangsvergleich nach der KO. 1. Einfluß des Todes des Gemeinschuldners auf Zwangsvergleichsvorschläge. a) Josef, LeipzZ. **11** 125. Ein Zwangsvergleichsvorschlag des Gemeinschuldners wird durch seinen Tod nicht schlechthin hinfällig. Der § 153 BGB. findet aber bei der Frage, welchen Einfluß der Tod des Gemeinschuldners auf einen von ihm gemachten Zwangsvergleichsvorschlag macht, nicht Anwendung; vielmehr hat das Konkursgericht, wenn sämtliche Erben im Vergleichstermin erscheinen und den Vergleichsvorschlag aufrechterhalten, die Abstimmung über den Vorschlag herbeizuführen, ohne Rücksicht darauf, ob der Gemeinschuldner den Willen hatte, den Vorschlag zugleich für seine Erben zu machen. Mangels jener Voraussetzungen, insbesondere wenn die Erben den Vergleichsvorschlag nicht im Termin aufrechthalten, darf das Konkursgericht die Abstimmung über den Vergleichsvorschlag nicht zulassen, mag auch der Wille des Gemeinschuldners dahin gegangen sein, daß durch seinen Tod das Zustandekommen des Zwangsvergleichs nicht gehindert werden soll. Dem Konkursgerichte steht keine Prüfung in dieser Richtung zu und es wird den anberaumten Termin infolge des Todes des Gemeinschuldners regelmäßig aufheben, wofern nicht begründeter Anlaß zu der Annahme vorliegt, daß sämtliche Erben im Termine den Vergleichsvorschlag aufrechthalten wollen. Stirbt der Gemeinschuldner, noch bevor der Vergleichstermin anberaumt ist, so wird das Konkursgericht von der Anberaumung absehen, wofern nicht begründeter Anlaß zu der eben gedachten Annahme vorliegt. Den Erben bleibt in diesen Fällen überlassen, ihrerseits

einen neuen Vergleichsvorschlag einzureichen. Stirbt der Gemeinschuldner, nachdem der Vergleichsvorschlag bereits angenommen ist, aber noch bevor das Gericht ihn bestätigt hat, so ist dies kein Hindernis für die Bestätigung des Zwangsvergleichs. **b)** Francke, R. **10** 474. Stirbt der Gemeinschuldner, der einen Zwangsvergleichsvorschlag gemacht hat, vor dem zur Verhandlung über den Vorschlag anstehenden Termin, so bleibt nach § 153 BGB. der Vorschlag regelmäßig bestehen und das Konkursgericht muß darüber Beschluß fassen lassen.

2. Einzelnes. a) Die prozessuale Bedeutung des Zwangvergleichstermins. **RG.** LeipzZ. **11** 556, R. **11** Nr. 2376—2378, JW. **11** 550, SeuffA. **66** 429. Der Zwangsvergleich bildet einen öffentlich-rechtlich geregelten Abschluß des Zwangsvergleichsverfahrens, eines Bestandteils des der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit zugehörigen Konkursverfahrens. Die Abstimmungen und Anträge der Gläubiger im Zwangsvergleichstermine haben die Natur von Prozeßhandlungen und auf die Vertretung der Gläubiger kommen die §§ 79 ff. ZPO. zur Anwendung (vgl. Jäger § 183 Anm. 2). Daher müssen die Gläubiger schuldhafte Unterlassungen ihrer Vertreter im Termin in gleicher Art gegen sich gelten lassen, wie wenn sie selbst die Unterlassung verschuldet hätten (§ 232 Abs. 2 ZPO.). **b)** OLG. **23** 212 (Marienwerder). Beansprucht ein Pfändungsgläubiger den Erlös der vom Konkursverwalter nach § 127 KO. verwerteten Gegenstände, so kann nach Aufhebung des Konkursverfahrens infolge eines Zwangsvergleichs der Schuldner, der den Prozeß fortführt, die bisher vom Verwalter erhobene Anfechtungseinrede nicht geltend machen. Der Schuldner haftet auch persönlich weiter, weil der Anspruch des Gläubigers dadurch, daß der Verwalter den Erlös zur Masse gezogen hat, eine Masseschuld geworden, also durch den Zwangsvergleich nicht betroffen ist. Vgl. auch OLG. **23** 304 (Marienwerder).

§ 176. LeipzZ. **10** 799 (LG. Cöln). Ein Zwangsvergleichsvorschlag, von dem von vornherein feststeht, daß er die konkursgerichtliche Bestätigung nicht erhalten darf, muß vom Gerichte zurückgewiesen werden.

§ 181. 1. **RG. 72** 46, LeipzZ. **10** 76, SeuffA. **65** 214. Zur Nichtigkeit eines Abkommens nach § 181 Satz 3 genügt nicht die objektive Bevorzugung eines Konkursgläubigers vor den übrigen, sondern sämtliche Vertragsgenossen müssen sich dieser Bevorzugung bewußt gewesen sein („bevorzugt werden sollen"). Die Rückforderung des zur Erfüllung eines nach § 181 Satz 3 nichtigen Abkommens Geleisteten ist durch § 817 BGB. ausgeschlossen. § 817 ist schon dann anwendbar, wenn die kondizierende Vertragspartei den Zweck des Abkommens kannte, mag sie auch nicht gewußt haben, daß sie durch die Teilnahme am Vertrage gegen § 181 KO. verstoße. Die Entscheidung JW. **04** 38 wird teilweise zurückgenommen. (Teilweise bereits in JW. **09** 723 [JDR. **8** § 181 Ziff. 2 c β] abgedruckt.) Ebenso **RG.** LeipzZ. **10** 784.

2. R. **11** Nr. 605 (Jena). Sondervorteile, die sich ein Gläubiger ausbedingt, bevor er einem außergerichtlichen Akkorde beitritt, unterliegen den allgemeinen Vorschriften des BGB.

§ 190. 1. SächsOLG. **31** 345, LeipzZ. **11** 160 (Dresden). Die Aufhebung des Konkursverfahrens nach rechtskräftiger Bestätigung des Zwangsvergleichs erhält erst mit der öffentlichen Bekanntmachung nach § 76 KO. ihre Wirkung, und zwar gleichzeitig gegen und für alle bei dem Konkursverfahren Beteiligten. Dies gilt auch für den Verwalter und den Gemeinschuldner, für ersteren selbst dann, wenn ihm der Aufhebungsbeschluß besonders zugestellt ist.

2. **RG.** JW. **10** 623. Nach Beendigung eines Konkurses durch Zwangsvergleich und Aufhebung des Verfahrens erlischt die Parteirolle des Konkursverwalters in einem schwebenden Prozeß und der frühere Gemeinschuldner selbst wird kraft Gesetzes Partei (vgl. **RG. 58** 370). Daher sind Zustellungen an den Konkursverwalter

von nun an unzulässig. Dies gilt auch dann, wenn der Konkursverwalter ein Rechtsanwalt ist; § 87 ZPO. ist unanwendbar, da der Konkursverwalter—Anwalt nur sich selbst, nicht den Gemeinschuldner vertreten hat.

§ 191. *Oetker aaO. 198,200. Der Vorzugsgläubiger, dessen Forderung bestritten und nicht tituliert ist, hat, um Sicherstellung zu erlangen, dem Konkursverwalter nachzuweisen, daß die Feststellung von ihm betrieben wird. Ist auch das Vorrecht oder nur dieses bestritten, so ist die Erhebung der Prioritätsklage nachzuweisen. Die bestrittene Forderung ist außerdem noch dem Verwalter glaubhaft zu machen. Über die gestellte Sicherheit ist nach dem Konkurse zwischen dem Gläubiger und dem Verwalter, nicht dem Gemeinschuldner zu verhandeln, wie entsprechend der erhobene Liquidations-, Prioritätsprozeß zwischen dem Gläubiger und dem Opponenten fortgeführt wird.

§ 192. 1. PosMSchr. **11** 82 (Posen). Das Amt des Konkursverwalters und damit sein Verwaltungs- und Verfügungsrecht über die Masse hört nicht schon mit der rechtskräftigen Bestätigung des Zwangsvergleichs, sondern erst mit der Aufhebung des Konkursverfahrens und ihrer gemäß § 76 KO. erfolgten Bekanntmachung auf (vgl. **RG. 31** 42, **56** 72, OLG. **6** 368, Wilmowski § 190 Anm. 1).

2. BadRpr. **11** 83 (Karlsruhe). Die Ausführung des Zwangsvergleichs gehört an sich nicht mehr zu den Pflichten des Konkursverwalters, aber die in dem Zwangsvergleich ihm als Verwalter aufgetragenen Handlungen gehören noch zu jenen Pflichten. Daher steht ihm für die Auszahlung der Vergleichsraten keine besondere Gebühr zu.

§ 193. I. Inhalt des Zwangsvergleichs. OLG. **21** 178 (Hamburg). Wird ein Konkurs durch Zwangsvergleich beendet, so ist für das Verhältnis des Gläubigers zu einem Mitschuldner des früheren Gemeinschuldners der Zwangsvergleich an sich unerheblich; nur die Zahlung auf Grund des Vergleichs wirkt nach § 422 BGB. auch für den Mitschuldner. Mittelbar ist aber der Zwangsvergleich insofern von entscheidender Bedeutung, als sich aus seinem Inhalte die Bedeutung einer geleisteten Zahlung ergibt. Wird in einem Zwangsvergleiche festgesetzt, daß die Forderungen zu $^1/_4$ bezahlt, zu $^3/_4$ erlassen werden sollen, so darf ein Gläubiger, der mehrere Forderungen hat, die gezahlten Beträge nicht auf diejenigen Forderungen verrechnen, die ihm mindere Sicherheit bieten (z. B. wegen der Mithaft Dritter), sondern er muß gleichmäßig auf jede Forderung $^1/_4$ verrechnen.

II. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit des Zwangsvergleichs. a) *Oetker aaO. 66, 196. Bei gesetzwidrigem Inhalte des Vergleichsvorschlags, in Ermangelung gesetzentsprechenden Gläubigerkonsenses bleibt der „Vergleich" trotz rechtskräftiger Bestätigung ungültig. **b)** Rüdenberg, LeipzZ. **10** 672. Der rechtskräftig bestätigte Zwangsvergleich ist nur nach § 196 wegen Betrugs, nicht wegen Irrtums anfechtbar. Stellt sich z. B. nach rechtskräftiger Bestätigung heraus, daß die vorhandene Masse aus dem Erlöse von Absonderungsgegenständen stammt, und macht der Berechtigte seine Ansprüche auf den Erlös geltend (§ 46 KO.), so gehen die Gläubiger leer aus.

III. Einwirkung des Zwangsvergleichs auf die Konkursforderungen. a) RheinA. **107** 310 (Düsseldorf). Erhält ein Konkursgläubiger über die Zwangsvergleichsquote hinaus aus einer ihm zahlungshalber abgetretenen Forderung vom Drittschuldner einen Betrag gezahlt, so ist er nicht ungerechtfertigt bereichert. **b)** **RG.** SeuffA. **65** 41. Zur Tilgung des durch Zwangsvergleich erloschenen Teiles einer Konkursforderung besteht eine sittliche Pflicht im Sinne des § 814 BGB. (vgl. JDR. **8** zu § 193 Ziff. II).

IV. Zwangsvergleich und Sonderrechte. a) Fiduzia und Schuldmitübernahme. α. SeuffA. **66** 173, R. **11** Nr. 2209 (Königsberg). Eine Sicherungsübereignung wird ebenso wie das Pfandrecht durch den Zwangs-

vergleich nicht berührt (ebenso **RG.** GruchotsBeitr. **54** 1174). β. LeipzZ. **11** 313 (Jena). Die Rechte aus einer Schuldmitübernahme werden durch den Akkord nicht berührt. b) Absonderungsrechte. α. OLG. **23** 308 (Hamburg). Zu den Gläubigern, für und gegen die nach § 193 KO. der Zwangsvergleich wirkt, gehören auch die Absonderungsberechtigten, soweit es sich um ihre persönliche Forderung handelt. § 193 Satz 2 betrifft nur die dinglichen Rechte. β. **RG.** LeipzZ. **10** 158, JW. **10** 30, R. **10** Nr. 159, GruchotsBeitr. **54** 1169. Beteiligt sich ein Gläubiger, dem an einem dem Gemeinschuldner gehörigen Gegenstand ein Absonderungsrecht zusteht, mit seiner vollen Forderung an der Abstimmung über den Zwangsvergleich, so ist darin ein Verzicht auf das Absonderungsrecht zu sehen. Dies gilt nicht, wenn der Gegenstand des Absonderungsrechts einem Dritten gehört. γ. Berthold, LeipzZ. **11** 451. Hat der nach § 157 VVG. absonderungsberechtigte Konkursgläubiger weder auf das Absonderungsrecht verzichtet noch einen Ausfall erlitten, so wird seine Forderung durch den Zwangsvergleich nicht berührt. Das gleiche gilt, wenn die Forderung im Konkurs überhaupt nicht geltend gemacht worden ist. c) Aufrechnung. *Oetker aaO. 205. Trotz des Zwangsvergleichs behält der Gläubiger-Schuldner des Gemeinschuldners das Recht, gegen seine Schuld mit dem vollen Betrage seiner Forderung aufzurechnen.

§ 194. 1. *Oetker aaO. 204. Eine Forderung, die noch beim Vergleichstermine vom Gemeinschuldner bestritten war, wird durch spätere Rücknahme oder Überwindung dieses Widerspruchs nicht exekutionsreif gegen den Vergleichsbürgen. Vielmehr ist die Forderung auch dem Bürgen gegenüber nachweisbedürftig.

2. OLG. **23** 310, R. **11** Nr. 1973, HansGZ. **11** Beibl. 22 (Hamburg). Der dem § 64 KO. zugrunde liegende Gedanke trifft auch beim Zwangsvergleiche zu. Daher kann der Absonderungsberechtigte die Zwangsvergleichsrate nur insoweit verlangen, als er nachweist, daß er auf die abgesonderte Befriedigung verzichtet oder damit ausgefallen ist. Liegt noch keins von beiden vor, so ist die Vollstreckung wegen der persönlichen Forderung zur Zeit unzulässig.

§ 196. Über Anfechtung des Vergleichs wegen Irrtums vgl. § 193 Ziff. II.

§ 198. 1. *Oetker aaO. 201, 202. Wiederaufnahme des durch Zwangsvergleich beendeten Konkurses im Falle rechtskräftiger Verurteilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts ist ausgeschlossen, wenn inzwischen ein neuer Konkurs über den Schuldner eröffnet worden war.

2. *Oetker aaO. 242. Wenn in dem nach dem Tode des Gemeinschuldners fortgeführten Ordinarkonkurse zwischen dem Erben und den Gläubigern Zwangsvergleich geschlossen und dann der Erbe wegen betrüglichen Bankerutts rechtskräftig verurteilt worden ist, so kann der Konkurs nur als Ordinarkonkurs, nicht als Nachlaßkonkurs wieder aufgenommen werden.

Siebenter Titel. Einstellung des Verfahrens.

§§ 202 ff. LeipzZ. **10** 485, R. **10** Nr. 2680 (KG.). Die Fälle der Einstellung eines Konkursverfahrens sind von der KO. in den §§ 202 ff. nicht erschöpfend geregelt. Abgesehen von den in §§ 202 ff. genannten Fällen kann ein offenbar unrichtig und gesetzlich unzulässiges Verfahren jederzeit von Amts wegen aufgehoben werden.

§ 203. OLG. **21** 180 (Breslau). Die Wirksamkeit des Einstellungsbeschlusses beginnt schon mit seinem Erlasse, nicht erst nach Ablauf des zweiten Tages (§ 76) nach der Ausgabe des die erste Einrückung der öffentlichen Bekanntmachung enthaltenden Blattes.

Achter Titel. Besondere Bestimmungen.

§ 207. BadRpr. **11** 92 (LG. Karlsruhe). Die Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft bleibt trotz der Konkurseröffnung für die Zwecke des Konkursverfahrens

aufrecht erhalten (vgl. Jäger § 208 Anm. 9). Daher behält sie auch ihre Kaufmannseigenschaft, zumal diese von dem Betrieb eines Handelsgewerbes nicht abhängt (§ 210 Abs. 2 HGB.). Infolgedessen ist das vom Konkursverwalter abgeschlossene Rechtsgeschäft auch auf seiner Seite ein Handelsgeschäft.

§ 209. OLG. **21** 181 (Kiel). Rechtshandlungen eines Gesellschafters, die nicht im Namen und in Vertretung der Gesellschaft vorgenommen sind, können im Konkurse der Gesellschaft nicht angefochten werden.

§§ 214 ff. 1. Gemeinschuldner des Nachlaßkonkurses. **a)** SeuffA. **65** 127 (Braunschweig). Gemeinschuldner im Nachlaßkonkurs ist der Erbe. **b)** *Oetker aaO. 209. Als Gemeinschuldner im Nachlaßkonkurs ist nicht der Erbe, sondern der Nachlaß selbst zu erachten.

2. Tod des Gemeinschuldners während des Konkurses. Einwirkung a) auf den schwebenden Konkurs. *Oetker aaO. 234 ff. Ein schwebender Konkurs ist nach dem Tode des Gemeinschuldners nicht als Nachlaßkonkurs, sondern als Ordinarkonkurs fortzusetzen. AM. Hellmann, Lehrbuch 618 ff. **b)** auf das nicht im Konkurse befindliche Vermögen. *Oetker aaO. 240. Wenn der Gemeinschuldner während des Konkurses stirbt, so ist die von der Masse des schwebenden Konkurses nicht absorbierte Nachlaßmasse nach Nachlaßkonkursrecht zu behandeln (bei Überschuldung des Nachlasses Eröffnung eines Nachlaßkonkurses neben dem fortgeführten Ordinarkonkurs oder, wenn die Masse dürftig ist, Anwendung des § 1990 BGB.).

3. Konkurs über das Gesamtvermögen des Erben einschließlich des Nachlasses. Oetker aaO. 243 ff. In einem Konkurs über das Gesamtvermögen des Erben einschließlich des Nachlasses kann nicht der letztere noch nachträglich durch Eröffnung eines Nachlaßkonkurses aus der Konkursmasse ausgeschieden werden. Aber es haben in analoger Anwendung des § 234 KO. diejenigen Nachlaßgläubiger, denen gegenüber die Haftung der Erben nicht beschränkt ist, das Recht abgesonderter Befriedigung aus dem Nachlasse. Nachlaßgläubiger, die sich für die abgesonderte Befriedigung entscheiden, sind im Konkurs Ausfallsgläubiger. Für diese Ausfallsforderungen bildet die Befriedigungsgrenze die Differenz zwischen der hypothetischen Konkursdividende, die sich ohne abgesonderte Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus der Gesamtkonkursmasse ergeben hätte, und dem durch die abgesonderte Befriedigung erlangten Betrag. Doch können Vermächtnisnehmer, Auflagengläubiger, ausgeschlossene und ihnen gleichstehende Gläubiger nicht Ausfallsforderungen im Gesamtkonkurse geltend machen. Denn reicht der Nachlaß auch zu ihrer Befriedigung hin, so haben sie vermöge ihres Absonderungsrechts keinen Ausfall. Im gegenteiligen Falle sind sie überhaupt nicht absonderungsberechtigt, sondern unterliegen dem Rechte der Unzulänglichkeitseinrede (§§ 1992, 1973, 1974 BGB.) in seiner konkursmäßigen Gestaltung. Die Befriedigung der absonderungsberechtigten Nachlaßgläubiger aus dem Nachlasse geschieht insofern nach der Konkursrangordnung, als die gegen den Erblasser erkannten Geldstrafen erst nach Befriedigung der Ansprüche, die auch dem Erblasser gegenüber eine Konkursforderung ergeben hätten, die Verbindlichkeiten aus einer Freigebigkeit des Erblassers unter Lebenden erst nach den Geldstrafen, dann, wenn noch Nachlaßmasse existiert, die Pflichtteilsberechtigten zum Zuge kommen.

§ 215. **RG.** R. **10** Nr. 4162. Ist der Nießbraucher eines Nachlasses zur Schuldenzahlung verpflichtet, so kann ein Konkurs über den Nachlaß selbst nicht eröffnet werden.

§ 217. *Reichel, SeuffBl. **11** 453, Prozesse des vorläufigen Erben 65 f. Zum Konkursantrag ist auch der vorläufige Erbe berechtigt. Verpflichtet hierzu ist er freilich nie (§ 1978 BGB.).

§ 219. Reichel aaO. Das Antragsrecht der Nachlaßgläubiger ist auch dann gegeben, wenn über das Vermögen des vorläufigen Erben Konkurs eröffnet ist.

§ 224. 1. Zu Ziff. 2. *Oetker aaO. 236. Die Kosten standesmäßiger Beerdigung des Gemeinschuldners ergeben nicht eine Masseschuld in dem schwebenden Konkurse.

2. Zu Ziff. 5. BuschsZ. **40** 514, LeipzZ. **10** 172, R. **10** Nr. 160, SeuffA. **65** 170, OLG. **21** 192 (Cassel). Die durch die Prozeßführung des Nachlaßverwalters erwachsenen Prozeßkosten sind in dem später über den Nachlaß eröffneten Konkurse Masseschulden nach Ziff. 5.

§ 225. Zu Abs. 3. *Oetker aaO. 226. Die Feststellung der Forderung für den Erben geschieht nicht unter dem Vorbehalte, daß nicht der Gläubiger sie geltend macht, da eine aus dem Gesetz unmittelbar sich ergebende Resolutivbedingung der Feststellung nicht der tabellarischen Vermerkung bedarf.

§ 226. 1. Zu Abs. 2. *Oetker aaO. 229. Der mit dem angegebenen Forderungsgrunde vereinbare bessere Rang ist dem Gläubiger von Amts wegen zuzubilligen, wenn er nicht ausdrücklich nur die geringere Stelle beansprucht hat und wenn weder der Konkursverwalter noch ein Mitgläubiger jener Lozierung widersprochen hat.

2. Zu Abs. 2 Ziff. 5. *Oetker aaO. 223. Die Auflagengläubiger, d. h. diejenigen, welche die Vollziehung der Auflage verlangen können, haben nicht zu beanspruchen, daß die Dividende ihnen, vielmehr nur, daß sie den Auflagenempfängern gezahlt bzw. für diese so lange retiniert werde, bis deren Bestimmung (§ 2193 BGB.) rechtsbeständig erfolgt ist. AM. Jaeger zu §§ 226—229 Bem. 15.

§ 228. 1. Zu Abs. 1. *Oetker aaO. 271, 272, 273. Aus dem Anfechtungserträgnis ist eine Spezialmasse zu bilden, die zur Deckung des Ausfalls der Anfechtungsinteressenten bei der Gemeinmasse dient. Was nach Vollbefriedigung dieser Gläubiger vom Anfechtungserträgnis etwa übrig bleibt, fällt an den Anfechtungsgegner zurück. Mit der Heranziehung der Spezialmasse zur Befriedigung der Anfechtungsinteressenten ist zu warten, bis deren Ausfall bei der Gemeinmasse feststeht, also bis zur Schlußverteilung.

2. Zu Abs. 2. *Oetker aaO. 276. Bildung einer Spezialmasse wird erforderlich, wenn nach Befriedigung der dem Ausgeschlossenen vorgehenden Gläubiger noch Masse restiert und nichtausgeschlossene Gläubiger nachfolgen. Spezialmasse ist das vom Erben zur Masse Ersetzte, soweit nur die nicht ausgeschlossenen Gläubiger darauf Anspruch haben und soweit es nicht zur Befriedigung der vorgehenden Gläubiger schon aufgebraucht ist. Die Verteilung der Spezialmasse und eine Rückgabe daraus an den Erben hat in Verbindung mit der Schlußverteilung zu geschehen.

§ 230. Reichel, SeuffBl. **11** 455. Die Befugnis, einen Zwangsvergleichsvorschlag zu machen, steht auch dem vorläufigen Erben zu. Schlägt er nachträglich die Erbschaft aus, so ist der Nachberufene mindestens dann gebunden, wenn der Zwangsvergleich inzwischen geschlossen und rechtskräftig bestätigt ist.

§ 234. 1. **RG. 74** 234, JW. **10** 950, R. **10** Nr. 3601. Die Vorschrift, daß bei gleichzeitigem Erben- und Nachlaßkonkurse der Nachlaßgläubiger, dem der Erbe unbeschränkt haftet, im Konkurse des Erben nur seinen Ausfall anmelden kann, gilt dann nicht, wenn der Erbe nicht bloß als solcher, sondern noch aus einem besonderen Rechtsgrunde, z. B. kumulativer Schuldübernahme haftet. In solchem Falle ist § 68 anzuwenden.

2. *Oetker aaO. 266. Zu den Nachlaßgläubigern im Sinne dieses Paragraphen gehören auch die Vermächtnisnehmer, Auflagengläubiger, der Fiskus wegen Strafforderungen gegen den Erblasser, die Gläubiger aus Liberalitäten des Erblassers unter Lebenden, kurz alle im Nachlaßkonkurse zurückgesetzten Gläubiger.

§ 237. 1. RheinA. **108** 286 (Düsseldorf). Die Konkurseröffnung über das Vermögen des Schuldners im Auslande hindert nicht die Klagerhebung im Inlande.

2. Über die Gültigkeit konkursrechtlicher Vorschriften aus früheren Staatsverträgen der Bundesstaaten vgl. § 4 EGKO.

§§ 237, 238. 1. SeuffA. **65** 426 (KG.). Der ausländische Konkurs erstreckt seine Wirkungen auch auf das inländische Vermögen des Gemeinschuldners, soweit nicht im einzelnen abweichende Bestimmungen gegeben sind. Daher ist der Verwalter eines ausländischen Konkurses befugt, über inländische Forderungen des Gemeinschuldners zu verfügen.

2. BadRpr. **11** 278 (Karlsruhe). a) Zur Sollmasse des Konkurses gehört auch das im Auslande befindliche Vermögen, insbesondere Forderungen des Gemeinschuldners an ausländische Schuldner (vgl. **RG. 54** 193, Jäger § 237 Anm. 1). Daher ist im internationalen Rechte der ausländische Konkursverwalter als zur Einklagung und Eintreibung von Forderungen bei auswärtigen Schuldnern legitimiert anerkannt; hierzu gehört auch die Geltendmachung eines Anfechtungsanspruchs. b) Da die deutsche KO. dem Auslandskonkurse Beschlagskraft für das Inlandvermögen nicht beilegt, muß für alles Inlandsvermögen die Anfechtbarkeit zugunsten der ausländischen Konkursmasse verneint werden, auch wenn der Tatbestand einer Anfechtungshandlung nach deutschem Rechte vorliegt (Jäger § 29 Anm. 69). Dagegen kann in Deutschland eine Anfechtung eines ausländischen Konkurses insoweit stattfinden, als es sich um Vermögen handelt, welches in den Auslandskonkurs fallen würde und ihm durch die Anfechtungshandlung entzogen worden ist (vgl. Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts § 117). c) Für die klagbare Durchführung der Anfechtung einer im Auslande vorgenommenen Rechtshandlung im Inland ist erforderlich, daß die Handlung sowohl nach dem Rechte des Ortes des Anfechtungsakts wie nach dem Rechte des Wohnsitzes des in Anspruch genommenen Anfechtungsgegners anfechtbar ist.

§ 238. 1. **RG.** LeipzZ. **11** 947. Bei dem Inlandskonkurs über das im Inlande befindliche Vermögen (Zweigniederlassung) eines im Ausland ansässigen Gemeinschuldners richtet sich die Anfechtung nach den §§ 29 f. KO., wenn die Rechtshandlung im Inlande vorgenommen ist. Die Frage nach dem Zeitpunkte der Zahlungseinstellung ist nach dem Gesamtverhalten des Schuldners zu entscheiden (vgl. **RG. 21** 21). Dabei wird das Verhalten der im Auslande befindlichen Hauptniederlassung ausschlaggebend sein.

2. *Oetker aaO. 216. Ein Nachlaßkonkurs, beschränkt auf das im Inlande befindliche Vermögen des Schuldners, ist ausgeschlossen. AM. Jäger zu § 214 Bem. 32.

Drittes Buch. Strafbestimmungen.

§§ 239 ff. 1. **RG.** R. **11** Nr. 1859. Das Tatbestandsmerkmal der Konkurseröffnung ist verwirklicht, wenn ein wirksamer Eröffnungsbeschluß vorliegt. Dem Strafrichter ist die Nachprüfung der tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen dieses Beschlusses entzogen.

2. Umfang des Vorsatzes bei den Konkursdelikten. **RG.** JW. **11** 865, R. **11** Nr. 2413. Zahlungseinstellung bzw. Konkurseröffnung sind nicht lediglich außerhalb des Tatbestandes des Vergehens stehende, nur als Vorbedingung der Strafbarkeit in Betracht kommende Momente, sondern Tatbestandsmerkmale des Bankerutts. Daher müssen sie, wenn es sich um die vorsätzliche Begehung des Delikts handelt, vom Vorsatz umfaßt sein. Es muß ein Handeln in dem Bewußtsein vorliegen, daß der Bankerutthandlung eine Zahlungseinstellung oder Konkurs-

eröffnung vorangegangen sei, oder in einem Zeitpunkte, der jene Beziehung noch zulasse, nachfolgen werde.

§ 239. Reichel, SeuffBl. **11** 454. Die strafbaren Handlungen der Ziff. 1 und 2 können auch vom vorläufigen Erben begangen werden, dagegen ist dies bei den anderen Delikten aus §§ 239—241 KO. ausgeschlossen.

§ 240. I. Zu Nr. 1. **RG.** R. **11** Nr. 3406. Zur Feststellung des Tatbestandsmerkmals des Verbrauchs übermäßiger Summen durch Aufwand wird das Vorliegen von Luxus oder Verschwendung nicht erfordert. Es genügt die Überschreitung der Grenzen, welche für die Lebensführung des Angeklagten und seiner Familie aus seiner gesamten Vermögenslage und aus der Ertragsfähigkeit des Geschäfts sich ergaben. Ob eine Überschreitung dieser Grenzen vorliegt, ist Tatfrage.

II. Zu Nr. 3 und 4. a) Idealkonkurrenz. **RG.** R. **11** Nr. 427. Bei den Vergehen gegen § 240 Nr. 3 u. 4 KO. ist § 73 StGB. unanwendbar, da die einzelnen Bankerottshandlungen nur Erscheinungsformen der einen Straftat des Bankerotts sind. b) Voll- und Kleinkaufmann. **RG.** GoltdA. **57** 217. Der Geschäftsumsatz, mag er auch noch so bedeutend sein, bildet immer nur einen einzelnen Faktor zur Beurteilung des Geschäftsumfanges. Dieser aber ist allein maßgebend. Ein Viehhändler mit 200 000 M. Jahresumsatz ist deshalb nicht ohne weiteres aus der Klasse der Kleingewerbetreibenden auszuscheiden. Ebenso **RG.** SächsRpflA. **10** 20.

III. Zu Nr. 3. 1. In welcher Weise sind Bücher zu führen? a) **RG.** GoltdA. **59** 124. α. Die Buchführung darf sich nicht auf den Vortrag der Einnahme- und Ausgabeposten in ihren ziffernmäßigen Beträgen beschränken, sondern muß auch Aufschluß über die ihnen zugrunde liegenden Geschäfte geben. β. Der Nachweis, daß ein bestimmter geschäftlicher Vorgang nicht oder nicht richtig gebucht worden sei, ist nicht unbedingt erforderlich. b) **RG.** R. **10** Nr. 453. In den Büchern einer offenen Handelsgesellschaft sind unstreitig das eigene Vermögen der einzelnen Gesellschafter, ihre Sonderforderungen und -ausstände nicht aufzuführen; daher erfüllt gegebenenfalls das „Nichtaufnehmen einer Anzahl von Privatschulden" eines Gesellschafters den Tatbestand des § 240 Nr. 3 nicht.

2. Verheimlichen, Vernichten und unordentliche Führung der Bücher. **RG.** GoltdA. **58** 170. Der Tatbestand des Verheimlichens, Vernichtens und der unordentlichen Führung der Handelsbücher erfordert, daß letztere in ihrer Gesamtheit verheimlicht, vernichtet oder unordentlich geführt sind. Die Vernichtung eines einzelnen Handelsbuchs kann daher nur für die Annahme einer unordentlichen Buchführung Bedeutung haben (dagegen in einer Fußnote Zweigert: § 240 KO. setzt nicht voraus, daß durch die Vernichtung oder Verheimlichung eine Übersicht des Vermögenszustandes unmöglich gemacht werde).

§ 241. 1. Anstiftung zu § 241. **RG.** R. **10** Nr. 1685. Die Anstiftung zu dem Delikte des § 241 KO. setzt voraus, daß sich der Dolus des Täters auf die Verübung der strafbaren Handlung des Angestifteten ihrem ganzen Umfange nach erstreckt, insbesondere auch hinsichtlich der subjektiven Momente und der zum Tatbestand erforderlichen Absicht.

2. Begünstigungsabsicht. **RG.** R. **10** Nr. 1316. Eine Begünstigungsabsicht wird beim Gemeinschuldner regelmäßig dann nicht vorliegen, wenn es sich um die Befriedigung eines bevorrechtigten Gläubigers handelt, weil dann die anderen Gläubiger nicht benachteiligt sind.

3. Sicherung. a) **RG.** SächsRpflA. **11** 13. Ist vor Hingabe eines Darlehens vereinbart, daß das Darlehen nur gegen Verpfändung von Waren gegeben werden solle, so erhält der Darlehnsgeber durch Erfüllung dieser Vereinbarung lediglich eine Sicherung, die er vertragsmäßig zu fordern hatte, auch wenn der Wert der

Sicherung das Darlehen erheblich übersteigt. b) **RG.** R. **10** Nr. 454, BayRpflZ. **10** 138. Eine Sicherung oder Befriedigung im Sinne des § 241 wird gewährt nicht schon mit der Eröffnung der Möglichkeit, demnächst reale Deckung zu erlangen, sondern erst mit der wirklichen Verschaffung einer solchen durch eine tatsächliche Leistung aus dem Vermögen des Schuldners; anderenfalls würde nur ein (strafloser) Versuch des Vergehens vorliegen.

§ 242. 1. **RG.** R. **11** Nr. 2493. Die Bestimmung des § 242 KO. will nicht lediglich Teilnahmehandlungen am betrüglichen Bankerutte regeln, da sie einen solchen überhaupt nicht voraussetzt, sondern nur eine, wenn auch im Interesse des Schuldners, so doch als eigene verübte Tat von der Beschaffenheit des § 239 Nr. 1 und 2 KO. Der § 242 KO. enthält nicht begrifflich auch den Tatbestand der Beihilfe zum betrüglichen Bankerutte, vielmehr können beide Tatbestände in einer einheitlichen Handlung zusammentreffen.

2. **RG.** SeuffBl. **11** 321. Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung begründen nicht zwei verschiedene Tatbestände im Sinne des § 242 Abs. 1 Nr. 1, die sich gegenseitig ausschließen. Vielmehr handelt es sich bei ihnen um eine für die Strafbarkeit unerhebliche Modalität des Tatbestandes (**RG.** [Strafs.] **36** 266), so daß die alternative Fragestellung zulässig ist, wenn nicht mehrere selbständige Tatbestände, sondern nur die vom Gesetz im allgemeinen als gleichwertig angesehenen verschiedenen Richtungen einer und derselben Straftat in Rede stehen (**RG.** [Strafs.] **36** 193, **24** 433). Auch die Worte „verheimlichen" und „bei Seite schaffen" schaffen nicht zwei verschiedene, einander ausschließende Tatbestände, sondern enthalten nur Modalitäten derselben Straftat.

§ 243. LeipzZ. **11** 401 (Hamburg). Das Inaussichtstellen voller Befriedigung für eine angemeldete und festgestellte Forderung vor Abschluß eines Zwangsvergleichs und das Versprechen voller Befriedigung nach Abschluß verstoßen dann nicht gegen § 243 KO., wenn die in Aussicht gestellte Nachzahlung nicht die Gegenleistung für die Zustimmung zum Zwangsvergleiche, sondern für den Verzicht auf die Sicherstellung der Akkordquote sein sollte.

Einführungsgesetz zur Konkursordnung.

§ 4. a) LeipzZ. **10** 173, R. **10** Nr. 945, SächsOLG. **30** 327 (Dresden). Nicht berührt worden sind durch die KO. die konkursrechtlichen Vorschriften, die sich zur Zeit der Erlassung der KO. in Staatsverträgen der Bundesstaaten vorfanden; nur die in Landesgesetzen enthaltenen konkursrechtlichen Vorschriften sind außer Kraft gesetzt. Daher ist die Übereinkunft zwischen Sachsen und Österreich wegen gegenseitiger Behandlung von Konkursfällen vom 6. Januar 1854 noch wirksam. b) Gegen diese Entscheidung wendet sich Tetzner, LeipzZ. **10** 450 ff. Landesstaatsverträge sind den Landesgesetzen gleichzustellen und deshalb wie diese durch § 4 EGKO. aufgehoben, soweit sie konkursrechtliche Bestimmungen enthalten.

§ 13. **RG.** R. **11** Nr. 815, 1031. Es ist nicht notwendig, daß schon vor dem Inkrafttreten der KO. ein Anspruch der Frau auf damalige Herausgabe des Vermögens bestanden haben muß, sondern nur, daß vor jenem Zeitpunkt ein Forderungsverhältnis begründet gewesen ist, aus dem sie Herausgabe von Vermögen später fordern konnte. Der § 13 Abs. 1 setzt nur voraus, daß für die zu sichernden Forderungen ein gesetzliches, wenngleich bedingtes Pfand- oder Vorzugsrecht bestanden hat.

Anfechtungsgesetz.

(1910 und 1911.)

Literatur: Becker, Rechtsbehelfe des Gläubigers gegen die Vereitelung seiner Rechte durch vertragliche Zuwendung des pfändbaren Gehaltsteils an die Ehefrau eines Angestellten, RheinA. **109** 105 ff. — Hellwig, Erbschaftsausschlagung und Gläubigeranfechtung, Festschrift für Martitz, 157 ff. — Hohmann, Die Anfechtung außerhalb und innerhalb des Konkurses in vergleichender Darstellung, Berlin. — Lesser, Gehaltsverträge zur Benachteiligung der Gläubiger, JW. **11** 622 ff. — Otte, Heilung einer unwirksamen Pfändung durch Anfechtung außerhalb des Konkurses. Berlin.

§ 1. A. Allgemeines. 1. Natur und Voraussetzungen des Anfechtungsanspruchs. **RG.** R. **11** Nr. 3707. Das obligatorische Band zwischen Anfechtungsgläubiger und -schuldner entsteht nicht erst mit der Erhebung der Anfechtungsklage, sondern schon durch die Vornahme der unter § 3 AnfG. fallenden Rechtshandlung. Der Rückgewähranspruch erwächst unmittelbar aus der anfechtbaren Rechtshandlung selbst; vollstreckbarer Titel und Fälligkeit der Forderung sind nur Voraussetzungen der Geltendmachung des Anfechtungsrechts (**RG. 44** 93, **58** 44). **b**) R. **11** Nr. 3231, SeuffBl. **11** 603 (München). Das Anfechtungsrecht dient als Hilfsrecht der Zwangsvollstreckung zur Verwirklichung bestehender Rechte, nicht zur Entstehung solcher Rechte. Ein Fideikommißverzicht kann daher nicht auf Grund des AnfG. angefochten werden, um einen ohne den Verzicht eingetretenen Unterhaltsanspruch zu begründen. **c**) **RG.** GruchotsBeitr. **54** 625. Die Anfechtung aus dem Reichsanfechtungsgesetze setzt das Vorhandensein eines an sich rechtsverbindlich zustande gekommenen Geschäfts voraus.

2. Übergang des Anfechtungsrechts mit der Zession der Forderung. **RG.** LeipzZ. **11** 846, GruchotsBeitr. **55** 1068. Die Zession einer gegen den Schuldner begründeten, fälligen und mit vollstreckbarem Schuldtitel versehenen Forderung hat den Übergang des Anfechtungsrechts auf den Zessionar auch ohne ausdrückliche Mitabtretung dieses Rechtes zur Folge (**RG. 39** 12). Auch bei einer Teilabtretung geht das Anfechtungsrecht auf den Zessionar hinsichtlich der Teilforderung über (Jäger, AnfG. § 2 Anm. 20).

3. Passivlegitimation gegenüber der Anfechtungsklage. **RG.** LeipzZ. **11** 950. Passiv legitimiert für die Anfechtungsklage ist grundsätzlich nur der Empfänger der anfechtbaren Leistung, nicht auch der Schuldner. Der auf Duldung der Zwangsvollstreckung in Anspruch genommene Ehemann der Anfechtungsgegnerin ist nicht deren notwendiger Streitgenosse (vgl. **RG. 59** 234).

4. Anfechtbarkeit, Nichtigkeit und unerlaubte Handlung. **RG. 74** 225, JW. **10** 939. Eine nach den Vorschriften des Anfechtungsgesetzes oder der Konkursordnung anfechtbare Rechtshandlung stellt nicht an sich schon eine unerlaubte Handlung dar. Auch im Falle des § 3 Nr. 1 AnfG. und § 31 Nr. 1 KO., wo stets eine unerlaubte Handlung vorliegt, ist nicht ohne weiteres neben der Anfechtung ein deliktischer Schadensersatzanspruch gegeben. Wenn nur der Tatbestand einer anfechtbaren Rechtshandlung gegeben ist, treten auch nur die von dem Spezialgesetze bestimmten Rechtsfolgen ein. Im Einzelfalle können aber, über den Anfechtungstatbestand hinausgehend, die Merkmale einer unerlaubten Handlung gegeben sein; dann ist auch ein Deliktsanspruch begründet. Ebenso **RG.** LeipzZ. **10** 164, JW. **10** 939.

B. Einzelne Fälle. 1. Gegenstände der Anfechtung. **a**) Besitzübertragung. **RG.** R. **11** Nr. 388. Auch die Besitzübertragung als solche kann Gegenstand der Anfechtung sein. **b**) Vollstreckungsakt. BadRpr. **11** 1 (Karlsruhe). Ein Vollstreckungsakt (also auch eine Pfändung) kann als solcher nur angefochten werden, wenn er nach den Umständen des Falles

als eine vom Schuldner bewirkte Handlung anzusehen, insbesondere also, wenn er in kollusivem Einverständnisse des Schuldners mit dem Gläubiger zustande gebracht ist. c) Verbindung (§ 946 BGB.). Becker, R. **11** 261 ff. Kauft ein vermögensloser Schuldner Baumaterialien und verwendet sie zur Errichtung eines Hauses auf einem seiner Ehefrau gehörigen Grundstücke, so kann die Frau zwar nicht aus ungerechtfertigter Bereicherung, aber aus dem AnfG. belangt werden. Die Verbindung der Materialien mit dem Grundstück (§ 946 BGB.) ist eine nach § 1 AnfG. anfechtbare Rechtshandlung, mag sie von ihm selbst oder in seinem Auftrag oder Einverständnisse von einem Dritten vorgenommen sein. Bei der Anfechtung kann auch § 3 Nr. 4 in Frage kommen, wenn in dem Verhalten des Schuldners ein Verzicht auf den ihm nach § 951 BGB. zustehenden Bereicherungsanspruch zu finden ist. Durch das Entstehen dieses Anspruchs wird die Anfechtung ebensowenig ausgeschlossen, wie durch den Erwerb einer Gegenleistung (Falkmann, Anfechtung 11, Jäger § 1 Anm. 51). Bei Anwendung des § 3 Nr. 4 kann der Gläubiger aber nur die noch vorhandene Bereicherung verlangen, während anderenfalls gemäß § 7 der volle Wert zu ersetzen ist.

2. Anfechtbarkeit der Veräußerung eines Geschäfts. a) LeipzZ. **10** 332 ff. (Dresden). Die Anfechtung eines Geschäftsverkaufs wird gegen **RG. 70** 226 ff. für zulässig erklärt. Die Zulässigkeit der Anfechtung entspricht einem Verkehrsbedürfnisse. Von der freien Ausübung der Erwerbstätigkeit, die als absolutes Persönlichkeitsrecht der Zwangsvollstreckung entzogen ist, ist das eingerichtete Erwerbsgeschäft zu unterscheiden. Dieses ist als ein sowohl von dem Menschen wie von den einzelnen zum Geschäfte gehörigen körperlichen Inventarstücken losgelöster selbständiger Organismus, als einheitliches und selbständiges immaterielles Gut anzusehen, das Gegenstand eines absoluten subjektiven Rechtes ist. Dies hat das RG. selbst in anderer Beziehung wiederholt anerkannt. Auch vom Gesetze (§§ 17, 22, 23, 25, 303, 304 HGB., §§ 311, 330, 1822 Nr. 4 BGB., §§ 1, 134 KO.) wird das Erwerbsgeschäft als selbständiger Verkehrsgegenstand angesehen. Daher ist auch die Anfechtung des Verkaufs als zulässig zu erachten. Dagegen findet sich die Ansicht des RG. in R. **10** Nr. 4006 (Hamburg). b) Marcus, DJZ. **10** 1458, polemisiert gegen **RG. 70** 226 (JDR. **8** B 3), wonach die Anfechtbarkeit der Veräußerung eines Geschäfts im ganzen verneint wird. § 419 BGB. erwähnt die Vermögenseinheiten als Haftungsobjekte. Die ZPO. gibt zwar für die Vollstreckung in solche Sondervermögen keine besondere Vorschrift, doch ist § 786 ZPO. analog anzuwenden. Ebenso muß bei der Anfechtung mit der Analogie ausgeholfen werden.

3. Anfechtung der Erbschaftsausschlagung. Hellwig 157 ff. Die Erbschaft gehört vom Erbfall an dem Erben. Diese Vermögensvermehrung macht er zur endgültigen, wenn er annimmt oder die Ausschlagungsfrist versäumt; er gibt sie auf, wenn er ausschlägt. Die Fiktion des § 1953 BGB. hebt diese Wahrheit nicht auf, sondern regelt nur die Beziehungen zu dem Nächstberufenen und zu den Nachlaßgläubigern. Noch weniger darf man auf Grund der für die Ehefrau (§§ 1406 Nr. 1, 1453) und im Schenkungsrechte (§ 517) gegebenen besonderen Vorschriften das Gesetz (§§ 1922, 1942) in sein Gegenteil verkehren. Vielmehr ist die Ausschlagung eine Rechtshandlung, durch die der Erbe (und ebenso der Vermächtnisnehmer) sein Vermögen vermindert (167). § 9 KO. regelt nur das Recht des Gemeinschuldners, sich über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft zu entscheiden, berührt aber das Anfechtungsrecht nicht. Das Fehlen einer gleichartigen Vorschrift im AnfG. spricht daher nicht für die Anfechtbarkeit (170). Durch die Anfechtung wird der Ausschlagende nicht wieder zum Erben, sondern derjenige, der durch die Ausschlagung Erbe geworden ist, muß die Zwangsvollstreckung in die Nachlaßbestandteile dulden (171). Die Anfechtung kann nach § 3 Nr. 3 AnfG. § 32

KO. nur dann erfolgen, wenn der Ausschlagende im Einverständnisse mit dem Nächstberufenen die Ausschlagung nur vornimmt, um sie diesem unentgeltlich zuzuwenden. Anderenfalls müssen Benachteiligungsabsicht und ihre Kenntnis nachgewiesen werden (173).

4. Unanfechtbarkeit. BadRpr. **11** 1 (Karlsruhe). Sind auf Grund einer unanfechtbaren Pfändung Gegenstände versteigert worden und ist das Eigentum auf andere Personen übergegangen, so ist der Verkauf der Sachen unanfechbar, weil eine Benachteiligung der Gläubiger nicht vorliegt.

§ 2. I. Vollstreckbarer Schuldtitel. 1. Dogmatische Bedeutung des Titels. *Voß, BuschsZ. **40** 217 ff. Ist der vollstreckbare Schuldtitel ein konstitutives Tatbestandselement für die Gläubigeranfechtung (so Kuttner und Schneider), so wirkt er unter der Voraussetzung, daß die Rückgewährverbindlichkeit sich auf eine obligatio ex lege gründet, neben den übrigen Voraussetzungen zu deren Entstehung mit. Hiermit verschwindet die „Unwirksamkeit" als Quelle des Anfechtungsanspruchs bis zur Verkehrung in ihr Gegenteil. Die Verpflichtung des Anfechtungsgegners nähert sich einer gesetzlichen Einstandspflicht (Schadlosbürgschaft). Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit uneingeschränkter Freiheit in der Verteidigung des Anfechtungsgegners gegen die dem Vollstreckungstitel zugrundeliegenden materiellen Ansprüche, die der praktischen Durchführung der Anfechtung als eines Hilfsmittels der Vollstreckung nicht günstig ist. Man muß dem entgegen bei der Grundlegung des Anfechtungsrechts davon ausgehen, daß die schädigende Rechtshandlung den Gläubigern gegenüber bedingungsweise verboten ist, allerdings nicht im Sinne der §§ 135, 136 BGB. Die Anfechtung stellt einen Eingriff in den Rechtsverkehr zweier Personen auf Grund einer vom Gesetze mißbilligten Unlauterkeit (Illoyalität) dar, also eines Geschäftsmangels, den der Gläubiger hervorkehren, wegen dessen er „anfechten" darf. Der Schuldtitel dient als Beweis dafür, daß der Berechtigte sein Recht gegen den Schuldner mit einer gewissen Betriebsenergie verfolgt hat. Aber der Titel soll nicht zur prozeßmäßigen Vollstreckung gegen den Anfechtungsgegner gebraucht werden, sondern es soll durch die Anfechtung eine den Anfechtungsgegner bindende neue Vollstreckung in Vermögen des Schuldners ermöglicht werden. In dieser Beziehung wirkt der Titel nicht bloß als Entstehungstatsache, sondern auch für den Inhalt der Rückgewährpflicht bestimmend ein. Dem Anfechtungsgegner stehen die Einwendungen eines Schuldners gegen einen vollstreckbaren Schuldtitel als solchen aus eigenem Rechte zu. Dagegen braucht er die Rechtskraft des Schuldtitels als solche nicht gegen sich gelten zu lassen. Die hieraus sich ergebende Verwandtschaft der Gläubigeranfechtung mit der Geschäftsanfechtung des BGB. war schon geltendes Recht der KO. und des AnfG. von 1879. Sie ist nicht erst durch die Novelle von 1898 eingeführt worden.

2. Zur Anfechtung geeignete Titel. a) Becker, R. **11** 284. Eine einstweilige Verfügung, die auf eine Geldzahlung geht (§ 627 ZPO. und ähnliche fortlaufende Leistungen), ist ein zur Anfechtung geeigneter Schuldtitel. § 10 AnfG. ist auch hier anzuwenden, daher die Vollstreckung davon abhängig zu machen, daß der Anfechtungskläger in dem Prozesse der Hauptsache eine ihm günstige Entscheidung erwirkt. b) LeipzZ. **10** 249, R. **10** Nr. 975 (Hamm). Auch das vollstreckbare Erkenntnis einer Verwaltungsbehörde in Preußen kann einen die Gläubigeranfechtung stützenden Schuldtitel im Sinne des § 2 AnfG. bilden.

3. Vorlegung des Schuldtitels. Strucksberg, LeipzZ. **11** 830 Der Besitz eines vollstreckbaren Titels gehört bei der Anfechtung nicht zum Klagegrunde, sondern ist eine Voraussetzung, an deren Vorhandensein die Ausübung oder Geltendmachung des Anfechtungsrechts durch Erhebung der Klage geknüpft ist. Daher hat das Gericht den Besitz des Titels zu prüfen und dessen Vorlegung zu ver-

langen, ohne an die übereinstimmenden Erklärungen der Parteien gebunden zu sein, daß der Kläger sich im Besitze des Titels befinde.

II. Einwendungen gegen den durch Urteil festgestellten Anspruch. a) **RG. 74** 316, R. **11** Nr. 211. Der Anfechtungsgegner kann aus eigenem Rechte dem Anfechtenden entgegenhalten, daß er wegen seines vollstreckbaren Anspruchs nach Erlassung des Urteils befriedigt worden sei; denn nach § 7 kann der Gläubiger die Rückgewähr nur verlangen, soweit sie zu seiner Befriedigung erforderlich ist. Das Vorbringen des Zahlungseinwandes ist hier nicht auf den Weg des § 767 ZPO. beschränkt. **b) RG.** LeipzZ. **11** 951. Einwendungen gegen den durch Urteil festgestellten Anspruch des Anfechtungsgläubigers sind nur nach Maßgabe des § 767 ZPO. zulässig (vgl. **RG. 68** 138). Vgl. IDR. **8** zu § 2 Ziff. I 2.

§ 3. I. Allgemeines. 1. Rechtshandlung. **RG.** LeipzZ. **10** 867. Tritt ein vom Grundeigentümer befriedigter Hypothekengläubiger auf Anweisung desselben die Eigentümerhypothek an einen Dritten ab, so liegt eine Rechtshandlung des Eigentümers vor.

2. Einwendungen gegen den Anfechtungskläger. **RG.** LeipzZ. **11** 951. Dem Gläubiger, der eine Rechtshandlung des rechtskräftig zur Zahlung verurteilten Bürgen anficht, kann nicht entgegengehalten werden, daß er zunächst Befriedigung aus dem Vermögen des Hauptschuldners zu suchen habe.

3. Veräußerung mehrerer selbständiger Grundstücke. **RG.** JW. **10** 72, R. **10** Nr. 368, 369. Bei der Anfechtung der Veräußerung mehrerer selbständiger Grundstücke sind die Voraussetzungen für die Anfechtung bei jedem Grundstücke besonders zu prüfen.

II. Benachteiligung der Gläubiger. 1. Mittelbare Benachteiligung. **RG.** R. **11** Nr. 1189, GruchotsBeitr. **55** 1101. Eine Anfechtung wegen mittelbarer Zuwendung (**RG. 43** 83, **59** 195) ist dann nicht gegeben, wenn dem Schuldner nach Veräußerung der streitigen Gegenstände kein Anspruch auf diese oder auf ihren Rückerwerb verblieb und der Käufer und Weiterverkäufer im guten Glauben war. Ist aber die erste Veräußerung unanfechtbar, so ist das Vermögensstück rechtsgültig aus dem Vermögen des Schuldners geschieden.

2. Einzelne Fälle, in denen a) eine Benachteiligung vorliegt. α. **RG.** R. **10** Nr. 2881. Veräußert der Schuldner ein Vermögensstück unter Wert, so ist darin immer eine Benachteiligung der Gläubiger zu finden. Die Gegenbehauptung, daß der Schuldner, wenn er einen dem Werte entsprechenden Kaufpreis erhalten hätte, diesen bald vergeudet haben würde, ist unbeachtlich. β. R. **10** Nr. 3605 (Hamburg). Die Anfechtung einer Rechtshandlung (Verkauf von Mobiliar) wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Schuldner an Stelle der Sachen einen dem Werte entsprechenden Kaufpreis erhält. γ. **RG.** LeipzZ. **11** 951. Eine Benachteiligung des anfechtenden Gläubigers wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß das Entgelt für den anfechtbar veräußerten Gegenstand im wesentlichen für die Befriedigung der anderen Gläubiger verwandt worden ist. Dies kann höchstens für die Feststellung der Benachteiligungs*absicht* von Belang sein. δ. LeipzZ. **11** 476 (Jena). Der Schuldner hat keine Pflicht, ein ihm persönlich zustehendes Wohnsitzrecht im Interesse seiner Gläubiger zu verwerten. Er hätte es ohne jede Gegenleistung aufgeben können. Ließ er sich aber eine Gegenleistung versprechen, so gehört diese wirtschaftlich in sein Vermögen und die Gläubiger sind benachteiligt, wenn er sie durch Vertrag zugunsten eines Dritten diesem zuwendet. ε. **RG.** BayRpflZ. **11** 164. Die Belastung eines Grundstücks mit Hypotheken ist stets eine Benachteiligung der Gläubiger, wenn das Grundstück nicht schon überlastet ist. **b)** eine Benachteiligung vorliegen kann. α. **RG.** LeipzZ. **10** 866. Die Bestellung einer Sicherheit für die Ehefrau gemäß § 1391 Abs. 2 BGB. kann ein anfechtbares

Erfüllungsgeschäft sein. β. RG. R. **10** Nr. 3412. Die Weggabe einer Hypothek gegen eine gleich hohe ungesicherte Forderung kann eine Gläubigerbenachteiligung darstellen, wenn die Vermögenslage des Drittschuldners zwar gut, der Schuldner aber nicht in der Lage ist, die Fälligkeit der Forderung herbeizuführen. c) keine Benachteiligung vorliegt. α. LeipzZ. **11** 958 (LG. Leipzig). Die Vereinbarung eines Angestellten mit seinem Geschäftsherrn, daß der künftige Lohn, soweit pfändbar, zur Abstoßung eines ihm von diesem gewährten Darlehens verwandt werden solle, ist nicht anfechtbar. β. LeipzZ. **10** 415 (Königsberg). Die Veräußerung von Zubehör eines Grundstücks kann von einem persönlichen Gläubiger nicht angefochten werden, weil Zubehör nach § 865 ZPO. der Mobiliarvollstreckung nicht unterliegt und es deshalb an der Benachteiligung des Gläubigers fehlt.

3. Beweislast. **RG. 73** 221. Der Anfechtungskläger hat seinerseits grundsätzlich das Vorliegen eines die Gläubiger benachteiligenden Rechtsgeschäfts zu beweisen. Im einzelnen Falle kann aber von dem anderen Teile der gegenteilige Beweis erfordert werden.

III. Benachteiligungsabsicht. 1. Allgemeines. A. Bewußtsein und eventuelles Wollen der Benachteiligung. a) **RG.** R. **10** Nr. 2882. Aus dem Bewußtsein der Gläubigerbenachteiligung folgt regelmäßig, aber nicht zwingend, die Benachteiligungsabsicht. b) LeipzZ. **10** 93 (Jena). Das bloße Bewußtsein, daß es dem Schuldner durch die Sicherung unmöglich werde, künftig entstehenden Forderungen gerecht zu werden, genügt zur Anfechtung nicht. c) **RG.** R. **10** Nr. 760. Zur Feststellung einer Benachteiligungsabsicht kann schon das eventuelle Wollen einer Benachteiligung, der Wille des Schuldners, für einen vorausgesehenen Fall künftige Gläubiger zu benachteiligen, genügen (**RG. 15** 62, **24** 26, **26** 11, JW. **04** 152). d) Vgl. ferner über den Begriff der Benachteiligungsabsicht Hohmann zu § 31 KO. Ziff. I A.

B. Inhalt der Absicht. **RG.** JW. **10** 838, R. **10** Nr. 3251, LeipzZ. **11** 866, SächsRpflA. **10** 477. Das Gesetz knüpft die Anfechtungsmöglichkeit nicht an die Absicht des Schuldners, den anfechtenden Gläubiger zu benachteiligen, sondern an die Absicht, „seine Gläubiger" zu benachteiligen. Es ist daher unerheblich, ob die Absicht gegen einzelne oder alle, gegen derzeitige oder künftige Gläubiger gerichtet ist.

2. Einzelne Fälle. a) KGBl. **11** 80 (LG. I Berlin). Befriedigt der Schuldner eine Lohnforderung, so wird regelmäßig eine Benachteiligungsabsicht beim Schuldner nicht vorliegen; denn die Anfechtung soll nur die gleichmäßige Befriedigung der gleichberechtigten Gläubiger sichern, hier aber handelt es sich um einen Gläubiger, der im Konkurs ein Vorzugsrecht genießen würde. b) SeuffA. **67** 16 (Dresden). Aus der Tatsache, daß ein Geschäftsmann, der barer Geldmittel bedarf, sich diese trotz Bestehens von Ansprüchen Dritter an ihn durch Aufnahme eines Darlehens gegen Sicherheit verschafft, folgt noch nicht die Absicht der Gläubigerbenachteiligung. c) R. **10** Nr. 4007, SächsOLG. **31** 347 (Dresden). Die Benachteiligungsabsicht fehlt, wenn der Schuldner, um seine Gläubiger besser als im Falle des Konkurses zu befriedigen, seine Außenstände an einen Treuhänder verkauft und den Kaufpreis seinen Gläubigern abtritt. d) **RG.** R. **10** Nr. 162. Der Sicherungsverkauf von Gegenständen des Schuldners gegen Gewährung eines Darlehens kann anfechtbar sein, wenn die Absicht des Schuldners darauf geht, das Geld seinen Gläubigern zu entziehen, und dies dem Darlehnsgeber bekannt ist. Die Hingabe des baren Darlehens Zug um Zug gegen den Sicherungsverkauf ist aber ein Beweisanzeichen gegen die Anfechtbarkeit. e) SeuffA. **67** 17 (Dresden). Aus der Tatsache, daß jemand dem Schuldner gegen Sicherheit ein Darlehen verschafft oder durch Verbürgung dessen Gewährung von dritter Seite ermöglicht, obwohl er weiß oder aus den Erklärungen des Kreditsuchenden entnehmen muß, daß dieser Schulden

hat, folgt noch nicht das Bewußtsein, daß eine Gläubigerbenachteiligung vom Schuldner beabsichtigt sei oder vermutlich aus dem Geschäfte hervorgehen werde. f) RG. R. 10 Nr. 976. Die Befragung eines Rechtsverständigen kann unter Umständen gegen die Fraudulosität sprechen, wenn ihm der Sachverhalt vollständig und richtig vorgetragen ist. g) RG. R. 10 Nr. 4166. Durch die Absicht einer Sanierung wird die Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts nicht ausgeschlossen.

3. Kenntnis der Benachteiligungsabsicht bei dem anderen Teile. a) Erfüllungs- und Deckungsgeschäfte. α. RG. JW. 11 194, LeipzZ. 11 865 C, GruchotsBeitr. 55 1069. Bei reinen Erfüllungsgeschäften genügt das bloße Bewußtsein des Schuldners von der Schädigung anderer Gläubiger regelmäßig nicht, um den Benachteiligungswillen festzustellen. Dagegen ist dieser bei inkongruenten Deckungsgeschäften schon dann als vorliegend anzusehen, wenn der Schuldner die Benachteiligung anderer Gläubiger als notwendige Folge der einem Gläubiger gewährten Deckung erkannt hat (vgl. JDR. 8 zu § 3 Ziff. III 4 g). Vgl. auch DJZ. 11 1217, LeipzZ. 11 864 B. β. RG. LeipzZ. 10 632, R. 10 Nr. 2281. Aus dem Bewußtsein, daß durch das angefochtene Geschäft den übrigen Gläubigern Mittel zu ihrer Befriedigung entzogen werden, ist auch bei einem Deckungsgeschäfte nicht unter allen Umständen auf die Absicht der Gläubigerbenachteiligung zu schließen. b) Zeitpunkt der Kenntnis. RG. JW. 11 597, LeipzZ. 11 947. Im Falle der Anfechtung einer Hypothekenbestellung nach § 3 Nr. 2 ist der Beweis der Unkenntnis der Benachteiligungsabsicht auch auf den Zeitpunkt der Hypothekeintragung zu richten. c) Kenntnis bei gewillkürten und gesetzlichen Vertretern. α. RG. LeipzZ. 11 948. Ist bei einem Rechtsgeschäfte nur eine Person beteiligt, die in zulässiger Weise (§ 181 BGB.) im Namen des Vertretenen mit sich selbst im eigenen Namen abschließt, so ist für die Absicht der Benachteiligung und deren Kenntnis seine Person entscheidend. β. RG. R. 11 Nr. 389. Ist einem Mündel wegen der gleichzeitigen Eigenschaft seines Pflegers als Teilhabers einer Handelsgesellschaft, mit der ein Rechtsgeschäft namens des Mündels abgeschlossen werden soll, ein Sonderpfleger bestellt, so kommt es für die Frage der Anfechtung aus § 3 Nr. 1 nur auf die Absicht dieses Sonderpflegers an (vgl. GruchotsBeitr. 51 111). γ. RG. LeipzZ. 11 860, DJZ. 11 1273. Zur Anfechtung gegenüber einer Genossenschaft auf Grund des § 3 Nr. 1 AnfG. genügt es, wenn nur ein Mitglied des Genossenschaftsvorstandes von der Gläubigerbenachteiligungsabsicht des Schuldners Kenntnis gehabt hat. Gehört der mit dieser Absicht handelnde Schuldner selbst mit zum Genossenschaftsvorstande, wird aber die Rechtshandlung für die Genossenschaft nur von den anderen Vorstandsmitgliedern vorgenommen, so kommt es auf die Kenntnis einer von diesen Personen an. Anders RG. 9 143, 43 105, JW. 00 624 für die offene Handelsgesellschaft, weil hier die Rechtswirkung des Geschäfts nach der Seite des Erwerbes sich mit Notwendigkeit auch auf die Person des Veräußerers als Teilhabers am Erwerbe der Gesellschaft erstreckt. δ. RG. R. 11 Nr. 1619. Die Kenntnis des Bureauvorstehers des Anwalts des künftigen Anfechtungsbeklagten ist unschädlich.

IV. Anfechtung von Gehaltsverträgen zugunsten Angehöriger (vgl. JDR. 8 zu § 3 Ziff. VII 4). 1. Dogmatisch. a) Lippmann, LeipzZ. 10 833 ff. Der Vertrag, durch welchen sich ein Schuldner von seinem Geschäftsherrn ein Gehalt von 1500 M. versprechen läßt, während dieser zugleich mit der Ehefrau des Schuldners vereinbart, ihr für die Dauer des mit dem Ehemanne geschlossenen Vertrags einen weiteren Betrag zu zahlen, ist unter den Vertragsparteien gültig. Die Frau ist entweder bloße Zahlstelle oder hat einen selbständigen Anspruch gegen den Prinzipal. In beiden Fällen bedarf es einer Anfechtung nicht, es genügt die Pfändung des Anspruchs des Schuldners. Denn im ersten Falle ist zweifellos der Mann der Berechtigte geblieben; im anderen Falle

hat der Anspruch immer den Charakter des Gehaltsanspruchs behalten und ist deshalb untrennbar mit der Person des Mannes verbunden. Gegen die guten Sitten verstößt der Vertrag nicht, dagegen ist er simuliert und deshalb nichtig. Gültig ist aber das verdeckte Geschäft, wonach dem Manne das ganze versprochene Gehalt zustehen soll. Daher braucht nur dieser Gehaltsanspruch gepfändet zu werden. Die Gründe der reichsgerichtlichen Urteile, die die Anfechtbarkeit derartiger Gehaltsverträge erörtern, sind nicht stichhaltig. **b**) *Lesser, JW. **11** 622 ff. In dem Falle, daß ein Schuldner als Angestellter mit seinem Prinzipal ein Gehalt von 1500 M. vereinbart, während der Prinzipal mit der Ehefrau des Schuldners gleichzeitig vereinbart, ihr während der Dauer des Angestelltenverhältnisses ihres Ehemanns eine weitere Summe zu zahlen, erscheint eine Anfechtung nach § 3 Ziff. 1 AnfG. im allgemeinen wohl möglich (entgegen **RG. 69** 59 ff.). Der Schuldner und der Prinzipal haben nämlich die Gültigkeit des Vertrags des Prinzipals mit der Ehefrau des Schuldners zur Bedingung der Gültigkeit ihres eigenen Vertrags bzw. zu dessen Bestandteile gemacht. Infolgedessen haben sie für die Dienste des Schuldners tatsächlich eine Vergütung vereinbart, die der Gesamtsumme von 1500 M. und dem an die Ehefrau zu zahlenden Betrage gleichkommt. Da aber der Schuldner die 1500 M. übersteigende Vergütung weder für sich in Anspruch nimmt noch auch überhaupt dem Prinzipale gegenüber bestimmt, wem sie zukommen soll, so muß ein besonderer Vertrag des Schuldners mit dem Prinzipale des Inhalts angenommen werden, daß er unterläßt, entweder einen Anspruch auf die 1500 M. übersteigende Vergütung selbst zu erwerben oder für einen anderen zu vereinbaren. Durch dieses Unterlassen sind die Gläubiger objektiv benachteiligt, mit Ausnahme des Falles, daß der Schuldner einen Vertrag, bei dem die Gläubiger die ganze Vergütung hätten angreifen können, überhaupt nicht, d. h. auch nicht mit einem anderen Prinzipale hätte schließen können. Soweit eine objektive Benachteiligung vorhanden ist, ist anzunehmen, daß auch der Schuldner die Absicht dieser Benachteiligung gehabt hat und dem Prinzipale diese Absicht bekannt war, so daß insoweit sämtliche Voraussetzungen der Anfechtung nach § 3 Ziff. 1 gegeben sind. **c**) Becker, RheinA. **109** 105 ff. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Angestellten und seiner Ehefrau bezüglich des ihr vom Dienstherrn versprochenen Teiles der Dienstvergütung ist ein fiduziarisches, weil im inneren Verhältnisse der Ehegatten die Frau nicht befugt sein soll, von ihrem Gläubigerrechte Gebrauch zu machen, sondern auch diesen Teil des Gehalts nur im Interesse des Ehemanns verwenden soll. Daher kann der Gläubiger den Anspruch des Schuldners aus der fiducia auf Übertragung der Forderung gegen den Dienstherrn oder, nach Zahlung, auf Herausgabe der gezahlten Beträge pfänden und sich überweisen lassen. Die Voraussetzungen der Anfechtung sind gegeben. Angefochten wird die stillschweigende Zession (ein selbständiger Anspruch der Frau liegt nicht vor), die in dem Vertrage der Eheleute mit dem Dienstherrn liegt. Die Abtretung benachteiligt die Gläubiger, weil die künftigen Ansprüche einen gegenwärtigen Vermögenswert haben. Ob der Dienstherr ohne den Vertrag den Schuldner nicht angestellt hätte, ist unerheblich, da die Nichtanstellung oder Entlassung nur eine entfernte, vielleicht eintretende Wirkung der Anfechtung ist. Die Anfechtbarkeit des Vertrags kann ebensowenig wie die Pfändbarkeit eines Geldanspruchs durch Vertrag ausgeschlossen werden. Auch wenn der Anspruch der Frau ein völlig selbständiger ist, ist die Anfechtung zulässig, weil ein Handeln in fraudem legis vorliegt.

2. Aus der Rechtsprechung. **a**) OLG. **21** 90 (KG.). Ein Vertrag, durch den ein Geschäftsinhaber einen überschuldeten Angestellten mit einem Gehalt von 1500 M. anstellt, während er den Rest des Gehalts an die Familie des Angestellten zahlt, ist nicht anfechtbar. Denn der Geschäftsinhaber hat nichts aus dem Vermögen des Angestellten erlangt, was er zurückgewähren könnte. Auch liegt eine Benachteiligung des Gläubigers nicht vor, weil er ohne den Abschluß des Vertrags

nichts bekommen hätte. **b)** BadRpr. **11** 241 (Karlsruhe). Eine zwischen einem Vater und seinem Sohne, die in der gleichen Fabrik beschäftigt sind, getroffene und von der Fabrikleitung genehmigte Vereinbarung, durch welche der jährliche Gehalt des Vaters auf 1500 M. festgesetzt und das von dem Vater bisher bezogene Mehrgehalt dem Sohne zugewendet wird, ist anfechtbar. Der Fall liegt anders als der in **RG. 69** 61, weil die Fabrik den Vater auch ohne das Abkommen in seiner bisherigen Stellung bei gleichem Verdienste belassen hätte, während dort der Schuldner ohne die Vereinbarung brotlos geworden wäre. Ob der Schuldner verdienen will, steht ihm frei; arbeitet er aber, so darf er seinen Lohn den Gläubigern so wenig wie einen anderen Vermögenserwerb entziehen. Daher liegt in der Vereinbarung eine Benachteiligung der Gläubiger. Im Urteilstenor ist nicht nur die Verurteilung des Sohnes zur Zahlung, sondern gleichzeitig auszusprechen, daß er die Vollstreckung in die noch ausstehenden, bisher nicht vereinnahmten Beträge der abgetretenen Forderung bis zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers zu dulden hat (J ä g e r, AnfG. § 7 Anm. 3 u. § 9 Anm. 10). Die Bestimmung des § 850 ZPO. kann dem Gläubiger nicht entgegengesetzt werden. **c)** BayRpflZ. **11** 143 (LG. Frankenthal). Das Gehalt eines Angestellten wurde für fällige Unterhaltsbeiträge insoweit gepfändet, als es 20 M. wöchentlich überstieg. Der Schuldner, der 24 M. wöchentlich verdiente, schrieb darauf seiner Firma, daß er nunmehr für 20 M. weiter arbeiten wolle, um das Geld nicht dem Unterhaltsberechtigten zukommen zu lassen. Die Firma nahm diese Erklärung an. Der Klage der Gläubigerin gegen die Firma auf Zahlung von 4 M. wöchentlich wurde stattgegeben. Wenn ein Schuldner bei einem laufenden Vertragsverhältnis, das ihm ein gewisses schon festgelegtes Einkommen gewährleistet, solange er seine Arbeitskraft wie bisher verwertet, auf einen Teil seines Einkommens verzichtet, so gibt er einen Anspruch auf, der die Befriedigung der Gläubiger sicherte und jetzt ihrem Zugriff entzogen wird. Die Benachteiligung wird durch die Möglichkeit der Dienstentlassung nicht ausgeschlossen. Das Abkommen ist auch nach § 826 BGB. nichtig.

V. Z u N r. 2. 1. U n m i t t e l b a r e B e n a c h t e i l i g u n g. **RG.** R. **10** Nr. 161. Eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung, wie sie § 3 Nr. 2 erfordert, liegt auch in der Auflassung eines Grundstücks, die in Erfüllung einer obligatorischen Verpflichtung erfolgt.

2. B e n a c h t e i l i g u n g s a b s i c h t b e i E r f ü l l u n g s g e s c h ä f t e n **a)** B e w e i s l a s t. **RG.** JW. **11** 597, LeipzZ. **11** 947. Die Beweisverteilung der Nr. 2 gilt auch bei der Anfechtung von Erfüllungsgeschäften. Die Tatsache, daß es sich um ein Erfüllungsgeschäft handelt, ist nicht bei der Beweis v e r t e i l u n g, sondern bei der Beweis w ü r d i g u n g zu berücksichtigen. **b)** **RG.** JW. **10** 39, GruchotsBeitr. **54** 627. Bei reinen Erfüllungsgeschäften ist der dem Anfechtungsgegner nach § 3 Nr. 2 obliegende Gegenbeweis regelmäßig schon dann erbracht, wenn dargetan wird, daß der Schuldner durch den angefochtenen Vertrag seinem Angehörigen nur das gewährt habe, was dieser zu fordern hatte. Das sind aber Erwägungen t a t s ä c h l i c h e r Art, es kommt daher für die Beurteilung auf die Lage des einzelnen Falles an.

3. V e r w a n d t s c h a f t b e i V e r t r ä g e n m i t e i n e r o f f e n e n H a n d e l s g e s e l l s c h a f t. R. **11** Nr. 3940 (KG.). Zur Anfechtbarkeit der von einer offenen Handelsgesellschaft geschlossenen Verträge auf Grund des § 3 Nr. 2 genügt die Verwandtschaft eines einzelnen Teilhabers mit dem Vertragsgegner, denn Schuldner sind die sämtlichen Gesellschafter (vgl. J ä g e r § 3 Anm. 33).

4. B e w e i s l a s t. **RG.** R. **11** Nr. 3939. Die Zeitbestimmungen in den §§ 3 Nr. 2 und 4 AnfG. bilden einen Bestandteil des Klagegrundes und sind daher vom Anfechtungskläger zu beweisen. Steht bei einer Privaturkunde die Echtheit

der Unterschrift fest, so hat nicht der Beklagte die Beweislast für die Echtheit des Datums.

VI. Zu Nr. 3 und 4. Unentgeltliche Verfügung. 1. Begriff. **RG.** R. **11** Nr. 3120. Die Anwendung der Nr. 3 und 4 hängt nicht von der Feststellung ab, daß es sich gerade um eine Schenkung handelt. Unter den Begriff der Verfügung fällt auch eine Veräußerung, die der Ehemann dadurch bewirkt, daß er ihm gehörige Baumaterialien in das Grundstück seiner Frau verwendet und sie dadurch zur Eigentümerin macht (JW. **99** 166 Nr. 15).

2. Einzelfälle. **a)** LeipzZ. **11** 241, R. **11** Nr. 1620, ThürBl. **58** 202 (Jena). Der obligatorische Kaufvertrag über ein Grundstück und die darauf folgende Übereignung sind als einheitliche Verfügung anzusehen. Ist der Kaufvertrag unentgeltlich, so kann die Übereignung nicht deshalb als entgeltliches Geschäft angesehen werden, weil der Erwerber damit seine Ansprüche aus dem obligatorischen Vertrage verliert. Maßgebend kann nicht die rechtliche Konstruktion, sondern nur das wirtschaftliche Endergebnis sein, daß tatsächlich ein Gegenwert für das verkaufte Grundstück nicht in das Vermögen des Verkäufers gelangt ist. **b)** **RG.** R. **11** Nr. 611. Die Einräumung eines Nießbrauchs zum Zwecke der Tilgung einer Hypothek unterliegt nicht der Schenkungsanfechtung. **c)** Anfechtung von Versicherungsverträgen s. Eckstein oben Ziff. 1 zu § 331 BGB.

§ 4. **RG.** JW. **11** 945, R. **11** Nr. 3706. Kündigt der Anfechtungsgläubiger seine Anfechtungsabsicht an, so kann der Empfänger der Ankündigung auf Feststellung der Unanfechtbarkeit des Geschäfts klagen.

§ 5. 1. *Hohmann 58 ff. Das Anfechtungsrecht ist ein sog. verhaltener Anspruch, d. h. ein Anspruch, der zwar schon entstanden ist, aber erst durch seine Geltendmachung rechtliche Wirkungen hervorbringt. Er ist ein Anspruch im Sinne des BGB. Die Geltendmachung der Anfechtung erfolgt, ebenso wie vor der Novelle, im Wege der Klage und Einrede, auch im Wege der Replik, nicht aber durch empfangsbedürftige Willenserklärung. Die Vorschriften des BGB. über Anfechtung (§§ 142 ff.) finden keine Anwendung.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **55** 1068, LeipzZ. **11** 846. Der Erhebung des Anfechtungseinwandes in der Berufungsinstanz stehen keine Bedenken aus § 529 Abs. 2, 3 ZPO. entgegen (vgl. Jäger, AnfG. § 5 Anm. 7).

§ 6. Vgl. zu § 1 B 1.

§ 7. I. Inhalt des Rückgewähranspruchs. 1. Im allgemeinen. **a)** *Hohmann 90 (vgl. im allgemeinen Hohmann zu KO. § 37). Es genügt bei der Anfechtung außerhalb des Konkurses Bereitstellung des anfechtbaren Vermögensobjekts zur Zwangsvollstreckung; ebenfalls ist bei Grundstücken keine Rückauflassung erforderlich. Doch kommt es stets auf den einzelnen Fall an. In manchen Fällen kann der Anfechtende nur durch Rückauflassung zu seinem Rechte kommen (vgl. hierzu 93). **b)** **RG.** **73** 428. Der Anspruch auf Rückgewähr ist ein Individualanspruch. Die Geldforderung, wegen der angefochten wird, ist zwar nebenher von Bedeutung, aber nicht identisch mit dem Klaganspruch und nicht geeignet, ihn aus einem Individual- in einen Gattungsanspruch zu verwandeln.

2. Einzelne Fälle. **a)** Hypothek. OLG. **21** 409, R. **11** Nr. 819, SeuffA. **66** Nr. 11 (Darmstadt). Auf Grund einer Entscheidung, durch welche die einem Hypothekengläubiger vorgehende Hypothek wegen Verstoßes gegen das Anfechtungsgesetz für unwirksam erklärt worden ist, kann eine Rangänderung zugunsten des Gläubigers nicht eingetragen werden. Die Anfechtung gibt keinen Anspruch auf Einräumung eines dinglichen Rechtes. Sie ist aber insofern eintragungsfähig, als sie bei der vorangehenden Hypothek als eine Änderung des Inhalts des Rechtes eingetragen werden kann. Die Zustimmung des Anfechtungsgegners und des Eigentümers ist nicht erforderlich. **b)** Grundstück. α. **RG.** LeipzZ. **10** 161. Wenn

ein Grundstück durch eine anfechtbare Rechtshandlung veräußert worden ist, so kann eine selbständige Anfechtungsklage auf Duldung der Zwangsvollstreckung in die Mieten des Grundstücks nicht erhoben werden, weil die Mieten als solche weder durch eine anfechtbare Rechtshandlung erworben noch überhaupt aus dem Vermögen des Schuldners erlangt sind. β. OLG. **21** 173, R. **10** Nr. 3413 (KG.). Die Rückgewährpflicht des Anfechtungsschuldners, der zur Duldung der Zwangsvollstreckung in sein Grundstück verurteilt ist, erlischt nicht dadurch, daß das Grundstück versteigert und von dem Anfechtungsschuldner erstanden wird; seine obligatorischen Verpflichtungen werden durch den Zuschlag nicht berührt (ebenso für den Fall der Versteigerung beweglicher Sachen, JW. **98** 399). c) Sonstiges. α. Struckßberg, LeipzZ. **11** 50 ff. Kauft der Schuldner für seinen minderjährigen Sohn und auf dessen Namen oder in Vertretung seiner Ehefrau oder eines anderen Angehörigen ein Vermögensstück und entrichtet den Zug um Zug mit der Übergabe zahlbaren Kaufpreis schenkweise aus eigenen Mitteln, so kann der anfechtende Gläubiger seinen Rückgewähranspruch nicht unmittelbar auf das Vermögensstück richten. β. **RG.** LeipzZ. **11** 949, R. **11** Nr. 3553—3554. Bei einem einheitlichen Vertrage, der mehrere Vermögensobjekte zum Gegenstande hat, kann der Anspruch auf Rückgewähr auf einzelne derselben beschränkt werden. Ebenso kann dem auf Rückgewähr des Ganzen gerichteten Anfechtungsanspruche hinsichtlich eines Teiles stattgegeben, die Rückgewährpflicht wegen eines anderen Teiles verneint werden. γ. **RG.** LeipzZ. **10** 162. Eine Rechtshandlung, die der Anfechtungsgegner in Ansehung des anfechtbar erlangten Gegenstandes vorgenommen hat, unterliegt nicht ihrerseits wieder einer selbständigen Gläubigeranfechtung und kann daher nicht Gegenstand eines besonderen Anfechtungsprozesses sein. Ihre Beseitigung kann nur in demjenigen Anfechtungsprozeß, in welchem dem Anfechtungsgegner gegenüber die Rechtshandlung als solche angefochten wird, unter Umständen aus dem Gesichtspunkte der Nichterfüllung der Rückgewährpflicht begehrt werden. δ. Vgl. auch zu § 11 Ziff. 4.

II. Rückgewähr vor Erhebung der Anfechtungsklage. **RG.** JW. **10** 39, R. **10** Nr. 3606. Wenn der Gegenstand des anfechtbaren Rechtsgeschäfts vor Erhebung der Anfechtungsklage in Natur oder seinem Werte nach dem Vermögen des Schuldners wieder zugeführt und den Gläubigern behufs ihrer Befriedigung im Vollstreckungswege wieder zur Verfügung gestellt worden ist, so ist für die Anfechtungsklage kein Raum mehr. Dagegen kommt es nicht darauf an, daß der zurückgewährte Gegenstand noch im Vermögen des Schuldners zu der Zeit vorhanden ist, zu welcher der anfechtende Gläubiger seine Befriedigung sucht (vgl. **RG. 14** 312, **37** 100, JW. **05** 184). Zulässig wäre aber die Anfechtung, wenn die Rückgewähr nicht zum Vorteile der Gesamtheit der Gläubiger, sondern in bewußtem Zusammenwirken des Schuldners und des Anfechtungsbeklagten zu dem Zwecke erfolgt ist, um die veräußerten Gegenstände einem bestimmten Kreise von Gläubigern zur Förderung eines bestimmten Unternehmens in die Hände zu spielen (vgl. **RG. 44** 92).

III. Ersatz des Wertes an Stelle der Rückgewähr. 1. Allgemeines. **RG.** R. **10** Nr. 2687. Für die Begründung des Ersatzanspruchs nach § 7 kommt es auf ein Verschulden beim Untergange der zurückzugewährenden Sache nicht an.

2. Berechnung des Wertsersatzes. a) **RG.** R. **11** Nr. 818, LeipzZ. **11** 866. Wenn der Anfechtungsgegner an Stelle der Rückgewähr den Wert des Erwerbes zu ersetzen hat, so ist dieser nicht danach zu berechnen, was der Anfechtungsgegner erlöst hat, sondern danach, was der Anfechtende im Wege der Zwangsvollstreckung erlöst haben würde, wenn er nicht durch die angefochtene Rechtshandlung an dem Zwangszugriff auf die Forderung gehindert worden wäre (vgl. **RG. 44** 94). b) R. **10** Nr. 4008, SächsOLG. **31** 41 (Dresden). Hat der Mann zugunsten

der Frau nur den ihm aus einem Kaufvertrage zustehenden Anspruch auf Auflassung aufgegeben, so hat die Frau dem Anfechtungskläger nicht das Grundstück zurückzugewähren, sondern nur so viel zu zahlen, als der Anspruch auf Auflassung wert war.

IV. Sicherung des Rückgewähranspruchs. a) **RG.** R. **10** Nr. 3818. Der Rückgewähranspruch aus § 7 kann nicht durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden. Eine gleichwohl eingetragene Vormerkung ist, weil unzulässig, wirkungslos (**RG. 60** 424, **67** 39). **b**) SächsOLG. **31** 41 (Dresden). Ergibt das Vorbringen des Anfechtungsklägers, daß die Rückgewähr des veräußerten Gegenstandes ausgeschlossen und deshalb nur Wertsersatz möglich ist, so kann zu seiner Sicherung nicht eine einstweilige Verfügung, sondern höchstens ein Arrest erlassen werden.

V. Person des Anfechtungsgegners. LeipzZ. **10** 704 (Jena). Die Hereinziehung des Schuldners in den Anfechtungsprozeß ist grundsätzlich nicht erforderlich, so daß der trotzdem verklagte Schuldner regelmäßig mit Erfolg seine Passivlegitimation bestreiten kann (ebenso BadRpr. **11** 242 [Karlsruhe]). Ausnahmsweise ist eine Feststellungsklage gegen ihn zulässig, wenn der Gläubiger an der Feststellung der Anfechtbarkeit ihm gegenüber ein besonderes Interesse hat.

VI. *Otte, Heilung einer unwirksamen Pfändung durch Anfechtung außerhalb des Konkurses. Hat ein Gläubiger trotz der anfechtbar erfolgten Veräußerung eines Gegenstandes diesen bei seinem Schuldner als diesem noch gehörig pfänden lassen, so ist die Pfändung unwirksam. Die Konvaleszenz des Pfandrechts ist nach der Obligationstheorie, gemäß der der anfechtende Gläubiger lediglich einen persönlichen Anspruch mit dem Inhalte des § 7 AnfG. erhält, nur zu erreichen, wenn der Anfechtungsgegner entweder den Gegenstand und zwar an den Schuldner zurückgewährt, oder, was erheblich praktischer und gefahrloser ist, zu der erfolgten Pfändung seine Genehmigung und zwar in formeller Form im Sinne der §§ 704 (894), 794 ZPO. erteilt. Hierbei bleibt allerdings zu bedenken, daß die §§ 184, 185 BGB. auf Zwangsverfügungen keine Anwendung finden (vgl. dagegen **RG. 60** 72). Die Verpflichtung zur Rückgewähr an den Schuldner event. zur Erteilung der Genehmigung bildet dann die dem Gegner durch die Anfechtung erwachsende Verpflichtung im Sinne des § 7 AnfG. Alle übrigen bisher unternommenen Versuche, dem Gegner eine Verpflichtung anderen Inhalts aufzuerlegen (so Jäger, Anfechtungsgesetz [1905] 303, Riehl, GruchotsBeitr. **53** 500 ff.) führen nicht zur Konvaleszenz.

§ 9. 1. Rückgewähr einer übertragenen Forderung. *Otte aaO. Soll die Zession einer Forderung auf Grund des AnfG. angefochten werden, so kann nach der Dinglichkeitstheorie, gemäß der die der Befriedigung des Gläubigers entgegenstehenden Rechte durch die Anfechtung unmittelbar an den Schuldner zurückfallen, dies nicht im Wege der Klage geschehen, da der Gläubiger wegen der Wirkung der Anfechtung nicht in der Lage ist zu bezeichnen, in welchem Umfang und welcher Weise die „Rückgewähr" bewirkt werden soll.

2. Kann mit der Anfechtungsklage bei Veräußerung eines Sachinbegriffs Auskunft über den Inbegriff verlangt werden? a) KGBl. **10** 52, R. **11** Nr. 2211 (KG.). Der Anfechtungsgläubiger hat nicht das Recht, von dem Anfechtungsschuldner über die aus dem Vermögen des Schuldners erlangten Vermögensstücke Auskunft zu verlangen. § 9 erfordert einen bestimmten Klagantrag. Auch § 260 BGB. ist nicht anwendbar, da die Pflicht zur Rückgewähr (§ 7 AnfG.) keine Pflicht zur Herausgabe enthält. **b**) SächsOLG. **31** 495 (Dresden). Mit der gegen die Veräußerung eines Sachinbegriffs (z. B. eines Geschäftsinventars) gerichteten Anfechtungsklage kann zunächst Auskunft über den Bestand des Inbegriffs verlangt werden. Der nach § 9 AnfG. erforderliche bestimmte Klagantrag ist nach Erledigung des ersten Teiles der Klage gemäß § 254 ZPO. zu stellen.

§ 10. Becker, R. **11** 284. Trotz der Nichterwähnung der einstweiligen Verfügung im § 10 AnfG. ist diese Bestimmung auf das Urteil, das der auf eine einstweilige Verfügung gestützten Anfechtungsklage stattgibt, doch anzuwenden. Die Vollstreckung dieses Urteils ist also davon abhängig zu machen, daß der Gläubiger in der Hauptsache ein ihm günstiges rechtskräftiges Urteil erwirkt. Vgl. auch zu § 2 Ziff. I 2.

§ 11. 1. Rechtsnachfolger. a) **RG.** LeipzZ. **11** 949. Rechtsnachfolger im Sinne des § 11 ist auch der Pfandgläubiger des anfechtbar erworbenen Gegenstandes. **b)** **RG.** LeipzZ. **10** 867, R. **10** Nr. 2688. Wenn der Schuldner ein Vermögensstück nicht direkt an den Anfechtungsbeklagten, sondern zunächst an einen vorgeschobenen Strohmann verschoben hat, der seinerseits die Sache an den Anfechtungsbeklagten weitergegeben hat, so ist dieser nicht als Rechtsnachfolger, sondern als unmittelbarer Erwerber anzusehen. Es genügt daher die Kenntnis des Anfechtungsbeklagten von der Benachteiligungsabsicht des Schuldners.

2. Voraussetzungen der Anfechtung nach Ziff. 1. a) **RG. 74** 181, JW. **10** 951, R. **10** Nr. 3819. Die Anfechtung gegenüber dem Rechtsnachfolger setzt neben der Anfechtbarkeit der Rechtshandlung gegenüber den Rechtsvorgängern ferner voraus, daß dem Rechtsnachfolger zur Zeit seines Erwerbes die Benachteiligungsabsicht des Schuldners und die Kenntnis seines Rechtsvorgängers von dieser Absicht bekannt war. Nach dem Anfechtungsgesetz in der alten Fassung war bei feststehender Anfechtbarkeit des ersten Geschäfts nur die Kenntnis des Rechtsnachfolgers von der Benachteiligungsabsicht des Schuldners erforderlich (**RG. 45** 47). Die durch die Novelle erfolgte Änderung des Gesetzestextes nötigt zu der jetzigen Auslegung. **b)** **RG.** BayRpflZ. **11** 164. Die Anfechtbarkeit nach Ziff. 1 des § 11 hängt nicht davon ab, daß der Anfechtungsgegner sich bei seinem Erwerbe der Anfechtbarkeit des Erwerbes seines Rechtsvorgängers bewußt gewesen ist, daß er also aus den diese Anfechtbarkeit begründenden, ihm bekannt gewordenen Umständen auch den richtigen Schluß gezogen hat.

3. Beweislastverteilung nach Ziff. 2. a) **RG.** LeipzZ. **10** 941, JW. **10** 762, R. **10** Nr. 3070. Zur Begründung der Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger genügt der Nachweis, daß die angefochtene Rechtshandlung die Gläubiger benachteiligt und der Ersterwerber zu den im § 3 Ziff. 2 genannten Personen gehört, sowie daß beides dem Rechtsnachfogler bei dem Erwerbe bekannt war. Dessen Sache ist es, seinerseits die Nichtkenntnis einer betrügerischen Absicht des Schuldners auf seiten seines Rechtsvorgängers nachzuweisen (vgl. **RG. 71** 353 und JDR. **8** § 11). Die Vorschrift des § 892 BGB. bezieht sich nicht auf die Anfechtbarkeit des dem Grundbucheintrage zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts. **b)** BadRpr. **10** 116 (Karlsruhe). Ist der Anfechtungsgegner im Falle des § 11 Rechtsnachfolger einer nach § 3 Ziff. 2 AnfG. mit dem Schuldner verwandten Person, so hat der Anfechtungskläger nur die Benachteiligung der Gläubiger zu beweisen. Dem Rechtsnachfolger liegt der Beweis ob, daß ihm die Gläubigerbenachteiligungsabsicht seines Rechtsvorgängers nicht bekannt war.

4. Rückgewähr. **RG.** R. **11** Nr. 612. Die Tatsache, daß Miterben die von ihrem Erblasser anfechtbar erworbenen Gegenstände auf einen von ihnen übertragen haben, steht der Verurteilung auf Rückgewähr nicht ohne weiteres entgegen; der Antrag braucht daher nicht auf Wertsersatz zu gehen.

5. Vgl. Hohmann zu § 40 KO. Ziff. 1.

§ 13. 1. OLG. **21** 172, R. **10** Nr. 563, 1644, LeipzZ. **10** 246, BuschsZ. **40** 511, SeuffA. **65** 198 (Cassel). Die zum Schutze des Anfechtungsrechts eines Einzelgläubigers erlassene einstweilige Verfügung wird durch die Konkurseröffnung nicht gegenstandslos. Die durch die Verfügung erworbenen Schutzrechte gehen auf die Gesamtgläubigerschaft über und werden vom Konkursverwalter ausgeübt. Daher

wird durch Erhebung der Anfechtungsklage seitens des Verwalters die gemäß §§ 936, 926 ZPO. dem Einzelgläubiger vor der Konkurseröffnung gesetzte Frist gewahrt. Die Vorschrift des Abs. 2 findet auch auf das Verfahren der einstweiligen Verfügung Anwendung. Daher kann vor einer Erklärung des Konkursverwalters das Verfahren gegen den Einzelgläubiger nicht aufgenommen werden.

2. R. **10** Nr. 164, SeuffA. **64** 477 (Dresden). § 13 Abs. 2 ist auch auf einstweilige Verfügungen anwendbar.

Personenstandsgesetz.

(Bericht aus den Jahren 1910 und 1911.)

Literatur: a) Kommentare und Bearbeitungen des PStG. Aßmann, Der Personenstand und die Eheschließung nach dem in Preußen geltenden Reichs- und Landesrecht. Aschersleben 1910. — v. Erichsen, Die Führung der Standesregister, praktische Anleitung für Standesbeamte (10), bearbeitet von Karl Sauer. Berlin 1912. — Fidler, Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und der Eheschließung vom 6. Februar 1875 in der vom 1. Januar 1900 an geltenden Fassung nebst den Preußischen Ergänzungsvorschriften (2). Berlin 1912. — b) Abhandlungen. Jähnel, StandesA. **10** 264, Das Personenstandsrecht der Deutschen Schutzgebiete (Kolonieen). — Scheye, StandesA. **11** 158, 174. Was muß der Standesbeamte von BGB. für seine Amtsführung wissen? — Schindler, StandesA. **11** 52, Die Bedeutung des BGB., des EG. u. AGzBGB., des FGG., des preuß. FGG. und der ZPO. für die Standesamtsverwaltung. — c) Ausländisches Recht (Schweiz). Gautschi, Die Rechtswirkungen der Eintragungen in die Zivilstandsregister unter Berücksichtigung des schweizerischen Zivilgesetzbuchs. Basel 1911. — Hünerwadel, Die Rechtswirkungen der Eintragungen in das Zivilstandsregister unter Berücksichtigung des schweizerischen Zivilgesetzbuchs. Bern 1911.

§ 1. Literatur: Personenstandsbeurkundung und Eheschließung von Juden, StB. **10** 172.

§ 4. Literatur: Sauer, StB. **11** 1: Die Pensionsberechtigung der preußischen Standesbeamten.

1. Stölzel, PrVerwBl. **10** 469. Ist mit Genehmigung des Regierungspräsidenten der Stadtsekretär an Stelle des Beigeordneten zum stellvertretenden Standesbeamten bestimmt, so hat nur er (und nicht der Beigeordnete) den Hauptstandesbeamten zu vertreten, gleichviel, ob dessen Behinderung kurz oder lange dauert, ob sie auf Krankheit, Urlaub oder Arbeitslast beruht. Vgl. PrMJ. vom 28. Oktober 1875, Wohlers-Kruse (6) 20.

2. Tweer, StandesA. **10** 251. Das Funktionsrecht des gesetzlichen Vertreters des Gemeindevorstehers ruht, wenn ein besonderer Vertreter des Standesbeamten ernannt ist. Widerruflich beauftragt werden können mit der Vertretung (§ 4 Abs. 1 Satz 2) alle Gemeindebeamten, die nicht gesetzliche Vertreter des Gemeindevorstehers sind (aM. Sartorius, Anm. 1 b zu § 4). Zum Widerrufe der Beauftragung ist der Gemeindevorsteher berechtigt, ohne daß die Genehmigung der Aufsichtsbehörde hinzuzukommen braucht.

§ 7. Stölzel, PrVerwBl. **32** 754. Zu den sächlichen Kosten des von der höheren Verwaltungsbehörde bestellten Standesbeamten gehört auch die Vergütung für eine Schreibhilfe, wenn der Standesbeamte so überlastet ist, daß er eines Schreibers bedarf; sie wird auch in Gestalt der halben der Gemeinde zufließenden Gebühren gewährt werden können, wenn der Betrag sich etwa deckt. Hat der Standesbeamte keinen Schreiber nötig, so erscheint die Überlassung der Gebührenhälfte als eine ungerechtfertigte Gehaltsbewilligung seitens der Gemeinde an einen staatlichen, vom Staate zu bezahlenden Beamten. Die „sächlichen Kosten“, also auch die Erstattung der Auslagen einer notwendigen

Schreibhilfe, werden festgesetzt vom Kreisausschuß (analog § 7 Abs. 3). Der Beschluß der Einzelgemeinden ist wohl bedeutungslos.

§ 11. 1. Abs. 1. Gebührenfreiheit des Vorsitzenden des Kreisausschusses. KGJ. **39** B 17 (KG.). Der Landrat „als Vorsitzender des Kreisausschusses" genießt bei den Geschäften der Standesamtsaufsicht die dem Landesfiskus nach § 8 Nr. 1 PrGKG. zustehende Gebührenfreiheit, da ihm diese Geschäfte in seiner Eigenschaft als staatlichem Beamten übertragen sind und der gesetzliche Zusatz „als Vorsitzender des Kreisausschusses" (§ 154 PrZustG. vom 1. August 1883) nur die Stellvertretung des Landrats in diesen Geschäften regelt.

2 Abs. 3. Beschwerderecht der Aufsichtsbehörde. Dessen Voraussetzungen. **a**) KGJ. **39** A 33, R. **11** 107, StandesA. **10** 213 (KG.). Gegen die gerichtliche Entscheidung, durch die der Standesbeamte auf Antrag der Beteiligten angewiesen wird, eine von ihm abgelehnte Amtshandlung vorzunehmen, steht der Aufsichtsbehörde ein Beschwerderecht nicht zu, da die aus der Aufsicht fließenden Befugnisse durch die Anweisung nicht geschmälert werden (§ 20 FGG.). **b**) KGJ. **40** A 18, RJA. **11** 9, StandesA. **11** 2, R. **11** 107 (KG.). Aus der (mitgeteilten) Entstehungsgeschichte des § 11 PStG. ergibt sich, daß durch § 11 die aus der Dienstaufsicht fließende allgemeine Befugnis zur Überwachung der Geschäftsführung der Standesbeamten den Verwaltungsbehörden hat beigelegt und den Gerichten ein Recht zu Anweisungen an den Standesbeamten nur für den Fall hat übertragen werden sollen, daß die Beteiligten die richterliche Entscheidung deshalb anrufen, weil der Standesbeamte die Vornahme einer Handlung verweigert, auf die sie ein Recht zu haben vermeinen. Als eine solche Amtshandlung stellt sich nur eine solche Verrichtung dar, die dem Standesbeamten vom Gesetz oder den nach § 83 erlassenen Ausführungsverordnungen zur Pflicht gemacht und auf deren Vornahme den Beteiligten ein Recht eingeräumt ist. Ergeht innerhalb dieses Rahmens eine gerichtliche Anweisung an den Standesbeamten, so liegt ein Eingriff in das Aufsichtsrecht der Verwaltungsbehörden nicht vor und ist daher ein Beschwerderecht der Aufsichtsbehörde des Standesbeamten nicht gegeben (KGJ. **39** A 34). Anders verhält es sich, wenn die Verrichtung, zu deren Vornahme das Gericht den Standesbeamten anweist, nicht als eine Amtshandlung in dem oben gedachten Sinne aufgefaßt werden kann, und ein Beschwerderecht der Aufsichtsbehörde ist daher ausnahmsweise dann gegeben, wenn sie die Beeinträchtigung ihrer Aufsichtsrechte geltend macht und verlangt, daß die sachliche Zuständigkeit des Gerichts zum Erlasse der Anweisung durch die höhere Instanz nachgeprüft werde. Dies ist der Fall, wenn das Gericht den Standesbeamten angewiesen hat, einem Dritten Abschriften aus den Akten der Standesämter zu erteilen. Über die standesamtlichen Akten verhält sich das PStG. (vgl. § 16) überhaupt nicht. Die Anlegung von Sammelakten wird den Standesämtern erst durch § 22 BRVO. vom 25. März 1899 zur Pflicht gemacht. Es handelt sich hierbei um eine innere Einrichtung der Standesämter, ohne daß dem Publikum ein Anspruch auf die Führung oder Einsicht solcher Akten eingeräumt ist. § 34 FGG. gilt für das Verfahren vor den Standesämtern in keiner Weise, nur das gerichtliche Verfahren, das nach § 11 Abs. 3 PStG. stattzufinden hat, richtet sich in allen Instanzen nach dem FGG. Es hängt lediglich von dem Gutbefinden des Standesbeamten oder seiner vorgesetzten Dienstbehörde ab, ob dem Gesuch um Akteneinsicht oder Erteilung von Abschriften stattgegeben werden soll. **c**) Tweer, StandesA. **11** 40. Das Beschwerderecht der Aufsichtsbehörde gegen eine gemäß § 11 Abs. 3 erlassene Anweisung des Gerichts wird von der Rechtsprechung für den Fall anerkannt, daß das Gericht mit seinen Anweisungen in den inneren Dienst-

betrieb eingreift oder wenn es sich darum handelt, daß die ursprüngliche Registereintragung durch einen Zusatz, der sich auf eine spätere Änderung des Inhalts der ursprünglichen Haupteintragung bezieht (vgl. § 26), ergänzt und insofern berichtigt werden soll, also in allen Fällen der eigentlichen Randvermerkseintragung (im Gegensatze zu der Berichtigung einer Eintragung im Sinne der §§ 65, 66).

§ 13. 1. *Boschan, PrGemeindeZ. **10** Nr. 35, StandesA. **11** 5 — gegen R. **09** Nr. 3878 (KG.), JDR. **8** Ziff. 4 zu § 13 —. Wenn im § 13 Abs. 4 bestimmt ist, daß die Randvermerke „gleich den Eintragungen selbst besonders zu vollziehen seien," so kann dies nach dem Zusammenhange nur bedeuten, daß auch für die Randbeurkundung im Falle der mündlichen Anzeige die Formvorschriften des § 13 Abs. 2 und im Falle der schriftlichen Anzeige die Formvorschriften des § 13 Abs. 3 beobachtet werden sollen. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob es sich um eine sachliche Veränderung der beurkundeten Eintragung oder nur um einen im Grunde überflüssigen Randvermerk handelt, denn solange der Randvermerk besteht und nicht etwa seine Löschung angeordnet ist, muß er den Formvorschriften entsprechen und daher, wenn er diesen nicht genügt, gemäß §§ 65, 66 PStG. berichtigt werden. Ist die Unterschrift eines Beteiligten an die falsche Stelle gesetzt, so ist deren Durchstreichung unzulässig, und faßt man die Fertigung der Unterschrift an falscher Stelle als „offenbaren Schreibfehler" im Sinne des § 18 AusfBest. des BR. auf, so läßt sich diese Unrichtigkeit mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde durch einen sie feststellenden einfachen Randverwerk beseitigen. Hält aber der Standesbeamte vor Abschluß der Verhandlung einen Randvermerk nach § 13 Abs. 4 für erforderlich, so kann er dies nur in der Weise tun, daß er nach Anleitung der Musterausfüllung des Formulars A 2 vor die an der falschen Stelle gefertigten Unterschriften ein Verweisungszeichen setzt und unter entsprechender Verweisung am Rande vermerkt: „Diese Unterschrift ist an falscher Stelle gefertigt und hier gelöscht. Vor Abschluß der Eintragung berichtigt" und hinzufügt, daß der Vermerk, wie geschehen, dem Erschienenen vorgelesen, von ihm genehmigt und unterschrieben worden sei.

2. a) Tweer, StandesA. **11** 51, bespricht den Erl. des MJ. vom 23. Juni 1906 (StandesB. **06** 196), worin den Standesbeamten empfohlen wird, jede von Beruf kaufmännisch tätige Person auf deren Verlangen als „Kaufmann" (ohne nähere Sonderbezeichnung wie Buchhalter, Kassierer) einzutragen, und meint, daß durch diesen Erlaß dem Standesbeamten nichts von dem Rechte und der Pflicht genommen werden könne, im Einzelfalle nachzuprüfen, ob der Erklärende Kaufmann sei oder nicht. b) Vgl. hierzu SächsMJ. vom 8. April 1911, FischersZ. **39** 173, StandesA. **11** 190.

§ 14. 1. KGJ. **39** A 50, SchlHolstAnz. **11** 157 (KG.). Schreibfehler, Auslassungen und sonstige Unrichtigkeiten, die bei der abschriftlichen Übertragung der Eintragungen in das Nebenregister unterlaufen, sind dort von dem Standesbeamten ohne weiteres, also ohne besondere Genehmigung der Aufsichtsbehörde und ohne gerichtliches Berichtigungsverfahren, durch Beischreibung eines Randvermerkes zu beseitigen.

2. Tweer, StandesA. **10** 82, hält es für zulässig, daß die Aufsichtsbehörde, sofern sie sich von der Ordnungsmäßigkeit der Führung des Nebenregisters überzeugt hat, den Standesbeamten anweist, das Nebenregister nicht mehr ihr, der Aufsichtsbehörde, einzureichen, sondern sofort dem Gericht erster Instanz zur Aufbewahrung gegen Quittung auszuhändigen.

§ 15. 1. Beweiskraft des Geburtsregisters. a) Name. OLG. **20** 24 (Hamburg). Die vom Standesbeamten aufgenommene Geburtsurkunde begründet bis zum Beweise des Gegenteils vollen Beweis auch dafür, daß die Eltern des Kindes den in ihr angegebenen Namen führen. Lautet dieser

Name „von“ A., so beweist dies noch nicht, daß der Adel beansprucht werde, läßt vielmehr die Frage, ob das Kind adelig sei, völlig offen, denn wenn das Wort „von“ allerdings vorzugsweise zur Bezeichnung des Adels angewandt wird, so bildet es doch auch nicht selten den Bestandteil eines bürgerlichen Namens. **b**) Religion. Tweer, StandesA. **10** 75 (Angabe der Religion in den Standesregistern). Die Geburtsurkunde beweist zugunsten der sich darauf berufenden Eltern zwar nicht, daß diese der im Register angegebenen Religionsgemeinschaft angehört haben oder angehören, sie beweist aber im Verhältnisse des Kindes zu den Eltern, daß das Kind von den Eltern der bestimmt angegebenen Religion, nicht von Eltern einer anderen Religion abstammt.

2. Beweiskraft des Heiratsregisters. KGJ. **39** A 99, OLG. **21** 348, NaumburgAK. **10** 52, StandesA. **11** 169 (KG.). Der Beweis der Eheschließung zwischen zwei Personen wird ausschließlich durch das Heiratsregister erbracht, denn nur dieses ist nach §§ 1, 12, 54 PStG. und § 1318 Abs. 3 BGB. zur Beurkundung der Heiraten bestimmt (Hinschius-Boschan § 15 Anm. 1). Zum Nachweise des dem Ehegatten als solchem zustehenden Erbrechts ist daher die Beibringung der Heiratsurkunde erforderlich.

3. Beweiskraft abgekürzter Registerauszüge im Zivil- und Strafprozesse. Haldy, DJZ. **11** 588. Die durch die AVf. vom 13. Februar 1911 (JMBl. 78) im Strafverfahren zugelassenen abgekürzten Auszüge aus dem standesamtlichen Geburtsregister stellen ebenso wie die vollständigen Registerauszüge eine als Beweismittel dienende Urkunde dar und können in der Hauptverhandlung verlesen werden (§ 248 StPO.). Die Bestimmung des § 15 Abs. 2 PStG. ist nur für den Urkundenbeweis im Zivilprozesse von Bedeutung (§ 418 ZPO.). Registerauszüge haben hier die praesumptio juris für sich. Um den Auszügen diese Vermutung im Zivilprozesse beizulegen, bedurfte es einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung; sie ist durch § 16 Ziff. 1 EGZPO. aufrecht erhalten. Für das Beweisverfahren im Strafprozeß ist § 15 Abs. 2 PStG. ohne grundsätzliche Bedeutung. Die Auszüge sind auch als öffentliche Urkunden im Sinne des materiellen Strafrechts aufzufassen. Der Beibringung eines vollständigen Registerauszugs bedarf es im Strafverfahren fortan nur in den Fällen, in denen die Gesamteintragung als solche nachzuweisen ist, z. B. bei Vergehen gegen den Personenstand oder gegen den öffentlichen Glauben der Beurkundung.

4. Beweiskraft ausländischer Personenstandsurkunden. R. **11** Nr. 3765 (Colmar). Die Beweiskraft ausländischer Personenstandsurkunden ist nach § 415 ZPO., nicht nach § 15 PStG., der nach den Vorschriften des PStG. ordnungsmäßig geführte Urkunden voraussetzt, zu beurteilen.

5. Keine besondere Beglaubigung der Randvermerke bei Erteilung von Registerauszügen. FischersZ. **40** 148, StandesA. **12** 13 ((SächsMJ. vom 29. August 1911, Einv. RJA. u. PrJM. u. MJ.). Die im § 19 Satz 2 AusfVorschriften des BR. zum PStG. bezeichneten Randvermerke bedürfen bei Erteilung von Registerauszügen keiner besonderen Beglaubigung.

§ 16. KGJ. **39** B 18, StandesA. **11** 49, BurBl. **10** 100 (KG.). Die im § 16 PStG. vorgeschriebene Kostenfreiheit bezieht sich (aM. Hinschius-Boschan Anm. 16 zu § 16, Anm. 56 c zu § 66 PStG., ZBlFG. **2** 198 [LG. Cöln]) nicht auf das Verfahren in der Beschwerdeinstanz.

§ 17. PrJM. vom 29. November 1909, StandesA. **10** 13. Die Frage, ob die im § 193 BGB. vorgeschriebene Fristberechnung auf die im § 17 PStG. bestimmte Frist Anwendung finde, wird in der Literatur verschieden beantwortet, es sprechen aber, wie man sich auch zu der Rechtsfrage als solcher

stellen mag, überwiegende Gründe der Zweckmäßigkeit für die Annahme der Anwendbarkeit des § 193 BGB. Während § 56 PStG. für die Anzeigen der Sterbefälle von vornherein den nächstfolgenden Wochentag vorgesehen hat, ist durch das G. vom 14. April 1905 (RGBl. 251) im § 23 die Bestimmung „am nächstfolgenden Tage" nachträglich durch die Bestimmung „am nächstfolgenden Wochentage" ersetzt worden. Demgemäß vertritt die Aufsichtsbehörde der Standesbeamten die Ansicht, daß eine Verpflichtung der Standesbeamten zur Abhaltung von Geschäftsstunden an Sonntagen nicht mehr bestehe, sie hat ferner für die Prüfung der Nebenregister die Anordnung getroffen, daß die Frist des § 17 PStG. nach § 193 BGB. zu berechnen sei. Demgemäß sind die Beamten der Staatsanwaltschaft angewiesen worden, bei der Prüfung der Frage, ob eine Bestrafung gemäß § 68 PStG. herbeizuführen sei, von der Annahme der Anwendbarkeit des § 193 BGB. auszugehen.

§ 20. 1. PrMBliV. **09** 239 (Cöln). Die Anwendung des § 20 ist nicht möglich, wenn der Vorsteher der Anstalt, in der die Geburt erfolgt ist, eine Anzeige in amtlicher Form nicht erstatten kann, z. B. weil er als Leiter eines privaten Entbindungsinstituts, in das aufgenommen zu werden niemand Anspruch hat, überhaupt ein Dienstsiegel nicht führt.

2. StandesB. **10** 10, StandesA. **10** 147 (Cöln, Strafs.). Der nach § 20 Anzeigepflichtige kann seine Anzeigepflicht nicht an eine andere Person übertragen und er macht sich strafrechtlich (§ 68) verantwortlich, wenn sein Stellvertreter die Anzeige überhaupt nicht oder nicht rechtzeitig erstattet.

§ 22. Literatur: Sauer, Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und deren Bedeutung für den deutschen Standesbeamten, StB. **10** 134.

A. Der Familienname. 1. Bedeutung der Geburtsurkunde. OLG. **20** 23, 24 (Hamburg). Es gibt keinen Rechtssatz, daß jeder nur den Namen führen darf, den seine Geburtsurkunde ergibt, es kommt darauf an, welcher Name ihm zukommt, und in dieser Beziehung kann ein wohlerworbenes Recht durch eine selbst auf Grund rechtskräftigen Beschlusses erfolgende Änderung der Geburtsurkunde nicht geschmälert werden. Vgl. auch unten Ziff. III 3 a zu § 66 PStG.

2. Rechtschreibung. KGJ. **39** A 40, R. **11** 162 (KG.). Der Familienname dient zur Unterscheidung der zahlreichen Mitglieder der menschlichen Gesellschaft. Die Schreibweise von Familiennamen unterliegt nicht den gewöhnlichen Regeln der Rechtschreibung, wird vielmehr durch den allgemeinen Gebrauch und die besondere Familienüberlieferung entscheidend beeinflußt. Die Verschiedenheit der Fami iennamen kommt nicht nur in der Sprech-, sondern auch in der Schreibweise zum Ausdrucke. Im Interesse der Ermöglichung oder Erleichterung des Nachweises der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Familie oder der Abstammung von einer bestimmten Person muß Wert darauf gelegt werden, daß die Mitglieder einer Familie ihren Namen gleichartig schreiben. Die dauernd gleichartige Schreibweise eines Familiennamens seitens einer bestimmten Familie (z. B. ö statt oe) muß von den Behörden, insbesondere dem Standesbeamten geachtet werden. Das Standesregister ist bei Verstößen gegen die Schreibweise zu berichtigen (aM. Stölzel, Anm. 3 zu § 65 u. S. 259).

3. Namensänderung und Namensberichtigung. R. **11** 43 (KG.). Besteht Ungewißheit über die richtige Form eines Familiennamens, so kann eine rechtswirksame Feststellung darüber nur in einem gesetzlich geregelten Verfahren unter Mitwirkung der zuständigen Behörde getroffen werden (KGJ. **24** A 163, **27** C 36). Es muß unterschieden werden zwischen Namensänderung und Namensberichtigung. Erstere ist eine Verwaltungs-

angelegenheit, die in Preußen dem Regierungspräsidenten mit Ausnahme der Genehmigung adliger Namen durch Allerh. Erl. vom 12. Juli 1867 (GS. 1310) übertragen ist. Letztere ist eine Rechtsangelegenheit, die, soweit ein im Standesregister eingetragener Familienname in Frage steht, in dem durch §§ 65, 66 PStG. und Art. 142 PrFGG. geregelten Verfahren zu erledigen ist. Irrig ist die Ansicht des Heroldamts, daß auch die Weiterführung eines Namens, wenn das Recht dazu zweifelhaft geworden sei, der Genehmigung der Verwaltungsbehörde nach Vorschrift des Erl. vom 12. Juli 1867 bedürfe.

4. Adel. JW. **12** 157, R. **12** 97 (KG.). Da die Standesregister keine Adelsmatrikeln sind, so hat für ihre Führung das Adelsprädikat an sich nur insoweit Bedeutung, als es einen Teil des Namens bildet. War der Name zu Unrecht in der Fassung „von X." eingetragen, so würde die Berichtigung dahin ergehen müssen, daß der Name nicht „von X.", sondern richtig „X" lautet. Führt eine Person ihren Familiennamen in einer bestimmten Form, so kann dieser Name nicht allein dadurch geändert werden, daß das Heroldsamt eine ihr ungünstige Entscheidung über die Adelsberechtigung erläßt. Denn der Name und die Adelszugehörigkeit sind zwei an sich rechtlich verschiedene Dinge. Für solche Fälle, in denen die Form des Namens an sich zutrifft und nur der Anschein beseitigt werden soll, als gehöre der Namensträger dem Adelsstand an, ist aber die Möglichkeit offen zu halten, die rechtliche Bedeutung der inhaltlich richtigen und daher unverändert bleibenden Registereintragung durch einen Randvermerk zu erläutern, z. B. KGJ. **35** A 49: „führt den Namen von S. als Hamburger Staatsangehöriger". Vgl. auch unten Ziff. III 3 zu § 66 PStG.

B. Vornamen. 1. Reihenfolge. SeuffA. **66** 433, RJA. **11** 88, SchlHolstAnz. **11** 158 (KG.). Ebenso wie der Vorname einer Person dadurch, daß der zur Namenserteilung Berechtigte ihr den Vornamen beilegt, unwiderruflich festgestellt wird, so gilt dies auch, wenn der Person mehrere Vornamen erteilt werden, von der bei der Namensgebung bestimmten Reihenfolge der Vornamen; eine Umstellung oder anderweitige Gruppierung der Vornamen durch den Namenserteiler ist nicht mehr zulässig (Hinschius-Boschan [4] 471, 479). Daher bedarf es einer Berichtigung der Unterschrift (KGJ. **39** A 37), wenn bei ihrer Leistung die Vornamen nicht in der richtigen Reihenfolge geschrieben sind.

2. Verbindung mehrerer Vornamen. SächsMJ. vom 16. Dezember 1910 (FischersZ. **38** 323). Die Verbindung zweier selbständiger Vornamen (z. B. Karl und Herrmann) zu einem Namen (auch durch Bindestrich: Karl-Herrmann) ist Namensänderung, die in Sachsen nach der VO. vom 12. Mai 1905 (GVBl. 155) der Genehmigung des MJ. bedarf. Die Unterstreichung des Rufnamens bei mehreren Vornamen im Standesregister ist nicht zulässig.

3. Zahl der Vornamen. Tweer, StandesA. **10** 82. Die Vornamen sollen die einzelne Person individualisieren. Dieser Zweck geht aber verloren, wenn eine große Anzahl von Vornamen oder sogar sämtliche verfügbaren Vornamen dem Kinde beigelegt werden. Das Recht der Vornamen-Beilegung hat in diesem, dem Interesse der öffentlichen Ordnung dienenden Zwecke seine Grenzen.

4. Wahl der Vornamen. Tweer, StandesA. **10** 82, hält die Beilegung des Vornamens „Zeppeline" für unzulässig.

§ 23. 1. Personenstand einer Totgeburt? **RG.** (Straff.) **43** 402, R. **11** Nr. 930, StandesA. **11** 19. Daraus, daß im § 23 PStG. über die Tatsache der Anzeige einer Totgeburt und über deren Eintragung in das Sterberegister Bestimmungen getroffen sind, läßt sich nicht folgern, daß das Gesetz auch

einer Totgeburt einen Personenstand im Sinne des § 169 StGB. habe beimessen wollen.

2. Feiertage (im Gegensatze zu den Wochentagen). a) **RG.** JW. **08** 202. St. Johannes der Täufer — 24. Juni — ist in München herkömmlich allgemeiner Feiertag. **b**) SeuffBl. **11** 590 (BayVGH.). Der Karfreitag zählt in katholischen Orten Bayerns (z. B. in Aschaffenburg) nicht zu den allgemeinen Feiertagen.

§ 24. Die Entsch. des OLG. Rostock (Unzulässigkeit der Eintragung des Fundes eines zweijährigen Kindes in das Geburtsregister) — JDR. 8 Ziff. 2 zu § 24 PStG. — auch KGJ. **38** A 309, RJA. **10** 109.

§ 25. 1. Geburtsanmeldung nicht ohne weiteres Vaterschaftsanerkennung. HansGZ. **10** Beibl. 97, OLG. **21** 244, FischersZ. **38** 356 (Hamburg). Aus der Anmeldung der Geburt des Kindes durch den Ehemann der Mutter kann für sich allein eine Anerkennung der Ehelichkeit des Kindes nicht entnommen werden, da der Anmeldende zur Anzeige der Geburt nach § 18 PStG. verpflichtet war. Für die Entgegennahme eines Widerspruchs gegen die Ehelichkeit wäre der Standesbeamte nicht die zuständige Stelle gewesen und in dem Geburtsregister hätte ein derartiger Protest nicht Aufnahme finden können.

2. Bedeutung des Legitimationsvermerkes im Geburts- und Heiratsregister. a) Die Entsch. des BayObLG. — JDR. 8 Ziff. 1 b zu § 26 PStG. — auch DJZ. **10** 431. Vgl. dazu die Bemerkung des Einsenders v. Henle aaO. 431 Anm. 1. **b**) Nach StandesA. **11** 206 hat sich das KG. in der Rechtsfrage, ob die Voraussetzungen für die Berichtigung des Standesregisters gegeben seien, wenn die im Geburts- oder Heiratsregister vermerkte Anerkennung der Vaterschaft eines unehelichen Kindes der Wahrheit zuwider erklärt worden sei, für die Fälle, die nach § 1720 BGB. zu beurteilen sind, der Entsch. **RG. 68** 60 — JDR. 8 Ziff. 1 a zu § 26 PStG. — angeschlossen. Für Fälle, die dem alten Rechte unterliegen, hält der Senat an KGJ. **22** A 254 fest. **c**) Boschan, R. **10** 498, stimmt ElsLothJZ. **10** 101, auch OLG. **21** 279 (Colmar) — JDR. 8 Ziff. 2 c zu § 26 PStG. — zu, wonach die im Heiratsregister beurkundete Anerkennung der Vaterschaft nicht berichtigt werden kann, da die Eintragung im Heiratsregister von vornherein nur dazu bestimmt ist, die Berichtigung des Geburtsregisters vorzubereiten und daher erst durch Eintragung des entsprechenden Randvermerkes im Geburtsregister ihre volle Wirkung zu äußern. **d**) HessRspr. **12** 150 (LG. Gießen). Solange im Geburtsregister der Randvermerk der Anerkennung der Vaterschaft sich befindet und nicht gelöscht oder berichtigt ist, kann eine Namenserteilung nach § 1706 BGB. als weiterer Randvermerk nicht eingetragen werden.

§§ 46, 54. StandesA. **11** 195 (RegPräsident Cöln). In den §§ 46, 54 ist nicht gefordert, daß die Angabe des Familienstandes der Verlobten und der Eheschließenden in das Aufgebot und die Heiratsurkunde aufzunehmen sei, es braucht also auch dort nicht zum Ausdrucke gebracht zu werden, daß eine Person „geschieden" sei. In der Aufgebotsverhandlung dagegen ist der Familienstand der Brautleute in jedem Falle zu erörtern.

§ 57. Stölzel, PrVerwBl. **32** 754. Ob man die Anzeigepflicht der Oberin einer Privatkrankenanstalt gemäß § 57 annehmen muß, hängt von der Sachlage ab. Handelt es sich um eine kleinere Klinik, die in der „Wohnung" der Oberin (Inhaberin) eingerichtet ist, so ist § 57 anzuwenden. Ist aber ein größeres Krankenhaus in Frage, in (oder neben) dem die Oberin wohnt, so hat sich der Sterbefall nicht in der Wohnung (oder Behausung) der Oberin ereignet. Voraussetzung der Anzeigepflicht der Oberin ist aber, daß nicht ein „Familienhaupt" vorhanden ist, das die Anzeige machen kann.

d. h. das am Orte wohnt und nicht durch Krankheit, Gehunfähigkeit oder sonst behindert ist.

§ 58. StandesB. **10** 1691, StandesA. **10** 158 (Frankfurt) läßt es dahingestellt, ob die an einem Orte ministeriell gebilligte und aus Gründen der Nachlaßsicherung eingeführte Einrichtung, daß die Polizeibehörde jeden Todesfall alleinstehender Personen gemäß § 58 zur standesamtlichen Anmeldung bringt und daß deshalb Privatpersonen, die einen Sterbefall anmelden, zunächst glaubhaft zu machen haben, daß der Verstorbene nicht zu solchen alleinstehenden Personen gehört hat, in allen Beziehungen den reichsgesetzlichen Vorschriften entspricht oder nicht. Jedenfalls macht sich ein Standesbeamter nicht nach § 839 BGB. haftbar, wenn er nach diesen von seiner vorgesetzten Dienstbehörde gegebenen Vorschriften handelt.

§ 59. 1. Ziff. 2. Tisch, BayRpflZ. **11** 220 — gegen BayObLG. **8** 373, JDR. **6** zu § 59 —. Aus § 57 PStG. in Verbindung mit dem Muster C 2 der BRVO. vom 25. Mai 1899 und der dort angeführten Note ergibt sich, daß, wenn das Familienhaupt die Anzeige erstattet, es nicht notwendig ist, die Wohnung oder Behausung anzugeben, wo sich der Sterbefall ereignet hat, daß also hier die bloße Angabe des Namens des Ortes genügt, wo der Tod eingetreten ist. In dem Muster C 1 ist dem Wohnorte des Anzeigenden nicht Straße und Hausnummer beigefügt; die Beifügung: „in der Wohnung des Anzeigenden" hat daher keine Unterlage, sie läßt nicht die Örtlichkeit erkennen, wo der Tod erfolgt ist; die Beifügung ist daher bedeutungs- und wertlos. In Muster C 4 sind die Worte: „im Tiergarten" nur beigefügt, damit dadurch die Zuständigkeit eines bestimmten Berliner Standesamts festgestellt werde. Die Vergleichung der alten Muster mit den neuen ergibt nur, daß ein Teil der ersten dem Zwecke, die Zuständigkeit des Standesbeamten festzustellen, nicht mit Sicherheit entsprach und darum nicht in die neuen Muster aufgenommen wurde. In den auf Anzeige des Familienhaupts in einem Orte mit nur einem Standesamt errichteten Sterbeurkunden ist dem Namen des Ortes, wo der Tod erfolgt ist, eine genauere Bezeichnung der Örtlichkeit nicht beizufügen. Das gleiche gilt auch für die Geburtsurkunden.

2. Ziff. 5. a) **RG.** (Strafs.) SächsRpflA. **11** 88, GoltdA. **59** 119. Die Eintragung der Eltern des Verstorbenen nach Namen und Stand dient der Zweckbestimmung des Sterberegisters, als Identitätsnachweis zu dienen, in der gleichen Weise wie bei der Beurkundung des Geburtsfalls die Eintragung der Eltern des Kindes der Zweckbestimmung des Geburtsregisters (§ 22 Ziff. 5 PStG.). Deshalb begründen in beiden Fällen wissentlich falsche Angaben des Anmeldenden vor dem Standesbeamten über den Stand oder die Religion von Vater und Mutter des Kindes, wenn sie zu einer entsprechenden unrichtigen Beurkundung im Standesregister geführt haben, den Tatbestand eines Vergehens gegen § 271 StGB. (**RG.** [Strafs.] **26** 347; vgl. **32** 386, **34** 263). Entschuldigt wird der Anmeldende nicht dadurch, daß er im Hinblicke darauf, daß das verstorbene Kind schon bei der Geburt unrichtig als eheliches angemeldet und so auch im Geburtsregister eingetragen war, etwa geglaubt hat, das Kind zur Eintragung in das Sterberegister „zwecks Identifizierung" wiederum (fälschlich) als eheliches bezeichnen zu müssen. **b) RG.** (Strafs.) JW. **11** 847. Ein Vergehen gegen § 169 StGB. liegt darin, daß die Anzeigende bei der Anmeldung des Sterbefalls ihrer Mutter diese als verwitwet bezeichnet, während die Verstorbene wiederverheiratet war, denn durch die unrichtige Eintragung des Sterbefalls wird das familienrechtliche Verhältnis der Verstorbenen zu ihrem Ehemanne der Kenntnis Dritter entzogen.

§ 65. 1. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **8** Ziff. 3 zu § 65 (Unabhängigkeit mehrerer Berichtigungen voneinander) — auch SeuffBl. **10** 146, BayObLG. **10** 444.

2. KGJ. **39** A 37, StandesA. **11** 50 (KG.). Auch die Unterschrift eines Erschienenen im Standesregister, die mit einem unrichtigen Namen geleistet worden ist, kann durch einen Randvermerk berichtigt werden, der dahin lautet, daß der Name, mit dem der Erschienene unterzeichnet hat, ein unrichtiger, d. h. ihm nicht zustehender sei und wie der richtige Name laute.

3. Vgl. auch oben Ziff. A 2 (Berichtigung der Schreibweise eines Familiennamens) und B 1 (Berichtigung der Unterschrift, wenn die richtige Reihenfolge der Vornamen nicht beachtet ist) zu § 22 PStG.

§ 66. I. Berichtigungsverfahren. Allgemeine Grundsätze. 1. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **8** Ziff. I 4, III — auch SeuffBl. **10** 146, BayObLG. **10** 444, BayRpflZ. **10** 20.

2. ZBlFG. **11** 363 (KG.). Bei Berichtigung des Personenstandsregisters hat das Gericht von Amts wegen nach § 12 FGG. die erforderlichen Feststellungen zu treffen, ohne dabei in der Auswahl der Erkenntnisquellen beschränkt zu sein. Der Beweis der Eheschließung kann auch auf andere Weise als durch den Trauschein oder die Heiratsurkunde geführt werden. Dem Beschwerdeführer liegt keinesfalls eine Beweispflicht ob.

3. Tweer, StandesA. **10** 232 (Zur Frage der Abkürzung des standesamtlichen Berichtigungsverfahrens), hält einen Verzicht auf das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde auf den erlassenen Berichtigungsbeschluß für zulässig.

II. Antragsrecht der Aufsichtsbehörde. PosMSchr. **11** 160 (KG.). Hat die Aufsichtsbehörde den Antrag eines Beteiligten mit den von ihr veranlaßten Verhandlungen an das Amtsgericht weitergegeben, ohne zu dem Antrage selbst Stellung zu nehmen, so ist das Amtsgericht nicht befugt, von der Aufsichtsbehörde die Stellung irgendwelcher Anträge zu fordern.

III. Maßgeblichkeit der Entscheidungen anderer Behörden (Urteile, Heroldsamt). 1. Josef, KGBl. **11** 117. Das Amtsgericht, das über die Berichtigung des Standesregisters zu entscheiden hat, hat nach § 12 FGG. den wahren Sachverhalt selbständig festzustellen und ist an ein Urteil des Prozeßgerichts nicht schlechthin gebunden. Denn die Wirkung der Rechtskraft bestimmt sich lediglich nach den Vorschriften der ZPO., und dieser Grundsatz gilt nicht bloß für die Parteien, sondern auch für die Behörden jeder Art. Tatsächlich wird aber das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Feststellungen des Prozeßgerichts als die richtigen annehmen und nach dem Inhalte des Urteils die Berichtigung des Standesregisters anordnen. — Hat aber das Gericht die Beteiligten nach § 66 Abs. 2 PStG. auf den Rechtsweg verwiesen, so erklärt es hiermit, die selbsttätige Ermittelung des Sachverhalts ablehnen zu wollen, und in diesem Falle ist es an das von den Beteiligten erwirkte Urteil des Prozeßgerichts unbedingt gebunden.

2. PosMSchr. **10** 83 (KG.) verbleibt bei KGJ. **36** A 54, OLG. **17** 31 — JDR. **8** Ziff. II a zu § 66 PStG. —, daß der Ausspruch der Adelsbehörde für die Gerichte bei der Berichtigung von Standesregistereintragungen bindend sei.

3. Ebenso JW. **12** 157, R. **12** 97 (KG.), wo weiter ausgeführt wird: Die Befugnisse, die dem Heroldsamt in Altpreußen durch die Allerh. Order vom 14. März 1855 übertragen worden sind, erstrecken sich nicht von selbst und ohne weiteren Königlichen Befehl auf die später erworbenen Landesteile Preußens. Nach einer amtlichen Erklärung des Königl. Hausministeriums steht es indessen außer Zweifel, daß das Heroldsamt seit dem Jahre 1866 die Adelssachen aus den neuen Provinzen (insbesondere auch in Hannover) stets in derselben Weise wie die aus den alten Provinzen bearbeitet und zur Allerh. Entscheidung gebracht, der König aber gegen dieses Verfahren des Heroldsamts niemals Einwendungen erhoben hat. Die Befugnis des Heroldsamts beschränkt sich aber gegen-

über preußischen Staatsangehörigen, und zwar kommt es für die Berichtigung des Standesregisters auf die Verhältnisse an, die zu der Zeit bestanden, als die den Gegenstand des Berichtigungsverfahrens bildende Urkunde hergestellt wurde (vgl. auch KGJ. **35** A 47). Unerheblich ist es, ob der von der Entscheidung Betroffene außer dem preußischen auch einem anderen Bundesstaat angehört. Vgl. auch oben Ziff. A 4 zu § 22 PStG.

IV. Bedeutung der Rechtskraft. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **8** Ziff. IV 2 c zu § 66 — auch SeuffBl. **10** 210, WarnE. **3** 41, HansGZ. **10** Beibl. 161, R. **10** Ziff. 3410, 3602, BayRpflZ. **10** 18.

2. KGJ. **39** A 41 (KG.). Die gerichtlichen Entscheidungen über die Berichtigung der Standesregister sind der materiellen Rechtskraft auch nicht in dem Sinne fähig, daß in einem neuen Verfahren eine nochmalige Prüfung derselben Tat- oder Rechtsfrage und eine sachlich abweichende Entscheidung, insbesondere die Anordnung der Rückberichtigung eines früher eingetragenen Berichtigungsvermerkes, nur auf Grund eines neuen tatsächlichen Materials zulässig wäre. Jede Berichtigung einer Eintragung im Standesregister muß zu einem positiven Ergebnisse führen. Der Wegfall eines Berichtigungsvermerkes darf nicht in dem Sinne angeordnet werden, daß damit die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des ursprünglichen Registerinhalts ins Ungewisse gestellt würde.

3. Berichtigung eines Familiennamens. **a)** OLG. **20** 23 (Hamburg). Ist die Berichtigung einer Eintragung deshalb beschlossen, weil ein darin erwähnter Name zu Unrecht geführt werde oder geführt sei, und hat dieser Beschluß die Rechtskraft beschritten, so kann von einer materiellen Rechtskraft der Entscheidung, daß die Namensführung unberechtigt sei oder gewesen sei, selbst denjenigen gegenüber nicht gesprochen werden, die zu den Rechtsmitteln der Beschwerde gegriffen haben oder gemäß §§ 20, 70 FGG. hätten greifen können. Könnte man überhaupt bei Beschlüssen der freiwilligen Gerichtsbarkeit von materieller Rechtskraft reden, wie sie in der streitigen Gerichtsbarkeit für Urteile durch § 322 ZPO. geregelt ist, so wäre sie mindestens, wie diese, auf die Entscheidung selbst beschränkt und nicht ausgedehnt auf die ihr lediglich zugrunde liegende Beurteilung eines bestimmten Rechtsverhältnisses. In der freiwilligen Gerichtsbarkeit gibt es, von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen abgesehen, keine Parteien, zwischen denen etwas als richtig oder unrichtig festgestellt wird. Auch der Staat steht dem von einem Berichtigungsverfahren nach §§ 65, 66 PStG. Betroffenen nicht als Partei gegenüber. Vgl. auch oben Ziff. A 1 zu § 22 PStG. **b)** StandesB. **10** 9, StandesA. **10** 1 (PrOVG.). Ein die Berichtigung eines Familiennamens anordnender Beschluß des Amtsgerichts hat nicht nur für die Berichtigung des Standesregisters Bedeutung. Mit ihm und der gedachten Berichtigung steht öffentlich-rechtlich einstweilen fest, daß der im Beschlusse bezeichnete Name der richtige ist. Eine im gesetzlich geregelten Verfahren bewirkte Berichtigung des Standesregisters hat dieselbe rechtliche Bedeutung, welche jeder Eintragung der ordnungsmäßig geführten Standesregister durch § 15 PStG. beigelegt ist. Der durch die Berichtigung Betroffene ist jedoch gegenüber jedem, der sich auf den Berichtigungsvermerk beruft, in dem durch § 15 zugelassenen Umfange berechtigt, den Einwand zu erheben, daß die vermerkte Tatsache falsch sei. Die Regel des § 15 gilt nicht etwa nur für den Zivilprozeß, sondern überhaupt im Rechtsleben.

V. Unanfechtbarkeit der eingetragenen Berichtigung. **a)** Josef, BayRpflZ. **10** 302. Hat das Amtsgericht die Berichtigung des Standesregisters angeordnet und ist diese, weil das Gericht die Anordnung für rechtskräftig ansah (§ 70 FGG.), erfolgt, ist aber im Berichtigungsverfahren ein Beteiligter nicht zugezogen, ihm gegenüber also die Anordnung

nicht rechtskräftig geworden, so kann er noch nachträglich die irrigerweise vom Gerichte für rechtskräftig angesehene Anordnung durch Beschwerde anfechten. Das Beschwerdegericht hat dann die Beschwerde sachlich zu prüfen und, wenn es die Berichtigungsanordnung für unbegründet erachtet, sie aufzuheben, worauf das Standesamt bei der berichtigten Eintragung einen neuen Vermerk einzutragen hat, daß die Berichtigung beseitigt sei. Zwar gilt der Berichtigungsvermerk als ein Teil der ursprünglichen Eintragung und diese kann nur im Wege des Berichtigungsverfahrens beseitigt werden. Daraus folgt aber nicht, daß der Berichtigungsvermerk auch wieder nur im Wege des Berichtigungsverfahrens angefochten werden könnte. Denn wo das FGG. eine Beschwerde mit Rücksicht auf die materielle Rechtseinrichtung ausschließen will, bringt es dies auch zum Ausdrucke (§§ 68 Abs. 1, 84, 122). Da dies hier nicht geschehen, verbleibt es bei dem allgemeinen Grundsatze, daß jeder durch eine Verfügung Beeinträchtigte durch Beschwerde ihre Beseitigung verlangen kann. **b**) Dagegen *Boschan, R. **11** 186. Die §§ 69, 70 FGG. sind nicht für sich oder im Rahmen des FGG., sondern nur im Zusammenhange mit §§ 65, 66 PStG. und der Zweckbestimmung dieser Vorschrift in Betracht zu ziehen. Aus § 65 PStG. ist zu folgern, daß mit der Beischreibung des Randvermerkes das ihr vorangegangene Berichtigungsverfahren beendet ist, und wenn nach § 66 Abs. 3 PStG. „im übrigen" die für Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit geltenden Vorschriften Anwendung finden, so kann dies nur bedeuten, daß diese Bestimmungen nur soweit Geltung beanspruchen können, als nicht das Wesen oder der Zweck des Berichtigungsverfahrens entgegensteht. Der Zweck des Berichtigungsverfahrens erfordert aber eine einschränkende Anwendbarkeit der Verfahrensvorschriften des FGG., insbesondere derjenigen über das Beschwerdeverfahren dahin, daß sie nach der Beischreibung des Randvermerkes ausgeschlossen sind. Die §§ 69, 70 FGG. wollen nur das Berichtigungsverfahren in den ihm durch das PStG. gesteckten Grenzen näher ausgestalten, nehmen also auch nur in dieser Umgrenzung Geltung für sich in Anspruch. **c**) Demgegenüber verbleibt Josef, SeuffBl. **12** 129 mit eingehender Begründung bei seiner Auffassung.

VI. Berichtigung von Kirchenbuchseintragungen. Hess. Rspr. **11** 115, DJZ. **11** 1280, StandesA. **11** 39, StandesB. **10** 139 (Darmstadt). Die Bestimmungen des PStG. stehen der Berichtigung der vor seinem Inkrafttreten in den Kirchenbüchern bewirkten Eintragungen nicht entgegen, vgl. PrMJ. vom 21. Juli 1875 (StandesB. **79** 3). Die Beschwerdebefugnis der Aufsichtsbehörde des Standesbeamten wird in Übereinstimmung mit OLG. **3** 398 (BayObLG.) bejaht, da diese durch § 91 FGG. nicht berührt werde.

§ 67. SächsMJ. vom 9. August 1910, FischersZ. **38** 217. Eine im Ausland unter Umgehung des § 1312 BGB. formrichtig geschlossene Ehe wird durch nachträgliche Befreiung vom Ehehindernisse des § 1312 BGB. rückwirkend gültig.

§ 68. **a**) Autenrieth, R. **10** 662. Der Anzeigepflicht muß innerhalb der Amtsstunden des Standesbeamten genügt werden, nach denen sich zu erkundigen Pflicht jedes Staatsbürgers ist. Versäumung dieser Pflicht ist Fahrlässigkeit. **b**) Zustimmend StandesA. **11** 57.

§ 69. **RG.** (Strafs.) **43** 221, FischersZ. **38** 120. Ein Standesbeamter handelt strafbar, wenn er entgegen der Vorschrift des § 1318 BGB. einen minderjährigen Zeugen bei der Eheschließung zuzieht.

§ 82. SeuffBl. **10** 149 (BayObLG. [Strafs.]). In Bayern haben die kirchlichen Taufregister die Eigenschaft von öffentlichen Registern, da von den in ihnen enthaltenen Einträgen die Entstehung der mit der Zugehörigkeit zu einer christlichen Kirche verbundenen Rechte und Pflichten abhängt (Religionsedikt §§ 28, 30, 38, 41, 64 lit. h, 65).

Das Reichshaftpflichtgesetz.

Vom 7. Juni 1871 in der Fassung des Art. 42 EGBGB.

Literatur: Eckstein, Handlungen und Unterlassungen von Kindern als höhere Gewalt, JW. **10** 646. — Fuchs, Die Haftpflicht des Automobilhalters und des Eisenbahnunternehmers. — Hertel, Kann bei Betriebsunfällen Schmerzensgeld verlangt werden? DJZ. **10** 1227. — Lange, Das RHG. erläutert durch die Rechtsprechung. — Schierlinger, Das Reichshaftpflichtgesetz und § 254 BGB., SeuffBl. **10** 661.

§ 1. I. Betriebsunfälle. (S. a. BGB. § 254 III Ziff. 1 u. 2 und § 823 I Ziff. 6 f. zu γ und δ.) 1. **RG.** JW. **11** 227, EisenbVereinsZ. **11** 597, EisenbE. **27** 341. Der Kläger wollte mit einer Dräsine nach O. fahren, um dort für die Beklagte eine Maschine abzunehmen. Hierbei kam ihm der Streckenwärter mit einem Bahnmeisterwagen entgegen und führte durch seine Unachtsamkeit einen Zusammenstoß herbei. Es liegt Betriebsunfall vor, da die vom Kläger im dienstlichen Interesse unternommene Reise zum Betriebe der Eisenbahn gehörte. Höhere Gewalt liegt dagegen nicht vor. Wohl können unter Umständen Handlungen dritter Personen als Fälle höherer Gewalt angesehen werden, man kann aber den Streckenwärter als Bediensteten der betr. Bahn nicht als Dritten ansehen. Daß er sich bei seiner Fahrt nicht im Dienste befand, im Gegenteil die Fahrt ohne Genehmigung seiner Vorgesetzten und sogar gegen die Dienstvorschriften unternahm, bringt ihn noch nicht in die Stellung eines beim Betrieb unbeteiligten Dritten. — Anders EisenbVereinsZ. **11** 1015 (ÖstObG.). Der Kläger, der mit seinem Motorrad auf einem Bahnübergange mit einer in Fahrt befindlichen, durch Menschenhand fortbewegten Dräsine zusammengestoßen war, wurde abgewiesen mit der Begründung, daß bei dem Unfalle jede Beziehung mit der Elementarkraft des Dampfes ausgeschlossen sei und deshalb von einer Ereignung im Verkehre der Bahn nicht die Rede sein könne.

2. **RG.** JW. **11** 332, EisenbVereinsZ. **11** 709, EisenbA. **11** 1297. Unfälle beim Be- oder Entladen stillstehender Eisenbahnwagen sind dann als Betriebsunfälle anzusehen, wenn auf irgendeine Weise ein besonderer Zusammenhang mit einem Betriebsvorgange hergestellt ist, z. B. wenn der Wagen gewollt oder ungewollt durch andere Wagen angestoßen und ins Rollen gebracht und hierdurch ein durch die Einrichtungen der Beförderungs- und Betriebsmittel bedingter Betriebsvorgang ausgelöst ist, oder wenn eine besondere durch den Eisenbahnbetrieb bedingte Eile die Abladetätigkeit beherrschte und diese so in Berührung mit den Vorbereitungen eines neuen Betriebsakts, etwa der Wiedereinstellung des zu entladenden Wagens in den Fahrbetrieb brachte.

3. **RG.** JW. **11** 412, EisenbVereinsZ. **11** 693. Das Entladen stillstehender Eisenbahnwagen gehört an sich nicht zum Betriebe der Eisenbahn. Eine Ausnahme hiervon gilt auch nicht für den Fall, daß die Eisenbahnverwaltung zur Entladung besondere Vorrichtungen, z. B. einen Kran oder ähnliches vorhält, insbesondere wenn bei dem Unfalle keine durch die Eigenart des Eisenbahnbetriebs verursachte Eile mitgewirkt hat.

4. **RG.** EisenbE. **27** 339. Die Verletzung eines Omnibuspassagiers durch Zusammenstoß des Omnibuswagens mit einem Straßenbahnmotorwagen ist ein Betriebsunfall. Zu einem solchen gehört zwar nicht nur ein äußerer, d. h. örtlicher und zeitlicher Zusammenhang des Unfalls mit einem Betriebsvorgange der Eisenbahn, sondern auch ein innerer, ursächlicher Zusammenhang zwischen beiden. Dieser braucht aber, soweit es sich um den Betrieb im engeren Sinne, die eigentliche Beförderungstätigkeit handelt, im Einzelfalle nicht noch besonders nachgewiesen zu werden, wenn nur, wie hier, die Möglichkeit eines solchen Zusammenhanges vorliegt. Es ist nicht nur möglich, sondern sogar in hohem Grade wahrscheinlich, daß

der Motorwagen durch seine Bewegung zur Verletzung mitgewirkt, den Gegendruck verlängert oder verstärkt hat. Unter diesen Umständen ist es auch unerheblich, ob der Verletzte Fahrgast der Straßenbahn oder des Omnibusses war.

5. **RG.** EisenbVereinsZ. **11** 644, SeuffA. **66** 362. Der Satz, daß der gefahrvolle Zugang zu den Eisenbahnwagen zu den Gefahren des Eisenbahnbetriebs gehört, ist in dieser Allgemeinheit unrichtig. Nur die Eile und das Gedränge, die aber vorwiegend nur bei einem notwendigen Umsteigen oder bei sehr kurzem Aufenthalt eines Zuges in Betracht kommen, stellen den sonst fehlenden ursächlichen Zusammenhang mit dem Eisenbahnbetrieb und seinen Gefahren für Unfälle, die sich auf Bahnsteigen ereignen, her. Wenn jemand bei Winterglätte auf dem Bahnsteige zu Falle kommt, so ist dies kein anderer Vorgang, als wenn er infolge von Glätte auf der Straße stürzt. Es handelt sich um eine allgemeine Verkehrsgefahr.

6. EisenbVereinsZ. **11** 166 (ÖstObG.). Voraussetzung für die Haftpflicht ist nicht, daß sich das schädigende Ereignis im Verkehre während der Beförderung von Personen in der Zeit zwischen Übernahme zum Transporte bis zur Beendigung desselben zugetragen haben muß. Der Verkehr einer Eisenbahn umfaßt vielmehr alle Vorkehrungen und Verrichtungen, die die Beförderung von Personen und Gütern unmittelbar erfordert, also auch die Instandhaltung der Zugänge zu den einzelnen in Verkehr zu setzenden Eisenbahnzügen. Hiernach ist die Bahn für einen Unfall durch Ausgleiten auf dem vereisten, nicht mit Sand bestreuten Zugange zum Zuge haftbar.

7. **RG.** EisenbE. **27** 295. Ergibt sich für ein Straßenbahnunternehmen aus den örtlichen Verhältnissen die Notwendigkeit einer Schutzmaßregel für das Publikum — Anbringen einer Barriere auf einer kurzen Strecke —, so kann sich der Unternehmer bei Unterlassung dieser Sicherung nicht darauf berufen, daß ihm die Sicherung von der Polizeibehörde nicht aufgegeben sei.

8. EisenbVereinsZ. **11** 371, EisenbE. **27** 413 (LG. Königsberg). Ein Unfall, der sich auf einem Überführungsgeleise zuträgt, das weder von der Bahn mit ihren Leuten betrieben, noch unter ihrer Aufsicht und Kontrolle steht, sondern von den Verfrachtern mit eigenen Leuten bedient wird, kann nicht als Eisenbahnbetriebsunfall angesehen werden.

II. Kausalzusammenhang. (S. oben BGB. § 249 II.) 1. **RG. 75** 19, JW. **11** 149, EisenbVereinsZ. **11** 226, EisenbE. **27** 332. Es ist Frage des einzelnen Falles, ob ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Verletzung und dem unmittelbar durch Aufregungen des Prozesses hervorgerufenen Krankheitszustand angenommen werden kann. Zu bejahen wird die Frage da sein, wo es gerade nervöse Krankheitserscheinungen waren, die die Körperverletzung ausgelöst hat und die durch später hinzugetretene Aufregungen des Prozesses gesteigert und verschlimmert worden sind. Denn hier stehen die seelischen Aufregungen, die der Prozeß für den Verletzten mit sich bringt, im inneren und ursächlichen Zusammenhange mit der Verletzung, insofern die letztere in dem Betroffenen eine auf nervösem Krankheitszustande beruhende Herabminderung der seelischen Kräfte, eine Schwächung der Widerstandskraft gegen die Unbilden und Kämpfe des Lebens erzeugt hat, die alsdann tatsächlich, wenn solche Unbilden eintreten oder solche Kämpfe notwendig werden, jenen Krankheitszustand verschlimmern und die Widerstandskraft bei dem Verletzten vollends erschöpfen. Anders verhält es sich dann, wenn der Verletzte mit seinen Ansprüchen sich nicht in denjenigen Grenzen hält, die durch seine Lebens- und Erwerbsverhältnisse vor dem Unfall und die Einwirkungen der Verletzungen auf diese Verhältnisse gegeben sind. Wenn der Verletzte über diese Grenzen hinaus seine Ansprüche ins Maßlose erweitert, dergestalt, daß dem Schadensersatzpflichtigen überhaupt nicht mehr zugemutet werden kann, sich mit ihm zur Vermeidung des Prozesses in von vornherein un-

fruchtbare Verhandlungen einzulassen, dann wird einmal gefragt werden müssen, ob der Verletzte nicht ganz oder zum Teil den Prozeß und seine Aufregungen und damit auch die Verschlimmerung seines durch die Verletzung hervorgerufenen Zustandes durch sein eigenes schuldhaftes Verhalten sich zugezogen hat, das als mitwirkendes Verschulden bei der Entstehung oder Vergrößerung des Schadens nach § 254 Abs. 2 BGB. in Betracht zu ziehen ist und die Ersatzpflicht des Schuldigen für die Verschlimmerung der Krankheitszustände ganz oder teilweise aufhebt. Es darf aber weiter, abgesehen von einer schuldhaften Handlungsweise des Verletzten, die Frage aufgeworfen werden, ob nicht eine maßlose Übertreibung der Ansprüche, insoweit sie gerade entweder überhaupt erst zu dem Prozeß und seinen Aufregungen geführt oder doch das Verhalten des Prozeßgegners wesentlich beeinflußt und den Prozeß schwieriger und langwieriger gestaltet hat, jenen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Verletzung und den durch die Prozeßaufregungen erzeugten Verschlimmerungen im Befinden des Verletzten ganz oder teilweise wieder aufhebt. Denn das vermittelnde Glied, das die Aufregungen des Prozesses mit der Verletzung und deren mittelbaren Krankheitsfolgen ursächlich verknüpft, ist die Zwangslage, in die der Verletzte sich versetzt sieht, seinen Anspruch erst im Rechtswege verfolgen zu müssen. Wenn und soweit eine solche Zwangslage an sich nicht vorhanden war und der Verletzte die Aufregungen des Prozesses mit seiner Ungeduld, seinen wachsenden Hoffnungen und Befürchtungen sich selbst geschaffen hat, wird deshalb auch von jenem ursächlichen Zusammenhange nicht gesprochen werden können. Die Frage, inwieweit in dieser Beziehung ein eigenes Verschulden des Klägers anzunehmen und daher der Schadensersatzanspruch ausgeschlossen ist, gehört aber nicht in das Verfahren über den Grund, sondern über die Höhe des Anspruchs, sofern feststeht, daß dem Kläger wenigstens überhaupt ein Schaden entstanden ist.

2. **RG. 75** 284, EisenbA. **11** 1081. Ein Mensch ist b e i m Betrieb einer Eisenbahn als verletzt anzusehen, wenn die Verletzung in einem äußeren — zeitlichen und örtlichen — sowie in einem inneren Zusammenhange mit einem bestimmten Betriebsvorgange steht. Dieser innere Zusammenhang muß ein unmittelbarer sein. An dieser Unmittelbarkeit fehlt es in dem Falle, wenn eine Frau aus Schreck über das Herausstürzen ihres Kindes aus dem fahrenden Zuge eine Nervenerschütterung erleidet.

3. **RG.** EisenbA. **11** 521. Der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Betriebsunfall und der Erwerbsunfähigkeit wird nicht dadurch gestört, daß schon vor dem Unfall eine Anlage zu dem hervorgetretenen Leiden (Leistenbruche) vorhanden war.

4. EisenbVereinsZ. **11** 1099 (ÖstObG.). Die Tochter eines bei einem Eisenbahnunfalle getöteten Reisenden erlitt infolge des Anblicks des Unfalls einen Nervenchok. Ein ursächlicher Zusammenhang im Sinne des HaftpflG. liegt hier nicht vor. Zwischen dem unmittelbar Verletzten oder Getöteten und der Ereignung besteht zwar ein unmittelbarer notwendiger Zusammenhang. Verletzung und Tötung vermögen auch noch gewisse Wirkungen auszulösen, wie hier den Nervenchok, allein diese Nebenwirkungen sind nicht ein notwendiger unmittelbarer Erfolg der Ereignung. Auch durch das nahe Verwandtschaftsverhältnis des Getöteten und der Erkrankten wird der ursächliche Zusammenhang nicht hergestellt.

III. B e t r i e b s u n t e r n e h m e r. 1. **RG. 75** 7, JW. **11** 62, EisenbVereinsZ. **11** 469, EisenbE. **27** 425, 437, EisenbA. **11** 826. Die Merkmale des Bahnunternehmers „wer die Bahn f ü r e i g e n e R e c h n u n g betreibt und wem die V e r f ü g u n g ü b e r d e n B e t r i e b zugestanden hat", sind zwar die entscheidenden, es ist aber nicht erforderlich, daß stets beide in derselben Person zusammentreffen m ü s s e n. Es würde sonst niemand als Bahnunternehmer anzusehen sein, wenn jemand über einen Bahnbetrieb die Verfügung hat, der auf

Rechnung eines anderen geht. In solchem Falle ist abzuwägen, welches Merkmal aus besonderen Gründen ausschlaggebend ist. Wenn dem Unternehmer einer Neubaustrecke, der alle Arbeiten für die neuen Strecken auszuführen, Materialien dazu heranzuschaffen, auf- und abzuladen und zu transportieren hat, hierzu Bauzüge gestellt werden, über die er selbständig verfügt, denen er alle nach Zweck und Fortgang der Geleisarbeiten erforderlichen Weisungen zu erteilen hat und auch erteilt, so liegt darin nur eine Erleichterung des Bau unternehmens, nicht ein selbständiges Bahn unternehmen. Wenn auch eine bahntechnische Oberaufsicht der die Bauzüge fahrenden Eisenbahn besteht, so ist sie doch nicht berechtigt, über den Betrieb der Bauzüge zu verfügen, das ist Sache des Bauunternehmers. Es ist auch unerheblich, daß die Bauzüge auf Kosten der Eisenbahn, nicht des Bauunternehmers gefahren werden.

2. **RG.** JW. **11** 951. Wenn die Eisenbahn die Wagen auf der Hafenbahn bis zum Speicher eines Interessenten befördert und diesem lediglich die Beladung der Wagen nebst den hierbei etwa notwendigen Bewegungen der Wagen obliegt, so ist nicht der Interessent, sondern die Eisenbahn als Betriebsunternehmer anzusehen. Denn hier hat die Eisenbahn für keinen räumlichen oder gegenständlichen Teil der Hafenbahn und ihres Betriebs ihr Herrschaftsverhältnis aufgegeben und der Interessent nicht für einen entsprechenden Teil diese Herrschaft übernommen.

3. **RG.** JW. **11** 332, EisenbVereinsZ. **11** 709, EisenbA. **11** 834, EisenbE. **27** 433. Beim Ausladen des Gepäcks aus dem Zuge einer Privatbahn zur Überführung auf den Anschlußzug der Staatseisenbahn war eine auf die Herausgabe ihres Korbes wartende Frau verletzt worden. Das Ausladen des Gepäcks auf den Rollwagen, das Heranfahren an den Anschlußzug und das Einladen in diesen war ausschließlich von Angestellten der Staatsbahn und mit deren Transportmitteln erfolgt. Die Staatsbahn gilt in solchem Falle als der Unternehmer, in dessen Betriebe der Unfall erfolgt ist.

IV. Höhere Gewalt. 1. Eckstein aaO. 646/7. Höhere Gewalt bei Handlungen von Kindern liegt nicht vor; folglich kein Ausschluß der Haftung, wenn nicht mitwirkendes Verschulden (auch bei Kindern unter 7 Jahren möglich) Platz greift.

2. **RG.** EisenbVereinsZ. **11** 1384, KleinbZ. **11** 544, EisenbA. **11** 1590. Der auf einem Motorrade fahrende Kläger war von einem Fußgänger angerannt, auf ein Straßenbahngeleise geschleudert und von einem langsam herankommenden Straßenbahnwagen überfahren worden. Höhere Gewalt liegt nicht vor, da der Unfall sich nicht unter so außergewöhnlichen Umständen ereignete, daß er nicht mehr als der gefährdenden Natur des Unternehmens entfließend anzusehen wäre. Das Eingreifen des Fußgängers, der den Kläger zu Falle gebracht hat, hat nicht eine neue Gefahr geschaffen, sondern nur die Wirkung der für den Straßenverkehr seitens der Straßenbahn bestehenden Gefahr ausgelöst. Der Bahnbetrieb hat die Gefahr geschaffen, auf das Geleise vor den Straßenbahnwagen zu fallen. Diese Gefahr hat das Eingreifen des Fußgängers wirkend gemacht.

3. **RG. 75** 185, JW. **11** 192, EisenbVereinsZ. **11** 563, EisenbA. **11** 829, EisenbE. **27** 337. Der Eisenbahnbetrieb schafft durch die Art der Personenbeförderung die Gelegenheit, Gegenstände aus dem fahrenden Zuge zu werfen oder hinauszuhalten. Es sind dies Ereignisse, die mit einer gewissen Häufigkeit wiederkehren. Wenn auch der Eisenbahnunternehmer versucht, ihnen durch angeschlagene Verbote entgegenzuwirken, so sind sie doch bei der Natur des Betriebs unvermeidlich. Die Gefahr derartiger Ereignisse gehört daher zu der von dem Unternehmer zu tragenden Betriebsgefahr, höhere Gewalt liegt nicht vor.

V. Eigenes Verschulden. 1. EisenbVereinsZ. **11** 353 (HandG. Wien). Ein nicht außergewöhnlicher und nicht besonders starker Ruck ist auch bei Vollbahnen

kein die Haftpflicht begründendes Ereignis. Jeder Reisende muß damit rechnen, daß beim Ein- und Ausfahren der Züge im Bahnhofsgebiete leicht ein Ruck entsteht. Er gebraucht daher nicht die nötige Vorsicht, wenn er sich während der Fahrt vom Sitze erhebt und, ohne sich anzuhalten, die Türe zu schließen versucht.

2. **RG.** EisenbE. **27** 443, EisenbA. **11** 1588. Eigenes Verschulden liegt vor, wenn der absteigende Fahrgast versäumt, sich der zum Festhalten beim Aussteigen bestimmten, am Wagen angebrachten Schutzstangen zu bedienen, es sei denn, daß er sich für den einzelnen Fall zu rechtfertigen vermag, warum er diese nächstliegende und gewöhnlichste Vorsichtsmaßregel unterlassen hat.

3. **RG.** JW. **11** 485, EisenbVereinsZ. **11** 1156. Der tötlich Verletzte hatte sich an die Bordschwelle des für Fußgänger nicht bestimmten Reitwegs hingestellt und zwar mit dem Rücken gegen das gleich dahinter liegende Bahngeleise. Er hatte aus Neugierde seine ganze Aufmerksamkeit auf ein unruhiges Pferd gerichtet und war vor dem scheuenden Pferde, ohne sich umzusehen, auf das Geleise zurückgetreten, wo er von einem langsam unter Läuten heranfahrenden Wagen erfaßt wurde. Das Zurücktreten war die unausbleibliche Folge seiner großen Fahrlässigkeit, mit der er einen so gefährlichen Standort einnahm, daß jeder Schritt rückwärts ihn unter den Bahnwagen bringen mußte. Seine Fahrlässigkeit überwiegt daher die in keiner Weise erhöhte Betriebsgefahr so bedeutend, daß eine Schadensteilung nach § 254 BGB. nicht angängig ist.

4. **RG.** EisenbE. **27** 335. Wenn der Wagenführer dem Fahrgaste zugesichert hat, langsamer zu fahren, damit dieser ungefährdet abspringen kann, so kann sich die Bahn nicht auf eigenes Verschulden des Verletzten berufen, wenn der Wagenführer seine Zusicherung nicht erfüllt. Denn der Fahrgast kann und darf, wenn ihm auf seine Bitte der Bahnangestellte, sei es auch vorschriftswidrig, obige Zusicherung gibt, erwarten, daß der Angestellte hierbei auf Leib und Leben des Fahrgastes die gebührende Rücksicht nehmen und nicht etwa durch vorzeitiges Schnellfahren ein neues Gefahrmoment für ihn schaffen werde.

5. **RG.** EisenbE. **27** 197. Ist eine Straße wegen Ausschachtungsarbeiten gesperrt und hat nur die Straßenbahn das Recht, über den Bauplatz und die Baugrube zu fahren, so darf die Straßenbahn von diesem Vorrechte nur unter möglichster Schonung des Fortganges der Arbeiten Gebrauch machen, also die Stelle nur passieren, wenn sie frei von Arbeitern ist. Ein dort hantierender Arbeiter darf sich darauf verlassen, daß die Bahn dieser Pflicht nachkommt. Unter diesen Umständen kann es den Arbeitern nicht zugemutet werden, daß sie, wie sonst ein den Straßendamm passierender Fußgänger auf die Fuhrwerke, ihre Aufmerksamkeit von ihrer Arbeit fort auf die Straßenbahnwagen lenken und vorsichtig ausweichen.

6. **RG.** EisenbE. **27** 295. Wenn trotz des Herannahens eines Straßenbahnwagens ein Fußgänger, um einem anderen Fußgänger auszuweichen, an den Rand des Bürgersteigs tritt und hierbei von dem vorbeifahrenden Motorwagen gestreift und verletzt wird, so kann nicht ohne weiteres ein eigenes Verschulden des Verletzten angenommen werden. Mögen die Gleise noch so nahe am Bürgersteige liegen, so wird doch niemand auf den Gedanken kommen, daß er durch Wagen gefährdet werden könne, wenn er auf dem Bürgersteige sich aufhält oder geht.

7. EisenbE. **27** 328 (Braunschweig). Das Aussteigen aus einem außerhalb der Haltestelle haltenden elektrischen Straßenbahnwagen begründet ein eigenes Verschulden. Denn in solchen Fällen ist die Weiterfahrt nicht durch das Zeichen des Schaffners, sondern lediglich durch die Beseitigung des Hindernisses bedingt. Die Fahrgäste, die eine solche Gelegenheit zum Aussteigen benutzen wollen, können sich nicht darauf verlassen, daß während des Aussteigens der Wagen in Ruhe verharrt, sondern sie müssen damit rechnen, daß sich der Wagen vor der Ausführung ihres Vorhabens wieder in Bewegung setzt. Sie können auch nicht erwarten, daß

der Schaffner sie auf die mit dem vorzeitigen Verlassen des Wagens verbundenen Gefahren aufmerksam macht oder sie davon zurückhält.

8. RheinA. **108** 292 (Cöln). Ein eigenes Verschulden des verletzten Automobilfahrers liegt nicht darin, daß er vor Antritt der Fahrt in eine ihm unbekannte Gegend von einem genauen Kartenstudium bezüglich der zu überquerenden Eisenbahnkörper abgesehen hat. Wenn er akustische Warnungssignale der Eisenbahn infolge des Motorgeräusches überhört, so liegt darin ein die Betriebsgefahr der Eisenbahn erhöhendes Moment, aber kein Verschulden des Automobilfahrers.

VI. Verhältnis des § 254 BGB. zum HaftpflG. (S. auch BGB. § 254 Ziff. III 1 u. 2.) 1. **RG.** JW. **11** 62, EisenbVereinsZ. **11** 469, EisenbE. **27** 318. Ein Reisender war versehentlich in die II. statt die IV. Klasse gestiegen. Auf einer Haltestelle mit etwas über $1/_2$ Minute Aufenthalt mußte er umsteigen, hatte auch schon die Plattform des IV. Klasse-Wagens erreicht, als ihm seine Frau zurief: „Der Hund"!. Darauf sprang er von dem schon fahrenden Zuge ab, fing den Hund ein und versuchte mit diesem und einem Schirme in der Hand wieder auf den Zug zu gelangen, wobei er überfahren und getötet wurde. RG. führt aus, daß das eilige Umsteigen und die hierdurch verursachte Aufregung des Reisenden höchstens für das nochmalige Aussteigen zur Mitnahme des Hundes als entschuldigend angesehen werden könne, nicht aber für seinen dann erfolgten Versuch, wieder einzusteigen. Sein Verschulden überwiegt daher bei weitem die durch die Eile des Umsteigens allerdings erhöhte Betriebsgefahr.

2. **RG.** EisenbVereinsZ. **11** 405, EisenbE. **27** 411. Für auf dem Bahnkörper beschäftigte Arbeiter, die notwendig die Gleise überschreiten und zwischen ihnen verweilen müssen, ist die Betriebsgefahr derart gesteigert, daß diese Gefahrerhöhung nicht schon durch das Verbot, ohne Begleitung eines Beamten die Gleise zu überschreiten, vollkommen sicher und ohne Weitläufigkeit und störenden Einfluß auf die zu verrichtende Arbeit als ausgeschlossen erscheinen muß. Wenn daher ein Arbeiter auf abkürzendem Wege als einzelner die Gleise zur Verrichtung einer Arbeit verbotswidrig überschreitet, weil ein Begleiter nicht unmittelbar zur Stelle ist, so ist sein Verschulden gegenüber der gesteigerten Betriebsgefahr nicht so schwer, daß jeder Anspruch aus dem Haftpflichtgesetze zu verneinen ist, es sei denn, daß er beim Überschreiten besonders unvorsichtig gewesen ist und damit sein eigenes Verschulden überwiegt.

3. **RG.** JW. **11** 1016. Ein achtjähriger Knabe war auf den letzten Wagen eines auf offener Straße rangierenden Zuges geklettert und beim Anfahren des Zuges verletzt worden. Wenn hier auch eigenes mitwirkendes Verschulden vorliegt, so liegt andererseits in der Bewegung von Rangierzügen auf offener Straße, namentlich für Kinder, eine erhöhte Betriebsgefahr, infolge deren eine besondere Vorsicht bei der Ausübung des Betriebs geboten erscheint. Da es bei der Leitung des Rangierzugs an einer erhöhten Aufsicht gefehlt hat, so ist die Ursächlichkeit der Betriebsgefahr und des Verschuldens des Verletzten gleichwertig und gemäß § 254 der Schaden hälftig zu teilen.

4. **RG.** EisenbA. **11** 1085. Wenn als mitwirkendes Verschulden festgestellt ist, daß der Verletzte in dem kurzen Zeitraume zwischen dem bereits eingetretenen Halten des Zuges und dem durch Nachschub der hinteren Wagen entstandenen üblichen Rucke nicht genügend vorsichtig gewesen ist, so die Bewertung dieses Verschuldens als geringen mit $1/_3$ nicht zu beanstanden.

§ 3. 1. **RG.** EisenbE. **27** 326. Bei Beurteilung der künftigen Unterhaltspflicht eines getöteten Kindes gegenüber seinen Eltern darf eine nähere Prüfung der maßgebenden Verhältnisse nicht mit dem Hinweise darauf, daß alles Zukünftige ungewiß sei, unterlassen werden. Ob gewisse Umstände, wie die Erreichung eines bestimmten Lebensalters und die Voraussetzungen der Unterhaltsbedürftigkeit auf

der einen sowie der Unterhaltsfähigkeit auf der anderen Seite eintreten werden, läßt sich von der Gegenwart aus natürlich niemals mit vollkommener Sicherheit beurteilen, aber das Gesetz verlangt auch nur, daß sie eintreten können, daß also nach der Erfahrung des Lebens und dem gewöhnlichen Laufe der Dinge die spätere Verwirklichung einer Unterhaltsverpflichtung oder einer Schädigung durch entgehende, nach dem Gesetze zu leistende Dienste nicht ausgeschlossen erscheint, vielmehr mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist. In der Natur der Sache liegt es, daß an die Beweisführung keine strengen Anforderungen gestellt werden dürfen, sondern dem richterlichen Ermessen ein möglichst weiter Spielraum offen bleibt.

2. **RG.** EisenbE. **27** 291. Eine Beschränkung des Ersatzanspruchs des Ehemanns auf den Zeitpunkt der Erreichung des 70. Lebensjahrs seitens der Ehefrau ist unbegründet. Es kommt für die Frage, wielange die Ehefrau im Hauswesen des Ehemanns Dienste leisten kann und muß, auf die Lebensverhältnisse der Eheleute, auf die Gesundheit oder Rüstigkeit der Frau im Einzelfall an. Rüstige Frauen aus kleinbürgerlichem Stande sind sehr häufig noch lange über das 70. Lebensjahr hinaus im Haushalte tätig und zwar in einer Weise, daß der Ausfall ihrer Arbeit für den Ehemann eine Vermögenseinbuße bedeuten wird.

3. Abs. 2. **RG.** JW. **11** 375, EisenbVereinsZ. **11** 1449. Die Unterhaltspflicht geht nicht als solche auf den haftpflichtigen Betriebsunternehmer über, sondern dieser hat dem Dritten Schadensersatz für die Entziehung des Unterhalts insoweit zu leisten als die Unterhaltungspflicht bestand. Die Witwe und die Kinder des Getöteten können hiernach von dem Haftpflichtigen insoweit keinen Ersatz beanspruchen, als ihnen in den Einkünften des infolge des Todes ihres Ehemanns oder Vaters auf sie übergegangenen Vermögens die Mittel zur Bestreitung ihres Unterhalts geblieben sind.

§ 3 a. 1. **RG.** JW. **11** 773. Wenn der Verletzte infolge des Unfalls das bisher von ihm betriebene Geschäft aufgeben muß, so darf von der ihm vom Ersatzpflichtigen zu zahlenden Rente in Höhe des bisherigen Reinverdienstes aus dem Geschäfte für die seitens der Ehefrau im Geschäfte geleistete Hilfe ein Betrag nicht in Abzug gebracht werden. S. insbes. BGB. § 843 Ziff. 7b.

2. **RG.** JW. **11** 774, EisenbVereinsZ. **11** 1400. Die Einrede, daß der Anspruch auf Erstattung der Heilungskosten nicht dem Verletzten, sondern dessen Vater zustehe, weil dieser auf Grund seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht für die Heilungskosten aufkommen müsse, geht fehl. Denn, wenn sich auch § 843 BGB., wonach der Schadensersatzanspruch des Verletzten dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß ein anderer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat, seinem Wortlaute nach zunächst nur auf die Fälle der Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit oder der Vermehrung der Bedürfnisse des Verletzten bezieht, so sollte damit doch ein allgemeiner, den ganzen Inhalt der Schadensersatzpflicht umfassender Grundsatz aufgestellt werden. Auch der Anspruch auf Erstattung der Heilungskosten wird daher durch den bestehenden Unterhaltsanspruch nicht berührt. Dies gilt infolge der Bezugnahme des § 843 BGB. im § 7 HaftpflG. auch für das Gebiet des letzteren. (S. a. BGB. § 843 Ziff. 8.)

3. EisenbVereinzZ. **11** 1058 (ÖstObG.). Die verletzte Klägerin gibt an, sie habe schon seit einer Reihe von Jahren wegen des hohen Alters und der Erkrankung ihres Mannes dessen Unternehmen allein geführt, hierzu von ihrem Manne eine allgemeine Vollmacht usw. gehabt und dadurch einen durchschnittlichen Jahresgewinn von 12 000 Kronen erzielt. Der Gerichtshof führte aus, daß bei solcher Sachlage nicht die Klägerin, sondern der Ehemann der Geschädigte sei, da der Schaden in dem dem Ehemanne gehörigen Gewerbe entstanden sei, und erkannte daher der Klägerin einen Verdienstentgang aus dem angeführten Rechtsgrund ab.

§ 7. 1. **RG.** EisenbE. **27** 204. Bei Festsetzung einer Rente ist allerdings für die Regel dem Einflusse, den das zunehmende Alter, dem natürlichen Laufe der Dinge entsprechend, auf die Arbeitskraft und Erwerbsfähigkeit des Menschen ausübt, Rechnung zu tragen, und zwar mit Rücksicht darauf, daß normalerweise im hohen Alter die Arbeitsfähigkeit schließlich ganz aufzuhören pflegt, durch Begrenzung der Rente nach einem bestimmten Lebensalter. Allein es können Sachlagen gegeben sein, bei denen unbedenklich angenommen werden darf, daß ein bestimmter Erwerb dem Schadensersatzberechtigten ohne den vom Gegner zu vertretenden Vorgang bis ins späteste Greisenalter oder bis ans Lebensende möglich gewesen sein würde.

2. **RG.** EisenbE. **27** 438. Die Entscheidung der Fragen über den Einfluß des eigenen Verschuldens auf die Erwerbsfähigkeit des Verletzten und über die Dauer der Rente kann dem Nachverfahren überlassen werden, zumal da die zur Entscheidung über die Zeitdauer, für die eine Verminderung der Erwerbsfähigkeit des Klägers anzunehmen ist, erforderlichen Ermittelungen zweckmäßig mit denen über das Maß der Erwerbsverminderung verbunden werden können.

3. **RG.** EisenbE. **27** 444. Die Entscheidung über die Modalitäten der Entschädigungszahlung kann unter bestimmten Voraussetzungen dem Nachverfahren vorbehalten bleiben, also auch die Frage, ob Kapitalabfindung oder eine Rente zuzusprechen ist.

4. S. über die Berücksichtigung der künftigen Gestaltung auch zu BGB. § 843 Ziff. 3.

§ 8. **RG.** **75** 4, EisenbA. **11** 544, KleinbZ. **11** 199, EisenbE. **27** 419, JW. **11** 40. Durch Annahme eines Vertragsangebots über die Regelung der Schadensersatzpflicht wird die kurze Verjährungsfrist beseitigt. Denn wenn die Verpflichtung zum Schadensersatze nach dem Willen der Beteiligten hinfort auf sich selbst gestellt und durch den Vertrag selbständig begründet ist, ist sie damit in notwendiger rechtlicher Folge von ihrem bisherigen Schuldgrunde gelöst, und es greift nun die gewöhnliche 30jährige Verjährung Platz. Zwar ist rechtlich nicht ausgeschlossen, daß die Parteien vereinbaren, die dem ursprünglichen Schuldgrund entsprechende kürzere Verjährung solle auch hinsichtlich der auf den Vertrag gegründeten Forderung gelten. Dieser Wille kann jedoch aus einer bloßen Erwähnung oder Inbezugnahme des ursprünglichen, der kurzen Verjährung unterliegenden Schuldverhältnisses in dem Vertrage nicht gefolgert werden.

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

(Vom 26. Mai 1896 und 7. Juni 1909.)

Vorbemerkung: Rechtsprechung und Literatur haben sich im Berichtsjahre so überwiegend mit Fragen des neuen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 beschäftigt, daß es angemessen erschien, die im JDR. **9** vorgenommene Teilung aufzuheben und nur zu dem neuen Gesetz allein zu berichten. Entscheidungen, die sich noch auf das alte Gesetz beziehen, sind zu den einschlägigen Bestimmungen des neuen Gesetzes mitgeteilt worden; dort, wo die Entscheidung nur das alte Gesetz betraf und nach dem neuen Gesetze anders zu entscheiden wäre, ist dies hervorgehoben. Im großen und ganzen ist die Einteilung des Stoffes die gleiche geblieben wie früher. — Die Streitfragen des neuen Gesetzes sind naturgemäß noch nicht erledigt, wenngleich in einzelnen Fragen eine gewisse Klärung beginnt. So dürfte es keinem Zweifel mehr unterliegen, daß die Unterlassungsklage eine Wiederholungsgefahr nicht voraussetzt, — eine Ansicht, der man in den unteren Instanzen noch begegnen konnte. — Über die Angabe der

Gründe eines Ausverkaufs sind mehrere Entscheidungen ergangen. Der § 7 Abs. 2 hat in der Rechtsprechung die ihm zukommende Auslegung erfahren, die Anordnungen der Verwaltungsbehörden über die Anzeigepflicht bei der Ankündigung „bestimmter" Arten von Ausverkäufen sind häufig als ungültig aufgehoben worden. Die Entscheidung des RG. (§ 8 Ziff. 1), die das Herbeischaffen von Waren aus dem Hauptgeschäft in ein Zweiggeschäft, für das ein Ausverkauf angekündigt war, nicht als Nachschieben i. S. des § 8 angesehen hat, ist in der Literatur scharf angegriffen worden. — Die §§ 14 und 16 bieten eine Fülle von Entscheidungen und literarischen Anregungen. Der § 16 ist gerade deshalb von so großer Bedeutung, weil hier Firmenrecht, Warenzeichenrecht, Namenrecht und unlauterer Wettbewerb sich eng berühren. Die Rechtsprechung ist bemüht die erforderliche Trennung vorzunehmen und Klarheit zu schaffen. Die wichtigen §§ 17 und 18 haben gleichfalls eine ausgiebige Erörterung erfahren. Das RG. (§ 18 Ziff. 4) hat entschieden, daß § 18 sich nicht auf die Bediensteten und Angestellten des Verletzten bezieht. Auf die zahlreichen Aufsätze und Abhandlungen, die das Literaturverzeichnis aufweist, sei besonders hingewiesen.

Literatur: Boenigk, Die Grundangabe bei beschleunigten Verkäufen ohne die Bezeichnung „Ausverkauf", MschutzuWettbew. **10** 343. — Cahn, Ein praktischer Fall des § 1 des neuen Wettbewerbsgesetzes, GewRsch. **11** 171. — Cantor, Aufsätze in der Elektrotechnischen Zeitschrift. — Eyck, Warnungen vor Patentverletzung als unlauterer Wettbewerb, MschutzuWettbew. **10** 139. — Finger, Das neue Stellenvermittlergesetz und der unlautere Wettbewerb, MschutzuWettbew. **10** 141. — Fuld, Ausverkauf einer Filiale, R. **11** 579. — Derselbe, Modellkopien, MschutzuWettbew. **10** 275. — Derselbe, Das Bestechungswesen und seine Bekämpfung, MschutzuWettbew. **10** 360. — Jacubowsky, Die Angabe des Grundes bei Ausverkaufsanzeigen, MschutzuWettbew. **10** 109. — Levy, Ist § 826 BGB. auf unlauteren Wettbewerb noch anwendbar? MschutzuWettbew. **11** 42. — Osterrieth, Kann § 18 WG. auch auf den Geheimnisverrat Angestellter angewendet werden? GewRsch. **11** 236. — Pohle, Einiges zur Organisation des Vereins gegen das Bestechungswesen, MschutzuWettbew. **11** 361. — Rosenthal, Die Abwehrklage gegen den Geschäftsinhaber und seine Angestellten, R. **11** 252—256. — Derselbe, Das Verordnungsrecht der höheren Verwaltungsbehörden laut § 7 Abs. 2 UWG., GewRschutz. **11** 23. — Wertheimer, Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und seine Bedeutung für den Bankierstand, BankA. **10** 135.

Zu **§§ 1** ff. 1. Levy. Das neue Wettbewerbsgesetz bietet keine Lücken mehr, die zur Anwendung des § 826 BGB. auf Handlungen unlauteren Wettbewerbes Gelegenheit geben könnten. Die Generalklausel des § 1 umfaßt alle Handlungen unlauteren Wettbewerbes, die früher unter § 826 fielen. Ihr Gebiet ist noch weiter, da sie auch solche Handlungen ergreift, bei denen der Vorsatz der Schadenszufügung fehlt oder nicht nachweisbar ist. Es läßt sich schlechterdings kein Fall unlauteren Wettbewerbes konstruieren, der nicht unter § 1, wohl aber unter § 826 fiele; das Umgekehrte dagegen ist sehr wohl denkbar (vgl. oben § 826 Ziff. 15 BGB.).

2. Finger, MschutzuWettbew. **10** 141. Stellenvermittler sind Gewerbetreibende, auf die die §§ 1, 3—5, 12, 14, 15, 16, 17—20, ebenso §§ 823 824, 826 BGB. Anwendung finden. Verf. untersucht das Stellenvermittlergesetz unter dem Gesichtspunkte des unlauteren Wettbewerbes. Verstoß gegen das UnlWG. durch unlautere Anpreisung wertloser Stellenlisten; Haftung der Angehörigen der Presse für Anzeigen über offene Stellen, Stellengesuche, Haftung für deren Wahrheit und die darin enthaltene Verletzung fremder Geschäftsehre, Haftung für Füllinserate. — Über § 3 StellenvermittlerG. und Wettbewerb 143. — Einschränkung der übermäßigen Gebührenerhebung durch § 5 StellenvermittlerG. — Die Unzuverlässigkeit des Stellenvermittlers (§ 9 StellenvermittlerG.) kann in Handlungen des unlauteren Wettbewerbes bestehen. — §§ 12 Ziff. 3 und Abs. 3 StellenvermittlerG. enthält ein strafrechtliches Reklameverbot; § 12 Ziff. 5 enthält eine Strafvorschrift wegen Vertragsbruchs. Zwischen §§ 17, 18, 20 UnlWG. und § 12 Ziff. 5 u. Abs. 3 StellenvermittlerG. ist Idealkonkurrenz möglich, in welchem Falle §§ 17, 18, 20 wegen der

höheren Strafandrohung anzuwenden sind. — § 12 Abs. 2 StellenvermittlerG. richtet sich gegen das Schmiergelderwesen (145). — Über Anwendung auf nicht gewerbsmäßige Stellenvermittler 145 f.

3. Wertheimer. Das UnlWG. ist geeignet, manchen in dem Bankiergewerbe sich zeigenden Auswüchsen entgegenzutreten, so z. B. gegenüber „Winkelbankiers", gegen einzelne Arten des Serienlosesschwindels. Börsenmanöver über den Kurs eines Wertpapiers, eines Kuxes können ebenfalls als Wettbewerbsdelikte verfolgt werden. Ebenso kann unter Umständen gegen einen Bankier vorgegangen werden, der falsche Angaben über die Rentabilität der von ihm empfohlenen Anlagepapiere gemacht hat. Annoncen von Geldgebern „Geld direkt vom Bankier" können Anlaß zur Verfolgung auf Grund des UnlWG. geben, da sie den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorrufen. Auch die Verwendung von Geschäftsbezeichnungen wie „Bank", „Bankgeschäft", „Finanzierungsinstitut" können auf Grund des UnlWG. bekämpft werden.

4. Rosenthal, R. **11** 252 ff. Es haften gegenüber der Abwehrklage alle diejenigen, von denen die Handlung ausgeht, mögen sie interessiert sein oder nicht. Hiernach haften neben dem Geschäftsinhaber Angestellte und Beauftragte (also z. B. auch Reisende, Agenten und Bedienstete) insoweit, als eine eigene und freie Tätigkeit bei diesen Personen vorliegt. Als Beklagter kommt der Geschäftsinhaber auch dann in Betracht, wenn er pflichtwidrigerweise das rechtsverletzende Tun seiner Angestellten nicht hindert. Das gleiche gilt für Abteilungsleiter von Betrieben und für Geschäftsführer. Im Zweifel sind stets die Inhaber als berufene Überwacher der Tätigkeit ihrer Untergebenen anzusehen. Es kommt nicht darauf an, ob der Chef die einzelnen rechtsverletzenden Handlungen kannte, sondern die ganze Frage ist darauf abzustellen, inwieweit er dafür zu sorgen hat, daß die in seinem Namen vorgenommenen Handlungen innerhalb der gesetzlichen Schranke bleiben. Er hat dementsprechend Einrichtungen zu treffen und diese zu beaufsichtigen. Nutzt der Chef die durch das rechtsverletzende Verhalten des Angestellten hervorgerufene Beeinträchtigung des fremden Betriebs für seine Zwecke aus, so liegt schon hierin ein eigenes Verhalten vor.

5. **a)** Fuld, JW. **11** 15, vertritt die Ansicht, daß auch die Rechtsanwälte unter das UnlWG. fallen (abw. Finger, Komm. 18, 65, Rosenthal-Wehner, Komm. 19; glA. Pinner-Eyck XV).

b) Rosenthal, JW. **11** 178, wendet sich gegen Fuld, JW. **11** 15, daß die Anwälte unter das UnlWG. fallen.

6. Fuld, DJZ. **11** 904, „Das Wettbewerbsgesetz und der Wettbewerb".

7. Wertheimer, GewRschutz **11** 65, stellt die Judikate zum UnlWG. im Jahre 1910 zusammen.

§ 1. 1. Cahn bespricht den Fall, in welchem eine Putzdirektrice ihr unterstehende Putzarbeiterinnen wegengagiert hat, damit sie später in einem von ihr zu errichtenden Geschäfte tätig seien. Verf. gelangt zur Annahme der Anwendung des § 1 (Unterlassungsklage).

2. **RG.** GewRschutz **11** 293, MschutzuWettbew. **11** 85, R. **11** Nr. 2995. Die Verbreitung eines Schreibens an einen Gewerbetreibenden durch diesen, in welchem sich der Schreiber über die Beschaffenheit von Waren, die ihm ein Konkurrent des Empfängers geliefert hat, beschwert, und das lediglich zu dem Zwecke geschrieben wurde, die Dienste des Empfängers in Anspruch zu nehmen, enthält nicht nur einen Vertrauensbruch gegenüber dem Schreiber des Briefes, kann vielmehr, wenn die Verbreitung zu Zwecken des Wettbewerbes gegenüber dem Konkurrenten erfolgte, je nach Lage der Sache für diesen die Ansprüche aus § 1 UnlWG. nF. und § 826 BGB. begründen.

3. MSchutzuWettbew. **10** 220, DJZ. **11** 877 (KG.). Das sog. „Anreißen" verstößt gegen das UnlWG. Es ist nicht nur eine ästhetisch minderwertige, sondern auch ethisch unerlaubte Handlung des Anreißers für seinen Zettelverteiler.

4. LeipzZ. **11** 792 (Dresden). In der Veröffentlichung eines geschäftlichen Briefwechsels des Wettbewerbsgegners mit unzufriedenen Kunden kann gegen die guten Sitten verstoßen werden (vorliegend Verstoß angenommen wegen der Art und des Umfanges der Veröffentlichung). Es kann Fälle geben, in denen die Veröffentlichung nicht gegen die guten Sitten verstößt, z. B. als Abwehrmaßregel.

5. R. **11** Nr. 3373 (Hamburg). Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn ein Fabrikant, der ein allseitig als gut anerkanntes Produkt herstellt, sich der nach seiner Ansicht minderwertigen Konkurrenz zu erwehren sucht. Daß aber der Beklagte in der vollen Überzeugung gehandelt hat, daß die Nachahmungen der von ihm hergestellten Ware absolut minderwertig gegenüber seinem eigenen Fabrikate seien, erscheint zweifellos. Jedenfalls wäre es Sache der Klägerin gewesen, darzutun, daß Beklagter diese Überzeugung nicht gehabt und also wider besseres Wissen die Behauptung aufgestellt habe. Dafür hat Klägerin aber nichts beigebracht.

6. MSchutzuWettbew. **10** 353 (Colmar). Bei den Eheleuten X. stand ein Petroleumbehälter der Klägerin, in den das von der Klägerin gelieferte Petroleum zwecks Verkaufs durch den Dritten gefüllt wurde. Ein Vertreter der beklagten Firma veranlaßte die Eheleute X., das von der beklagten Firma gelieferte Petroleum gleichfalls in den der Klägerin gehörigen Behälter zu füllen. Die beklagte Firma haftet nach §§ 1, 13 Abs. 3 UnlWG.

7. OLG. **23** 385 (KG.). Verstoß gegen § 1 durch Veranstaltung einer Ausspielung. Beklagter, der einen Handel mit Klavieren betreibt, hat in Zeitungen angekündigt, daß jeder Käufer eines Klaviers ein solches unentgeltlich erhalte, sofern sich sein Kaufpreis unter den von den Käufern eines bestimmten Zeitraums gezahlten Preisen am meisten einem Durchschnittspreise nähere, der nach einem bestimmten Plane ermittelt wurde. Hierin liegt ein Verstoß gegen § 286 StGB. und zugleich eine sittenwidrige Handlung im Sinne des § 1.

8. OLG. **23** 384 (KG.). Verstoß gegen § 1 durch Verkauf von Spar-(Rabatt-)Marken, die ein Verein ausgibt, durch Nichtmitglieder des Vereins.

9. GewRSchutz **11** 242 (Dresden). Die Gewährung von Sonderrabatt an die Mitglieder von wirtschaftlichen Vereinigungen bestimmter Berufskreise bedeutet für sich allein noch keinen Verstoß gegen die guten Sitten.

10. **RG.** MSchutzuWettbew. **10** 312. Anlehnung an die Ausstattung eines anderen für gleichartige Ware verstößt noch nicht gegen § 1.

§ 3. I. Öffentliche Mitteilungen (s. JDR. **8** § 1 Ziff. II).

1. HansGZ. **11** Hptbl. 18 (Hamburg). Prospekte sind Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind.

2. HansGZ. **11** Hptbl. 179 (Hamburg). Flaschenetiketten sind für einen größeren Kreis von Personen bestimmte Mitteilungen.

II. Unrichtige Angaben (s. JDR. **9** § 1 Ziff. IV, **8** Ziff. IV, **7** Ziff. IV, **6** Ziff. IV, **5** Ziff. IV, **4** Ziff. IV).

A. Allgemeines.

1. **RG.** GewRSchutz **11** 80. Der oberflächliche Eindruck einer Ankündigung auf den flüchtigen Leser ist nicht maßgebend. Der Leser muß wenigstens die Ankündigung durchlesen.

2. **RG.** (Strafs.) **44** 143. Der Angeklagte hatte in seiner Reklame — unwahrerweise — von spottbilligen Preisen und einzig dastehender günstiger Gelegenheit gesprochen. Die Angaben, die aus den Bekanntmachungen erhellen, sind aber wesentlich umfassender. Grundsätzlich müssen solche Angaben dem gesetzlichen Tatbestand entsprechend in ihrer Gesamtheit und namentlich auch nach ihrer Gesamtwir-

kung geprüft werden, und zwar daraufhin, nicht nur ob sie wahr oder unwahr sind, sondern auch, ob sie geeignet bzw. bestimmt erscheinen, in der mehr erörterten Weise irrezuführen. Hierbei sind stets die Verhältnisse des gegebenen Falles und die Erfahrungen des täglichen Lebens zu berücksichtigen. Der Richter darf insoweit aber nicht lediglich sein auf eigene berufliche oder sonstige besondere Erfahrung gestütztes Urteil zugrunde legen. Noch weniger darf er bei der Annahme, die Haltlosigkeit der in einer Reklame aufgestellten Behauptungen sei offenbar, das Ergebnis der erst durch die Verhandlung gewonnenen Aufklärung des wirklichen Sachverhalts Einfluß gewinnen lassen. Vielmehr muß er sich auf den Standpunkt des betreffenden Publikums stellen. Er hat dabei also dessen Bildungsgrad und Vorstellungsvermögen und insbesondere die Tatsache zu berücksichtigen, daß die hinter den Bekanntmachungen liegenden wahren geschäftlichen Verhältnisse dem Publikum regelmäßig unbekannt sind und von ihm nicht ohne weiteres beurteilt werden können und daß es daher im allgemeinen gerade auf den Inhalt der Ankündigungen selbst angewiesen sein wird.

3. **RG.** (Straff.) **44** 143, MschutzuWettbew. **11** 8. Für die Beurteilung der Wirkung der gemachten Angaben auf das Publikum kann es auf den sonstigen nicht unwahren Inhalt der Ankündigungen ankommen, insoweit nämlich, als er geeignet erscheint, anzudeuten oder glaubhaft zu machen, daß und weshalb gerade dem Ankündigenden ein besonders günstiges Angebot möglich wird, und so insbesondere den Anschein eines solchen Angebots zu verstärken.

4. OLG. **23** 390 (KG.). Maßgebend für die Beurteilung einer Ankündigung ist, wie die Durchschnittsleser, die ohne besondere Sachkenntnis in der üblichen Weise die Anzeige gelesen haben, die beanstandeten Worte verstehen mußten.

5. **RG.** (Straff.) **44** 143 (146), MschutzuWettbew. **11** 8. Nach dem G. von 1909 brauchen die Angaben nicht „tatsächlicher Art" zu sein. Es genügen vielmehr zur Verwirklichung des Tatbestandsmerkmals unwahrer Angaben auch Urteile. Zwar würde von diesen ein rein persönliches (subjektives) Meinen und Fürwahrhalten des Erklärenden außer Betracht zu bleiben haben. Dagegen steht rechtlich nichts im Wege, das Aussprechen von Urteilen dann als „Angaben" anzusehen, wenn ihre Unwahrheit objektiv nachweislich ist. S. u. Ziff. B 6.

6. R. **11** Nr. 3945 (Düsseldorf). Unrichtige Angaben fallen nur insoweit unter § 3, als die in der Angabe enthaltene Unwahrheit Umstände betrifft, auf die im Verkehre besonderer Wert gelegt wird, und insoweit ein anderer Eindruck, der Anschein eines besonders günstigen Angebots gerade durch die Unwahrheit der Angabe gegenüber dem Eindruck erzielt wird, der durch richtige Angaben erzielt worden wäre.

B. Fälle, in denen das Vorhandensein unrichtiger Angaben angenommen ist.

1. *Cantor, ETZ. **11** 644. Die vielfach geübte Anbringung der Firmenschilder von Handels- oder Installationsfirmen an Maschinen und maschinellen Anlagen, welche von anderen Firmen hergestellt, von diesen Firmen nur zusammengestellt, verkauft, installiert wurden, kann je nach Tatbestand des Einzelfalls gegen das UnlWG. verstoßen. Es kommt auf die jeweils zu untersuchenden Tatfragen an, ob der abnehmende Interessenkreis, an den sich die Aktion wendet, in der Firmenanbringung auf der maschinellen Anlage eine Ursprungs- oder Fabrikationsbezeichnung erblickt oder lediglich eine Handels- oder auch Installationsbezeichnung.

2. SächsOLG. **32** 356 (Dresden). Die Abbildungen stellen das Gebäude, in denen der Beklagte seine Fabrikation betreibt, in einer Größe und einem Umfange dar, die den Verhältnissen nicht entsprechen und das Unternehmen des Beklagten größer und bedeutender erscheinen lassen, als es in Wirklichkeit ist. Beklagter stellt damit seinen Gewerbebetrieb für leistungsfähiger hin und das ist geeignet, bei dem

Publikum den Anschein zu erwecken, als vermöge er seine Leistungen günstiger anzubieten, als es in Wirklichkeit der Fall ist.

3. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **10** 163. Unlauterer Wettbewerb durch Ankündigung von Stiefeln mit der Bezeichnung als „Handarbeit“, obgleich der Ankündigende wußte, daß mindestens die Hälfte ausschließlich mit der Maschine hergestellt waren.

4. **RG.** JW. **11** 827. In der Angabe der Beklagten, das Kölner Geschäft sei ihr Stammhaus, sie gehöre mit vielen anderen zu dessen „Tochtergesellschaften“, liegt eine unrichtige Angabe über geschäftliche Verhältnisse im Sinne von § 3 UnlWG. Aus den Ausführungen des Berufungsgerichts ist zu entnehmen, daß unter Stammhaus vom Gerichte wie vom Publikum nur ein solches verstanden werde, von dem ein anderes abstamme, von dem es gegründet worden sei, und es stellt fest, daß dies bei der Beklagten nicht der Fall ist und deshalb die beteiligten Verkehrskreise hierüber irregeführt werden könnten. Es hält weiter dafür, daß der Hinweis auf dieses angebliche Stammhausverhältnis und der Umstand, daß neben der Beklagten zahlreiche andere Tochtergesellschaften von dem Kölner Hause gegründet worden seien, die Leistungen der Beklagten besonders empfehle.

5. BayRpflZ. **11** 142 (Bamberg). Die Bezeichnung „Pariser Damenmäntelgeschäft“ ist unrichtig: das betreffende Geschäft ist keine Filiale eines Pariser Geschäfts, auch die feilgebotenen Waren stammen, ausgenommen einige Stücke, nicht aus Paris. Die Angaben sind auch geeignet, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Durch die Bezeichnung wird im Publikum der Anschein erweckt, es werde ihm beim Einkauf in dem von Paris aus geleiteten und mit Waren versehenen Geschäft etwas ganz Besonderes geboten.

6. HansGZ. **11** Beibl. 167, MschutzuWettbew. **11** 16 (Hamburg). Bezeichnung eines Geschäfts als „größtes Spezialhaus Norddeutschlands“. Unter Spezialgeschäft für bestimmte Artikel wird man ein Geschäft verstehen, das diese Artikel, welche sonst in Geschäften dieses Handelszweigs mit anderen, zu derselben Warengruppe gehörigen Artikeln gleichmäßig vertreten zu sein pflegen, in besonders reicher und vollständiger Auswahl unter wesentlicher Bevorzugung vor den übrigen zu derselben Warengruppe gehörigen Waren feilhält, ohne daß dabei verlangt wird, daß jene anderen Artikel völlig zurücktreten. Die Bezeichnung als größtes Spezialhaus seiner Art in Deutschland oder in einem größeren Teile von Deutschland ist Reklame marktschreierischen Charakters, keine Angabe im Sinne des § 3. Der Begriff Angaben erfordert immer etwas Tatsächliches. S. ob. Ziff. A 5.

7. **RG.** HansGZ. **11** Hptbl. 215, MschutzuWettbew. **10** 385. Die Behauptungen: stark entölter Kakao sei mit abgerahmter Milch zu vergleichen und daher wertlos; Kakao mit geringem Fettgehalte sei ohne Saft und Kraft und dürfe nicht als Kakao verkauft werden; man versuche, dem Publikum durch Anpreisung angeblicher Vorzüge Sand in die Augen zu streuen, verstoßen gegen das UnlWG.

8. HansGZ. **11** Hptbl. 199, MschutzuWettbew. **11** 56 (Hamburg). Unlauterer Wettbewerb liegt nicht vor, wenn ein Wagenhändler, der die Wagen nicht selbst fabriziert, an den Räderachsen und den Laternenkapseln der Wagen sein Firmenschild anbringt und die Schilder des Fabrikanten beseitigt.

9. HansGZ. **11** Hptbl. 18, MschutzuWettbew. **10** 318 (Hamburg). Die Bezeichnung einer Ware als „Barimandol“ verstößt gegen das UnlWG., wenn die Ware nicht aus Barimandeln hergestellt ist.

10. **RG.** MschutzuWettbew. **10** 217. Anpreisung eines chemischen Präparats als chemisch rein.

11. HansGZ. **11** Hptbl. 144 (LG. Hamburg). Unlauterer Wettbewerb dadurch

daß die Abnehmer darauf hingewiesen werden, daß eine andere als die geforderte Ware ebensogut, aber billiger sei.

12. SchlHolstAnz. **11** 29 (Kiel). Der Verkauf von Waren zu einem höheren als dem angemessenen Verkaufspreise, aber unter Zugabe anderer Sachen, verstößt gegen §§ 1 u. 3.

13. Bezeichnung als Fabrik (s. auch **RG.** [Strafs.] **44** 258 unten zu § 4).

a) **RG.** JW. **11** 512, MschutzuWettbew. **10** 279 (Strafs.). Bezeichnung einer Betriebsstätte als Fabrik. Wenn es sich um die Frage handelt, ob eine Angabe wahr ist, so entscheidet rechtsgrundsätzlich nicht schlechthin die Auffassung des großen Publikums, die allgemeine Verkehrsanschauung, sondern die Durchschnittsauffassung desjenigen Kreises von Personen, die nach der Art des Betriebs als die Abnehmer der Waren oder gewerblichen Leistungen in Betracht kommen. Sind dies Maschinenfabrikanten und Eisengießer, so würde bei Beurteilung der Frage, welcher Sinn und welche Vorstellung mit der Bezeichnung Modellfabrik verbunden sind, deren Durchschnittsanschauung zu entscheiden haben. Wäre daher nach dieser die in Rede stehende Bezeichnung der hergebrachte Name für solche Werkstätten überhaupt, d. h. gleichviel, wie sie betrieben werden, ob handwerks- oder fabriksmäßig, ob in den Formen des Klein- oder des Großbetriebs, so würde ihr Gebrauch im Sinne des Wettbewerbsgesetzes keine unwahre Angabe in sich schließen. Die etwaige rein denkbare (abstrakte) Möglichkeit, daß sich vereinzelte Abnehmer täuschen könnten, ist danach jedenfalls belanglos, zumal, wenn hierbei weiter vorausgesetzt werden müßte, die Täuschung beruhe darauf, daß diese Abnehmer der Durchschnittsauffassung ihren Berufsgenossen zuwider mit dem gegebenen Namen „Modellfabrik“ aus Unachtsamkeit oder absichtlich eine andere Vorstellung verbinden als sie.

b) OLG. **23** 387, MschutzuWettbew. **11** 56 (Breslau). Bezeichnung „Möbelfabrikationsgeschäft“. Zum Begriffe der Fabrikation in der Möbelbranche gehört nicht die Anwendung von Maschinen. Vorliegend ist nach Lage der Umstände die Bezeichnung als Möbelfabrikationsgeschäfts berechtigt.

c) SächsOLG. **32** 359 (Dresden). Ankündigung eines Hutfabriklagers seitens eines Kaufmanns, der die Hüte aus einer bestimmten Fabrik bezieht, als unlauterer Wettbewerb.

d) **RG.** (Strafs.) BayRpflZ. **11** 313. Die Ankündigung: „eigene Reparatur-Werkstatt“ als unlauterer Wettbewerb, wenn eine solche Werkstatt nicht besteht. Es ist dabei zu berücksichtigen, ob das Publikum der Ankündigung die Bedeutung beilegt, daß es die gewünschten Ausbesserungen in einer eigenen Reparaturwerkstätte billiger erhält, als wenn der Verkäufer die Ausbesserungen nur vermittelt oder als wenn es genötigt wäre, selbst einen Handwerker unmittelbar zu beauftragen.

14. OLG. **23** 390 (KG.). Die Angabe über das Gründungsjahr eines Geschäfts ist eine Angabe „über geschäftliche Verhältnisse“. Die Lebensdauer eines Geschäfts bemißt sich nicht nur nach der Dauer der Wirksamkeit des zeitigen Inhabers, sondern auch die Tätigkeit früherer Geschäftsinhaber ist anrechnungsfähig, sofern nur unter Berücksichtigung der Fortentwickelung aus kleinen Anfängen zum Großbetrieb Identität des Geschäfts vorliegt. Daß dabei die Firma unverändert geblieben ist, ist nicht notwendig.

15. R. **11** Nr. 408 (Hamburg). Hat der frühere Geschäftsführer in einem Wollwarengeschäfte sich selbständig gemacht und ein eigenes Wollwarengeschäft in der Nähe des bisherigen gegründet, so kann in der Bezeichnung: „Inhaber des Geschäfts X., früher Geschäftsführer der Firma A.“, ein Verstoß gegen § 1 UnlWG. (aF.) liegen.

16. OLG. **23** 387 (KG.). Die Ankündigung der Firma A. „A. Pianos sind nur echt, wenn direkt aus meiner Fabrik bezogen“ ist unrichtig, und verstößt gegen

UnlWG., wenn sie auch von anderen Fabrikanten angefertigte Pianos verkauft; diese sind keine echten „A. Pianos". Nur wenn die Firma A. durch von ihr abhängige Personen auch außerhalb ihrer Fabrik Pianos herstellen würde, könnte sie diese als in ihrer Fabrik hergestellte Pianos benennen (JW. **99** 239, **01** 657, **05** 58).

17. **RG.** UnlW. **10** 158. Die Behauptung, das eigene Fabrikat habe die Vorzüge und Eigenschaften fremden Fabrikats, ist keine unrichtige Angabe im Sinne des § 1 (aF.).

18. EisenbE. **27** 142 (Kiel). Ein Spediteur, welcher nicht von der Bahn zur An- und Abfuhr der Güter bestellt ist, verstößt gegen § 3 (früher § 1), wenn er sein Geschäft als Bahnspedition bezeichnet. Zu dieser Entscheidung vgl. Fuld, ebend. 233, der der Entscheidung zustimmt.

19. SächsOLG. **32** 357 (Dresden). Unlauterer Wettbewerb durch Verwertung von Anerkennungsschreiben, die an den Beklagten nicht für seine Person gerichtet waren, zur Reklame für den Beklagten. Das gleichartige Verfahren seitens des Klägers schließt sein Klagerecht nicht aus.

20. OLG. **23** 388 (Braunschweig). Verstoß gegen § 3 durch Ankündigung von „Original T.sche Grudeöfen" nach Lage der Sache verneint.

21. MschutzuWettbew. **10** 165 (Breslau). Die Behauptung: „Malzkaffee hat einen reinen, kräftigen Kaffeegeschmack", Malzkaffee „schmeckt wirklich wie Kaffee" ist tatsächlicher Art.

22. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **10** 389. Ankündigung von Zuckerhonig als echter Bienenhonig, verstößt gegen §§ 3 u. 4.

23. OLG. **23** 390 (München). Die Bezeichnung „reiner Traubenwein" und „echter" Traubenwein sind nicht identisch, weil der Gegensatz zu ersterem in dem Vorhandensein traubenfremden Alkohols, zu letzterem aber in der Herstellung aus Rosinen besteht.

24. Kognak (JDR. **8** Ziff. IV B 13, **9** Ziff. IV B 11).

a) MschutzuWettberw. **10** 166 (Kiel). Anschein des Angebots von französischem Kognak durch Benutzung einer französisch klingenden Firma.

b) **RG.** WarnE. **11** 130 s. oben § 826 Ziff. 15 a.

c) GewRschutz **11** 341. Über die Bezeichnung „Kognakextrakt".

25. OLG. **23** 389 (KG.). Verstoß gegen § 3, wenn ein Gewerbetreibender einen ausländischen Doktortitel führt, zu dessen Führung ihm die Genehmigung noch nicht erteilt ist.

26. Zahnärzte (JDR. **9** Ziff. IV B 12, **8** Ziff. IV B 18, **7** Ziff. IV B 18).

a) **RG.** JW. **11** 376, GewRschutz **11** 149, HansGZ. **11** Hptbl. 141, Gruchots Beitr. **55** 1106, MschutzuWettbew. **10** 384, DJZ. **11** 705. Die Bezeichnung „in Amerika approbierter Zahnarzt" verstößt gegen § 1 aF. (§ 3 nF.). Die Angabe besagt nicht die bloße Tatsache, daß Beklagte in Amerika die Zahnheilkunde erlernt, sondern daß sie dort auch eine staatliche Prüfung über ihre Ausbildung erhalten habe. Dann aber ist der Zusatz „in Amerika approbiert" nicht geeignet, die an sich mit dem Arzttitel verbundene unrichtige Vorstellung des Publikums aufzuklären, und dessen Führung bleibt eine unrichtige Behauptung im Sinne von § 1 G. (§ 3 nF.). Ebenso RG. in versch. Entsch. Beklagte mußte den Gegenbeweis führen, daß an dem Orte ihrer Niederlassung vermöge der besonderen Kenntnis des Publikums der Zusatz „in Amerika approbiert" die Täuschungsgefahr ausnahmsweise ausschließt.

b) **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **10** 194. Ärztliche und somit auch zahnärztliche Leistungen sind im Sinne des G. vom 7. Juni 1909, das in dieser Hinsicht den bestehenden Rechtszustand nicht geändert hat, gewerbliche Leistungen.

c) ElsLothJZ. **11** 561, MschutzuWettbew. **10** 391 (Colmar). Ein in Frankreich als chirurgien-dentiste diplomierter Zahnheilkundiger darf sich in öffentlichen Ankündigungen zwar nicht als approbierter Zahnarzt schlechthin, aber doch als fran-

zösischer Zahnarzt bezeichnen. Er muß aber die (zweisprachige) Bezeichnung auf seinem Geschäftsschilde so einrichten, daß Personen, welche der französischen Sprache nicht mächtig sind, nicht in den Irrtum versetzt werden, als sei er ein in Deutschland approbierter Zahnarzt. Ist das auch nur bei einem Teile des Publikums anzunehmen, so ist das Schild unzulässig.

d) **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **10** 194. Die Ankündigung schmerzloser Zahnoperationen ist als wissentlich unwahr und zur Irreführung geeignet angesehen worden. Ebenso **RG.** (Strafs.) vom 13. 12. 10 u. vom 5. 1. 11, MschutzuWettbew. **10** 216.

e) **RG.** (Strafs.) BayRpflZ. **11** 165. Unlauterer Wettbewerb durch die Anzeige „Schmerzloses Zahnziehen".

27. Zigarettenhandel (IDR. **9** § 1 Ziff. IV B 13, **8** Ziff. IV B 19, **7** Ziff. IV B 19). ElsLothIZ. **11** 289 (Colmar). Nachahmung der Verpackung französischer Zigaretten als unlauterer Wettbewerb.

28. **RG.** (Strafs.) DIZ. **11** 596, MschutzuWettbew. **10** 217. Der Angeklagte hatte in Annoncen eine Flüssigkeit als „einziges Mittel für Frauen" angezeigt, „rasch den Umfang ihrer Brust zu vergrößern und einen runden, festen und wohlentwickelten Busen zu erhalten. Garantierter Erfolg!" Diese Ankündigung verstößt gegen das UnlWG. Der Angeklagte ist nicht in unlauteren Wettbewerb mit den Herstellern und Verkäufern ähnlicher Mittel getreten. Es gibt aber Gewerbe, deren Vertreter sich, wie die Masseure, ehrlich und sachgemäß mit der Erhaltung der Körperschönheit bei Frauen, wozu auch die Verschönerung und Vergrößerung des Busens gehören kann, befassen. Gegen diese Gewerbe richtet sich der unlautere Wettbewerb des Angeklagten.

29. WürttI. **23** 274 (Stuttgart). Unlauterer Wettbewerb, begangen durch Bauwerkmeister, welche öffentlich angegeben haben, sie seien die alleinigen Urheber preisgekrönter Entwürfe für ein Schulgebäude, wenn die Entwürfe unter wesentlicher Mitwirkung anderer Architekten zustande gekommen sind. Die Angaben sind unrichtig und erwecken den Anschein eines besonders günstigen Angebots. Denn wenn das Publikum erfährt, daß ein Baumeister bei einem Preiswettbewerbe für seinen Entwurf einen Preis davongetragen hat, so erblickt es darin auf Grund der selbstverständlichen Annahme, daß der Bewerber den Entwurf ohne wesentliche fremde Beihilfe ausgearbeitet habe, einen Beweis für die besondere Tüchtigkeit des betreffenden Gewerbetreibenden und erwartet von ihm im Bedarfsfalle besonders gut bedient zu werden.

30. WürttI. **23** 277 (Stuttgart). Unlauterer Wettbewerb durch die unwahre Ankündigung, ein dem Verkauf ausgesetzter Gegenstand genieße Musterschutz.

31. LeipzZ. **11** 318 (Dresden). Unlauterer Wettbewerb einer Genossenschaft mbH. durch das öffentliche Erbieten, auch an Nichtmitglieder Darlehen zu gewähren. Dieses Verhalten verstößt gegen § 8 GenG. Die gesetzeswidrige Bereitschaft zu der gewerbsmäßigen Darlehnsgewährung an Nichtmitglieder kommt auch in den beanstandeten Ankündigungen zum Ausdrucke; denn die zur Kundengewinnung bestimmten und geeigneten, d. i. zu Zwecken des Wettbewerbes erfolgten Ankündigungen machen in ihren Anerbietungen zwischen Mitgliedern und Nichtmitgliedern keinen Unterschied, geben mithin zu erkennen, daß die betreffende Genossenschaft auch an Nichtmitglieder gewerbsmäßig Gelder ausleihen und das entgegenstehende Verbot unbeachtet lassen will. Darin liegt unter den Umständen des vorliegenden Falles eine Sittenwidrigkeit. Zwar wird eine Handlung nicht notwendig dadurch zu einer sittenwidrigen gestempelt, daß sie gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, und folgerichtig wird es auch nicht die Erklärung, eine solche Handlung begehen und das gesetzliche Verbot mißachten zu wollen; sie kann aber unter besonderen Verhältnissen dem Anstandsgefühl

aller Billig- und Gerechtdenkenden widerstreiten, und wird es jedenfalls dann, wenn sie, wie hier, öffentlich geschieht, neue Zuwiderhandlungen vorbereiten soll und die Zuwiderhandlungen aus eigensüchtigen Beweggründen (gewerbsmäßig) und zum Schaden derjenigen beabsichtigt sind, deren gleichartigem Gewerbebetrieb ein Verbot nicht entgegensteht.

III. Anschein eines besonders günstigen Angebots (JDR. **9** § 1 Ziff. V, **8** Ziff. V, **7** Ziff. V, **6** Ziff. V, **5** Ziff. V, **4** Ziff. V).

1. GoltdA. **58** 469 (Breslau, Straff.). Nach dem Sprachgebrauch ist Anschein durchaus nicht Gegensatz von Wahrheit; das ist vielmehr Unwahrheit, Unrichtigkeit. Von Anschein spricht man, wenn man nicht genau weiß, was sich dahinter verbirgt.

2. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **10** 126. Der hervorgerufene Anschein braucht kein falscher zu sein.

3. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **11** 9. Erwerben des Anscheins eines besonders günstigen Angebots durch die Bezeichnung eines Geschäfts als Spar- und Darlehnskasse.

IV. Zu den einzelnen Fällen des § 3 (vgl. zu § 1 unter Ziff. VI der früheren Jahrgänge).

1. Geschäftliche Verhältnisse s. oben Ziff. II B 14.

2. Beschaffenheitsbezeichnung.

a) **RG.** R. **11** Nr. 658. Die „Beschaffenheit" umfaßt die Gesamtheit der inneren und äußeren Eigenschaften von Waren und gewerblichen Leistungen; Angaben über Stoff, Zusammensetzung, Bestandteile usw. einer Ware sind daher Angaben über die Beschaffenheit, ebenso aber sind auch Angaben über die Brauchbarkeit einer Ware, die Wirkung eines Heilmittels als Beschaffenheitsangabe zu erachten. Wer behauptet, ein Heilmittel erziele in bestimmter Zeit bestimmte Wirkungen, behauptet damit zugleich, es sei derart beschaffen, daß er diese Wirkungen hervorbringen kann.

b) **RG.** SächsRpflA. **11** 228. Unlauterer Wettbewerb bei Veranstaltung eines Massenverkaufs durch die Ankündigung: „keine Ramschware". Unter „Ramschware" ist zu verstehen eine größere Menge eingekaufte, aus irgendwelchen Gründen minderwertige Ware. Angeklagter hat Ramschware feilgeboten. Die Ankündigung keine Ramschware betrifft die Beschaffenheit. Denn der Begriff der Beschaffenheit umfaßt die inneren und äußeren Eigenschaften einer Sache ohne Rücksicht auf deren körperliche oder unkörperliche Natur, und darüber hinaus auch tatsächliche und rechtliche Verhältnisse, welche der Güte der Ware und deren Wertschätzung im Verkehre, z. B. ihren Preis bestimmen (**RG. 61** 86, **64** 369).

3. Herkunftsbezeichnung (JDR. **9** § 1 Ziff. VI 5, **7** Ziff. VI 5, **6** Ziff. VI 5, **5** Ziff. VI, **4** Ziff. VI 5).

a) HansGZ. **11** Hptbl. 179 (Hamburg). Kein Verstoß, wenn ein nicht in Pilsen gebrautes Bier als „Pilsener Bier" bezeichnet wird, zugleich aber auf der Etikette deutlich zum Ausdrucke kommt, daß das Bier in Hamburg gebraut ist. — Anders, wenn die Bezeichnung „Pilsener Bier" für in Hamburg gebrautes, zum Exporte bestimmtes Bier verwendet wird.

b) MschutzuWettbew. **11** 92 (KG.). Die Bezeichnung „Radeberger Pilsener" verstößt gegen das Gesetz. Pilsener Bier ist Herkunftsbezeichnung.

c) **RG.** GewRschutz **11** 220. Die Bezeichnung „Pilsener Bier" hat immer noch die Bedeutung einer Herkunftsbezeichnung.

d) GewRschutz **11** 222 (Patentamt). Die Bezeichnung Pilsener Bier ist Herkunftsbezeichnung und ist nicht eine bloße Qualitätsbezeichnung geworden.

e) MschutzuWettbew. **10** 286 (LG. Hamburg). Die Bezeichnung „Pilsener Bier" für ein nicht in der Stadt Pilsen gebrautes Bier verstößt gegen das Gesetz.

f) GewRschutz **11** 37, MschutzuWettbew. **10** 130 (KG.). „Pilsener" ist Herkunftsangabe, auch in Verbindung mit einem Personennamen (Echt-Engelhardt-Pilsener). — **RG.** MschutzuWettbew. **10** 390, GewRschutz **11** 220. Zurückweisung der Revision gegen das Urteil des KG.

g) Seligsohn, DJZ. **11** 86. Wenn „Pilsener Bier" als Herkunftsbezeichnung anerkannt wird, dann darf man diese Bezeichnung für anderwärts gebrautes Bier überhaupt nicht zulassen. Verf. teilt verschiedene Urteile mit.

4. Auszeichnungen.

*Cantor, ETZ. **10** 622. Auszeichnungen (Diplome, Medaillen usw.), welche ohne vorangegangenen ernsthaften Wettbewerb erteilt werden, sind Scheinauszeichnungen, und dürfen nicht zu Reklamezwecken benutzt werden.

V. Unterlassungsanspruch (JDR. **9** § 1 Ziff. VII; 8 Ziff. VII).

1. **RG.** R. **11** Nr. 3581. Für die Frage, ob ein Unterlassungsanspruch auf Grund des § 3 UnlWG. begründet ist, kommt es bezüglich der behaupteten Zuwiderhandlung gegen diese Bestimmung auf die Zeit an, zu der die unrichtigen Angaben über geschäftliche Verhältnisse usw. gemacht worden sind. Um dem Unterlassungsantrage zu entsprechen, braucht nicht festgestellt zu werden, daß die Angaben auch noch zur Zeit des Urteils unrichtig waren. Kann eine auf Grund des Wettbewerbsgesetzes beanstandete Angabe in einem doppelten Sinne aufgefaßt werden, so kann sich der Angebende mit Erfolg nicht darauf berufen, daß er sie in dem Sinne gemeint habe, die einen Verstoß gegen das Wettbewerbsgesetz nicht enthalte.

2. BayRpflZ. **11** 142 (Bamberg). Der Unterlassungsanspruch erfordert nicht einen fortdauernden rechtswidrigen Zustand, für seine Begründung genügt in der Regel ein einmaliger Verstoß. Er wird nicht schon dadurch beseitigt, daß der Beklagte im Prozeß erklärt, er wolle seine unlautere Geschäftsanpreisung einstellen, auch nicht dadurch, daß er sie tatsächlich einstellt. Die Beeinträchtigten haben ein Recht darauf, daß ihr Anspruch auf Unterlassung durch Urteil festgestellt werde. Dieses Recht könnte nur durch den Nachweis beseitigt werden, daß jede Gefahr einer künftigen Wiederholung dauernd ausgeschlossen ist.

3. **RG.** GewRschutz **11** 146. Die Wiederholungsgefahr vermag für sich allein nicht einen Unterlassungsanspruch auszulösen. Dieser hat die vorausgegangene Verletzung eines geschützten Rechtsguts zur Voraussetzung; in ihr muß zwar zugleich die Wiederholungsgefahr zur Erscheinung kommen, um einen Anspruch auf Unterlassung der Wiederholung zu rechtfertigen, die bloße Gefahr zukünftiger Verletzung bildet aber noch keinen ausreichenden Tatbestand für den Unterlassungsanspruch. Die bereits begangene Verletzung ist vielmehr dessen wesentlicher Bestandteil.

4. **RG.** LeipzZ. **11** 702, GewRschutz **11** 276, 341. Ob eine Wiederholungsgefahr besteht oder nicht, ist objektiv festzustellen; es kommt hierbei nicht auf die Aufstellung der Kläger an. In der Regel bringt nun eine unlautere Wettbewerbshandlung schon ihrer Natur nach die Gefahr der Wiederholung, weil sie eben als Wettbewerbshandlung das Ziel verfolgt, auf das Publikum einzuwirken, um dadurch die Erwerbstätigkeit des Gegners zu beeinträchtigen, und dieses Ziel am besten durch wiederholte Einwirkung zu erreichen ist. Deshalb bedarf es bei diesen die Wiederholungsgefahr bereits durch sich selbst zur Erscheinung bringenden eigenartigen Handlungen nicht einer besonderen Feststellung der Gefahr, und es ist vielmehr Sache der Beklagten, Umstände darzulegen, aus denen erhellt, daß sie ausnahmsweise völlig ausgeschlossen sei.

5. MschutzuWettbew. **10** 194 (Dresden). Durch die Erklärung des Beklagten im Rechtsstreit, er wolle die beanstandeten Äußerungen künftig unterlassen, beseitigt er nicht die Besorgnis der Wiederholung. Das Recht des Klägers auf urteilsmäßige Feststellung des Unterlassungsanspruchs könnte höchstenfalls durch den Nachweis beseitigt werden, daß bereits längere Zeit vor der Klagerhebung jede Gefahr der

Wiederholung des dem Beklagten zur Last gelegten Verhaltens dauernd ausgeschlossen war.

6. OLG. **23** 391 (Düsseldorf). Der Nachweis, daß eine Wiederholung der Anzeige zu besorgen sei, gehört nicht zur Klagebegründung. Die Möglichkeit einer Wiederholung ist nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil die Beklagten die Ankündigung, die aus einem zwar kurz dauernden aber regelmäßig wiederkehrenden Anlaß erfolgt war, bereits vor Jahresfrist eingestellt hat.

7. **RG.** MschutzuWettbew. **10** 391. Abweisung einer Unterlassungsklage, weil die Besorgnis einer Wiederholung nicht bestand. RG. nimmt an, daß der Unterlassungsanspruch aus §§ 1 und 8 G. von 1896 eine Fortsetzung oder Wiederholung des zum Gegenstande der Klage gemachten Tuns erfordere.

8. ZVersWes. **11** 49 (LG. I Berlin). Auch ein Einzelfall ist sehr wohl geeignet, dem Kläger den Anspruch auf Unterlassung zu gewähren.

VI. SächsOLG. **32** 356 (Dresden). Zur Aktivlegitimation reicht schon das Stadium der Vorbereitung des gleichartigen Betriebs aus.

§ 4. 1. **RG.** (Strafs.) GoltdA. **58** 439. Die Strafbestimmung bezweckt nicht den Schutz der Käufer gegen betrügerische Übervorteilung beim Kaufe der Waren, sondern den Schutz der Konkurrenten des Täters gegen den ihnen durch unlautere Reklame drohenden Nachteil im Betrieb ihres Handelsgewerbes. Die Absicht des Täters, die Käufer beim Verkaufe der mit falschen Angaben angepriesenen Waren über deren Eigenschaft zu täuschen, wird daher zum Tatbestande nicht erfordert.

2. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **10** 191. Die Absicht des Täters, die infolge der Bekanntmachung sich als Käufer meldenden Personen auch bei dem *Verkaufe* der mit falschen Angaben angepriesenen Waren über deren Eigenschaften oder Preise zu täuschen, wird zum Tatbestande des § 4 nicht erfordert. Dieser bezweckt nicht den Schutz der *Käufer* gegen betrügerische Übervorteilung beim Bezuge von Waren, sondern den Schutz der Konkurrenz des Täters gegen die Anlockung des Publikums durch unlautere Reklame.

3. **RG.** R. **11** Nr. 2029. Der Angeklagte hat in der Ankündigung seines Ausverkaufs von Schuhwaren unwahrerweise behauptet, daß er eine eigene Reparaturwerkstatt habe. Die Strafkammer hat die Absicht, unter Irreführung des Publikums den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, verneint, weil das Interesse des Käufers dadurch „gewahrt werde“, daß er Sicherheit habe, die in dem Geschäfte gekauften Schuhwaren auch wieder durch Vermittelung dieses Geschäfts reparieren zu lassen, und es „könne“ ihm gleichgültig sein, ob der Verkäufer diese Reparaturen durch festangestellte Arbeiter oder durch freie Handwerker ausführen lasse. Allein es kommt darauf an, welches Interesse nach den im Publikum herrschenden Vorstellungen der Durchschnittskäufer an dem Bestehen einer eigenen Reparaturwerkstatt seines Verkäufers zu haben vermeint.

4. **RG.** (Strafs.) **44** 258. Die Vorschriften in §§ 1—4 UnlWG. vom 7. Juni 1909 kennen den Begriff der Fabrik nicht als gesetzliches Tatbestandsmerkmal und lassen ihn daher als solchen gänzlich unberührt. Insofern kann mit Recht behauptet werden, daß es einen Rechtsbegriff der Fabrik im Sinne dieser Gesetzesbestimmung überhaupt nicht gibt. Der Begriff führt sein Dasein außerhalb des Gesetzes in den Anschauungen des wirtschaftlichen Verkehrs, dem er angehört. In dieser Hinsicht läßt sich höchstens sagen, er werde vom Gesetz eintretendenfalls als gegeben vorausgesetzt. Als solcher erscheint er auch einer Bestimmung seines Inhalts nach allgemeinen Merkmalen zugänglich. Es ist daher rechtlich nicht ausgeschlossen, daß ein Tatrichter seine Auffassung von der insoweit herrschenden Verkehrsanschauung auch an der Hand ergangener richterlicher Entscheidungen, also unter dem mitbestimmenden Einflusse der Rechtsprechung, bildet. Ein hiervon abweichender Standpunkt ist in der früheren Rechtsprechung des RG. nicht eingenommen. Deshalb ist es rechtlich

nicht zu beanstanden, daß die Strafkammer in der aus dem Urteil ersichtlichen Weise, insbesondere unter Hervorhebung der von ihr für erheblich erachteten Begriffsmerkmale, darzulegen sucht, worin nach der allgemeinen Verkehrsanschauung das Wesen einer Fabrik besteht, und daß sie schließlich zu der Annahme gelangt, ein lediglich handwerksmäßiger Betrieb bilde danach jedenfalls den Gegensatz zu einem Fabrikbetriebe, werde also von dem Begriffe Fabrik nicht mitumfaßt. Fragen läßt sich nur, ob die Strafkammer etwa zu eng begrenzt hat, wenn sie bei dessen Bestimmung lediglich den Gegensatz zum Handwerk in Betracht zog. Denn nach der allgemeinen Verkehrsanschauung können „Fabrik", „Fabrikbetrieb" usw. auch den Gegensatz zum Handel — Groß- und Zwischenhandel — bezeichnen, wie ebenfalls in der Rechtsprechung wiederholt anerkannt worden ist. — Der Begriff einer Fabrik, wie er sich aus der allgemeinen Verkehrsanschauung ergibt, ist gegenüber § 4 aaO. nicht ohne weiteres und allein entscheidend. Es kommt vielmehr zunächst darauf an, ob die ihm entsprechende Bezeichnung unter den Verhältnissen des gegebenen Einzelfalls bei Zugrundelegung der Durchschnittsauffassung desjenigen Personenkreises, dem gegenüber als dem Abnehmerkreise die Angebote des geschäftlichen Unternehmens überhaupt nur in Frage kommen, zu einer Unwahrheit der gemachten Angabe führt. Erst danach entsteht Raum für die Frage, ob die Angabe zur Irreführung geeignet ist und ob sie in der Absicht gemacht wurde, den Schein eines besonders günstigen Angeb ts hervorzurufen. Nur das ist nicht erforderlich, daß der ganze danach maßgebende Personenkreis in allen seinen möglichen Gruppen mit Bezug auf die Beurteilung des Sachverhältnisses, d. h. der Angabe, übereinstimmen müsse. Es kann vielmehr schon genügen, wenn sich die nach dem Ausgeführten wesentlichen Feststellungen auch nur in Rücksicht auf einen irgendwie abgrenzbaren Teil dieses ganzen Personenkreises unter Zugrundelegung seiner Durchschnittsauffassung treffen lassen.

5. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **11** 9. Zur Beschaffenheit einer Arznei gehört auch deren heilende oder krankheitslindernde Eigenschaft. Unwahre, zur Irreführung geeignete Angaben über die Beschaffenheit durch Namengebung (Syphilistropfen).

6. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **11** 7. Verstoß gegen § 4 durch die Anzeige eines Verkaufs als Gelegenheitskauf, als Privatverkauf, als ein Verkauf, der „unter dem Preise" oder „Umstände halber" vorgenommen werde, während es sich um einen gewerbsmäßigen Verkauf handelt. — Vgl. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **11** 88.

7. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **10** 279. Dulden eines irreführende Angaben enthaltenden Reklameschildes als vorsätzliches Handeln. Eines besonderen Ausspruchs in der Richtung, Angeklagter sei sich des öffentlichen Charakters der Ankündigungen, die er mittels Reklameschilds dem Publikum gegenüber bewirkte, bewußt gewesen, bedurfte es nicht.

8. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **10** 253. Verstoß gegen § 4, wenn jemand, der Fahrradhändler ist, in Zeitungen, Ankündigungen erläßt, die den Anschein erwecken, als verkaufe ein Privatmann Umstände halber Fahrräder.

9. **RG.** (Straff.) GewRschutz **11** 340. Über die subsidiäre Natur einer Polizeiverordnung über Ankündigungen gegenüber dem § 4 UnlWG.

10. **RG.** (Straff.) GewRschutz **11** 124. Benutzung nicht eingetragener Wortzeichen als unlauterer Wettbewerb; unwahre Angaben über die Bezugsquelle, wenn der Anschein erweckt wird, die Waren stammten aus dem Betriebe des Nebenklägers.

11. **RG.** (Straff.) JW. **11** 513. Unbestimmtheit des Strafantrags. Es ist gleichgültig, ob der Antragsteller auch die Einzelheiten kannte, in denen die Strafbarkeit hervortrat (**RG.** [Straff.] **38** 434), es genügt vielmehr, daß er, wie erkennbar, die Abstellung und Verfolgung aller anläßlich des Ausverkaufs begangenen strafbaren Handlungen wollte. Ergibt sich dieser Wille des Antrag-

stellers auf dem Wege der Auslegung seiner im Anschluß an die polizeiliche Meldung erfolgten Erklärung, so kommt es nicht weiter darauf an, ob im übrigen die Verfehlungen gegen §§ 4 und 8 UnlWG. nicht zusammentreffen können, sondern sich gegenseitig ausschließen, und ob infolgedessen notwendig in beiden Fällen je eine andere Tat in Frage steht. Die eine wie die andere wird vielmehr gleichmäßig von dem gestellten Strafantrage getroffen.

§ 6. MSchutzuWettbew. **10** 316 (LG. Bielefeld). Die Ankündigung des Verkaufes des Lagers einer in Konkurs geratenen Firma seitens des Käufers dieses Lagers kann einen Verstoß gegen § 6 enthalten. Daß das Wort „Konkurs" in der Ankündigung vorkommt, ist nicht erforderlich.

§ 7. 1. v. Boenigk wendet sich gegen die Ansicht von Finger und des RG. vom 26. Mai und 16. Juni 1911, daß die Vorschrift des § 7 Abs. 1 auch im § 9 Abs. 1 Anwendung finde, d. h. die Grundangabe sei auch bei Nichtbenutzung des Wortes Ausverkauf vorgeschrieben. Mit einem Versehen des Gesetzgebers ist die Sache nicht ausreichend erklärt. Mancherlei spricht dafür, daß die Freistellung jener — im § 9 Abs. 1 genannten — Warenverkäufe von der Grundangabe durchaus gewollt sei.

2. **RG.** (Straff.) GoltdA. **58** 445. Die Angabe des Grundes für den Ausverkauf muß in der Ankündigung selbst enthalten sein, und zwar für das mit den besonderen Verhältnissen des Geschäfts unbekannte Publikum unzweideutig erkennbar.

3. SeuffA. **66** 270 (Naumburg). Unlauterer Wettbewerb durch öffentliche Ankündigung billigen Verkaufs von Restbeständen ohne Angabe des Grundes des Ausverkaufs. Die Ankündigung, die einen stichhaltigen Grund für die Veranstaltung des Ausverkaufs nicht erkennen läßt, ist nach § 7 Abs. 1 unzulässig, ohne Rücksicht darauf, ob ein solcher Grund für die Beklagte vorlag oder nicht. Auf Grund dieses Verstoßes ist der Anspruch auf Unterlassung gegeben.

4. Rosenthal, GewRSchutz **11** 23. Nach § 7 Abs. 2 hat die Verwaltungsbehörde nur für bestimmte Arten das Verordnungsrecht. In der Verordnung müssen daher die bestimmten Arten der besonders zu behandelnden Ausverkäufe einzeln und präzise aufgeführt werden. Keineswegs dürfen alle Ausverkäufe den erschwerenden Bedingungen des § 7 Abs. 2 unterworfen werden. Werden „alle" Ausverkäufe in einer Verordnung getroffen, so ist die Verordnung ungültig. — Vgl. Rosenthal, MSchutzuWettbew. **10** 310.

5. OLG. **23** 391 (Düsseldorf). Beklagter hatte angekündigt: „S.s allseitig bekannter Kehraus hat begonnen. Sämtliche Waren werden zur Hälfte des regulär ausgezeichneten Preises verkauft." Hierin liegt nicht, wie Beklagter meint, die Ankündigung eines Saisonausverkaufs oder der Hinweis auf einen solchen. Ein Saisonausverkauf muß ausdrücklich als solcher bezeichnet werden. Vorliegend hätte Beklagter den Grund des Ausverkaufs angeben müssen. Aus § 9 Abs. 1 ist nicht herzuleiten, daß die Angabe dieses Grundes nur dann notwendig sei, wenn in der Anzeige gerade der Ausdruck „Ausverkauf" gebraucht würde. Für die Ankündigung des § 7 Abs. 1 genügt es, wenn die Ankündigung auch nur mit umschreibenden oder verschleierten Wendungen auf einen Warenverkauf zur Auflösung des Geschäfts oder eines Teiles hiervon, zur Aufgabe einer Warengattung oder zur Räumung eines bestimmten Warenvorrats hinweist. Dies geschieht in der Ankündigung eines „Kehraus".

6. Jacubowsky. Die Ankündigung eines künftigen Ereignisses als Grund des Ausverkaufs ist zulässig, wenn der Eintritt lediglich vom Willen des Veranstalters abhängt, so daß eine Vereitelung des Eintritts nur durch außerhalb des Willensbereichs des Veranstalters liegende Vorgänge möglich erscheint. Erfordert ist, daß der Veranstalter den ernsthaften Willen, das angekündigte Ereignis zu bewirken, gehabt hat.

7. **RG.** BayRpflZ. **11** 407, GewRschutz **11** 245. Die höhere Verwaltungsbehörde kann nach der ihr im § 7 Abs. 2 UnlWG. erteilten gesetzlichen Ermächtigung die dort vorgesehenen Anordnungen immer nur für „bestimmte Arten von Ausverkäufen" treffen. Aus dem Kreise dieser Arten von Ausverkäufen sind nach § 9 Abs. 1 daselbst die Inventur- und Saisonverkäufe schon kraft Gesetzes ausgeschieden. Diese kommen also als Arten von Ausverkäufen, auf die sich eine Verordnung im Sinne von § 7 Abs. 2 beziehen könnte, nicht in Betracht. Eine Verordnung, welche die Anordnungen, lediglich unter Ausschließung dieser sog. Inventur- und Saisonausverkäufe, unterschiedslos für alle Warenverkäufe trifft, die unter der Bezeichnung eines Ausverkaufs oder einer nach § 9 Abs. 1 G. gleichartigen angekündigt werden, hält sich daher nicht in den Grenzen der gesetzlichen Ermächtigung. Nach dieser wäre es vielmehr geboten gewesen, daß die Ausverkäufe, die im Sinne von § 7 Abs. 2 zum Gegenstande der Regelung gemacht werden sollten, in der Verordnung der Art nach bezeichnet, d. h. die einzelnen verschiedenen Arten, für die die Verordnung zu gelten hat, in dieser als solche bestimmt wurden. Es würde mithin auch nicht genügen, wenn angeordnet würde, daß die Ausverkäufe in dem ganzen Verwaltungsbezirk oder in einem mehr oder minder ausgedehnten Teile des Bezirkes schlechthin den Beschränkungen des § 7 Abs. 2 G. unterworfen und davon — außer den schon gesetzlich ausgeschiedenen Inventur- und Saisonausverkäufen — nur bestimmte Arten von Ausverkäufen ausgenommen sein sollten. Was unter „Arten" von Ausverkäufen zu verstehen ist, richtet sich nach Sprachgebrauch und Verkehrsanschauung. Danach umfaßt eine bestimmte „Art" von Ausverkauf den Kreis solcher Ausverkäufe, die gewisse übereinstimmende Merkmale aufweisen, sich durch diese von anderen Ausverkäufen unterscheiden und im Verhältnisse zu ihnen eine mehr oder minder große in sich geschlossene Gruppe bilden. Darüber, ob dies der Fall ist, insbesondere also, welche Merkmale in diesem Sinne wesentlich sind, entscheidet die Verkehrsanschauung. Irgendeine ein für allemal geltende Regel läßt sich insoweit nicht aufstellen. Die Einteilung der Ausverkäufe und ihre Zusammenstellung zu gewissen Gruppen wird in der Verkehrsanschauung vielmehr nach Zeit, Art und Bedürfnis durchaus verschieden sein und wechseln. Es ist deshalb insbesondere nicht angängig, den Begriff der „Art" einseitig etwa auf die „Branche" oder „die Form" oder „den Ort" des Ausverkaufs abzustellen. Als Beispiele für „Arten" von Ausverkäufen dem Begriffe nach können dienen die nur durch die besondere Bestimmung des § 9 Abs. 1 der Behandlung nach § 7 Abs. 2 daselbst entzogenen Inventur- und Saisonausverkäufe, „Konkursmassenausverkäufe" (§ 8 G.) und nach der Begr. zum Gesetzentwurfe (17) „trügerische Konkursverkäufe" und „Ausverkäufe außerhalb der ordentlichen Betriebsräume nach Art eines Warenlagers".

8. BayRpflZ. **11** 269 (BayObLG.). Es ist notwendig, daß die Anordnung nach § 7 Abs. 2 die Arten von Ausverkäufen, wegen deren Anzeige erstattet werden soll, „bestimmt", und zwar durch namentliche Aufzählung der anzeigepflichtigen Arten, nicht nur durch Hinweis auf die Arten von Ausverkäufen, die außer den im § 9 Abs. 2 G. benannten beiden Arten von der Anzeigepflicht befreit sein sollen. Diese Auffassung steht außer mit dem Sprachgebrauch auch mit der Entstehungsgeschichte des Gesetzes in vollem Einklange. Vgl. hierzu Kleinbeyer, BayRpflZ. **11** 256, Eibecker, MschutzuWettbew. **10** 236.

9. ElsLothJZ. **11** 9, LeipzZ. **11** 161, DJZ. **11** 712 (Colmar). Die Bekanntmachung eines Ausverkaufs muß nicht nur rein formell überhaupt einen Grund für den Ausverkauf angeben, sondern der angegebene Grund muß auch materiell zutreffend und ernstlich gemeint sein, anderenfalls die Unterlassung der Ankündigung gefordert werden kann. Als Grund ist nur ein solcher annehmbar, der nach der Auffassung des Verkehrs den Verkauf von Waren in der „forcierten" Form des Ausverkaufs zu rechtfertigen vermag. Ein Ausverkauf wegen Geschäftsaufgabe und

Neugründung einer GmbH. ist unzulässig, wenn der Ankündigende Geschäftsführer der neuen GmbH. geworden ist.

10. Jacubowsky, MschutzuWettbew. **10** 147, teilt den Entwurf einer Normalverordnung zur Regelung des Ausverkaufswesens mit.

§ 8. 1. **RG.** (Straff.) **44** 61, MschutzuWettbew. **10** 253. Herbeischaffen von Waren aus dem Hauptgeschäft in ein Zweiggeschäft, für das ein Ausverkauf angekündigt war, ist nicht als Nachschieben im Sinne des § 8 anzusehen. Das Hauptgeschäft in Fr. und das Zweiggeschäft in K. gehörten einem und demselben Handeltreibenden, dem Angeklagten. Haupt- und Zweiggeschäft bilden nur mehrere Handelsniederlassungen desselben Kaufmanns. Selbst wenn sie an verschiedenen Orten betrieben werden und dann nicht vielleicht schon rechtlich als Einheit, als ein Ganzes, zu behandeln sind, befindet sich die Zweigniederlassung zur Hauptniederlassung im Verhältnis eines Zubehörs, mag ihrer Verwaltung auch eine gewisse Selbständigkeit gegenüber der Hauptniederlassung eigen sein. Sie stellt sich jedenfalls nicht als selbständiger Träger von Rechten dar, sondern nur als eine der mehreren Geschäftsstellen des Kaufmanns. Das Verbringen von Waren aus einer Geschäftsstelle in eine andere desselben Gewerbebetriebs kann, auch wenn die beiden Geschäftsstellen in verschiedenen Orten liegen, als ein Herbeischaffen von Waren im Sinne des § 8 nicht angesehen werden. — Der Angeklagte war berechtigt, zu bestimmen, an welcher seiner Geschäftsstellen die einzelnen Waren zum Verkaufe zu bringen waren. Diese Bestimmung konnte er jederzeit treffen und jederzeit abändern. Die Waren gehörten, wo auch immer sie sich befanden, dem Angeklagten als dem Eigentümer des Gesamtgeschäfts und nicht als dem Inhaber einer bestimmten Geschäftsstelle, die insoweit ein gesondertes selbständiges Dasein überhaupt nicht hatte. — Nachschübe, auch in geringem Umfange, sind durch § 8 schlechthin verboten.

2. Fuld, R. **11** 579, wendet sich gegen **RG.** vom 20. September 1910, UnlW. **10** 253, die es für erlaubt ansieht, Waren aus dem Hauptgeschäft in die Filiale während der Dauer des Ausverkaufs der Filiale zu überführen. Fuld vertritt den Standpunkt, daß bei dem Ausverkaufe des Warenbestandes einer Filiale die Hinzufügung von Waren aus dem Hauptgeschäfte gegen § 8 UnlWG. verstößt. Ebenso gegen RG. Kahn, MschutzuWettbew. **10** 254.

3. GoltdA. **58** 469 (Breslau, Straff.). Verbot des Nachschiebens bei dem Ausverkauf einer Filiale.

4. **RG.** (Straff.) BayRpflZ. **11** 465, GewRschutz **11** 340. Der Veranstalter eines Ausverkaufs kann nicht mit der Behauptung gehört werden, er habe seine geschäftlichen Maßnahmen so getroffen, daß trotz des Vor- oder Nachschiebens die Ausverkaufsmasse nicht vermehrt oder vergrößert, sondern im schließlichen Ergebnisse verringert und der Ausverkauf seinem Ende näher geführt wurde: das Vor- und Nachschieben, sofern es den im § 8 hervorgehobenen Merkmalen entsprach, war und blieb verboten, auch wenn im Zusammenhange damit die sonstigen Maßnahmen des Veranstalters diesen Erfolg erzielen sollten und erzielten. Der Sinn des Gesetzes geht dahin, daß einem Ausverkaufe, möge er das ganze Geschäft oder einen Teil betreffen, in keinem Falle eine höhere Leistungsfähigkeit verliehen werden solle, als ihm nach dem Maße der zum Ausverkauf Anlaß gebenden Warenvorräte zukommt, weil eine durch Herbeischaffung anderer Warenvorräte künstlich gesteigerte Leistungsfähigkeit stärker auf die Konkurrenz nachteilig einwirken könnte als die natürliche Leistungsfähigkeit. Hiernach begründet es vom Standpunkte des § 8 aus keinen Unterschied, ob die getroffenen geschäftlichen Maßnahmen in einem Tauschgeschäft oder in einem Kreditkaufe mit Inzahlungsgabe von Waren bestanden.

5. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **10** 216. Der Angeklagte muß das Be-

wußtsein gehabt haben, daß ein Ausverkauf seiner Waren angekündigt sei. Schafft er dann neue Waren an, so verstößt er gegen § 8.

6. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **10** 126. Der angekündigte Ausverkauf kann sich nur auf einen Teil des Warenlagers beziehen. Werden dem Warenlager neue Bestände zugeführt, so muß in der Ankündigung klar erkennbar sein, der Ausverkauf beziehe sich auf diese nicht und daß sie auch den zum Ausverkaufe bestimmten Warenbeständen nicht zugeführt werden.

7. **RG.** (Strafs.) **44** 273. Der § 8 (nF.) ist auch dann anwendbar, wenn die Ankündigung eines Ausverkaufs und das Zumverkaufstellen von Waren zwar nach dem 1. Oktober 1909 erfolgte, ein Teil dieser Waren aber schon vor dem 1. Oktober 1909, also unter der Herrschaft des UnlWG. vom 27. Mai 1896 zum Zwecke des Ausverkaufs bestellt worden war und nur zu diesem Zwecke herbeigeschafft („vorgeschoben") wurde.

8. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **10** 281. Herbeischaffen zum Verkaufe liegt schon darin, daß Waren in die Regale gestellt wurden.

§ 9. 1. SächsRpflA. **11** 315 (Dresden). Beklagter hatte folgendes Inserat erlassen: „Glacé- und Stoff-Handschuhlager. Mit Aufnahme vom 27. September vorrätige 14 322 Paar Glacé- und Wildlederhandschuhe, 27 667 Paar Stoffhandschuhe bringen wir zu enorm billigen Preisen ab heute zum Verkaufe. Glacéhandschuhe Paar von 95 Pf. an, Stoffhandschuhe Paar von 15 Pf. an. . . ." Die Ankündigung erscheint als eine der Ankündigung eines Ausverkaufs gleichstehende Ankündigung im Sinne des § 9, insofern sie die Räumung eines bestimmten Warenvorrats aus dem vorhandenen Bestande bekannt gibt. OLG. führt aus, daß das kaufende Publikum die Anzeige dahin verstehen wird, daß der ermittelte große Handschuhvorrat geräumt und deshalb, bis er erschöpft ist, zu enorm billigen Preisen (im Gegensatze zu anderen angekündigten Waren zu äußerst billigen Preisen) abgegeben, das ist ein verschleierter Teilausverkauf veranstaltet werden solle.

2. **RG.** (Strafs.) **44** 61, MschutzuWettbew. **10** 253. Der vom LG. ausgesprochene Satz, daß Weihnachtsausverkäufe unter keinen Umständen den im § 9 Abs. 2 bezeichneten Verkäufen gleichzustellen seien, ist in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend. Es ist nach Lage des Falles festzustellen, daß in der Ankündigung des Ausverkaufs als eines Weihnachtsausverkaufs in einer für das Publikum erkennbaren Weise ein Saisonausverkauf angekündigt worden ist.

§ 12. 1. Meesmann, DWirtschZ. **11** 227, bespricht die Errichtung einer Geschäftsstelle zur Bekämpfung des Bestechungswesens. — Vgl. Pohle, Mschutzu. Wettbew. **10** 361.

2. Fuld, MschutzuWettbew. **10** 360. Für die Bekämpfung des Bestechungswesens ist § 1 UnlWG. erheblich wichtiger als § 12.

3. Über den Kampf gegen das Bestechungswesen und die Gründung des Vereins gegen das Bestechungsunwesen MschutzuWettbew. **10** 261.

§ 13. 1. **RG.** WarnE. **11** 457. Das Klagerecht steht dem Kläger gemäß § 13 nur dann zu, wenn sich der Beklagte einer nach § 1 zu beurteilenden Handlung schuldig gemacht und zu Zwecken des Wettbewerbes gehandelt hat. Das letztere muß angenommen werden. Denn indem der beklagte Verein bezweckte, die ihm angehörigen Mitglieder des kleineren und mittleren Gewerbestandes in ihrem Wettbewerbe gegen die Warenhausbetriebe, Konsumvereine u. dergl. zu fördern, handelte er gleichfalls zu Zwecken des Wettbewerbes. Es wird nicht erfordert, daß der Handelnde selbst im Wettbewerbe steht, es genügt, daß er in den Wettbewerb zwischen zwei Konkurrenten überhaupt unlauter fordernd oder hindernd eingreift.

2. OLG. **23** 392 (KG.). Der Deutsche Offizierverein gehört nicht zu den im § 13 bezeichneten Verbänden. Er ist zwar bestrebt, wirtschaftliche, nicht aber gewerbliche Interessen zu fördern.

3. OLG. **23** 392 (KG.). Als Beauftragte sind nur solche Personen anzusehen, die, ohne im Angestelltenverhältnisse zu stehen, kraft Auftrags oder Werkvertrags im Betriebe tätig sind.

4. SeuffA. **66** 270 (Naumburg). S. oben § 7 Ziff. 3. Klagerecht eines Schutzverbandes. Daß die Mitglieder des Schutzverbandes sämtlich oder auch nur zum Teile dem Geschäftszweig angehören, in welchem der Zuwiderhandelnde die unlauteren Wettbewerbshandlungen vorgenommen hat, ist bei Verstößen gegen das Gesetz, welche nicht bloß die Interessen eines einzelnen Gewerbezweigs, sondern allgemeine gewerbliche Interessen verletzen, nicht erforderlich. Die §§ 7 und 9 gehören, obwohl in der Aufzählung des § 13 nicht ausdrücklich genannt, doch zu den dort bezeichneten Fällen des Klagerechts der Schutzverbände.

§ 14. 1. **RG. 73** 61, R. **11** Nr. 873. Zur Anwendung des Gesetzes genügt, daß die Behauptungen über das Geschäft oder die gewerblichen Leistungen des Verletzten auch nur mittelbar etwas sagen. So wird durch die Herabsetzung der Waren eines Lieferanten auch der Generalagent verletzt, der die Waren vertreibt. Denn hier sind die Behauptungen über das Erwerbsgeschäft des Lieferanten zugleich mittelbar Behauptungen über das Erwerbsgeschäft des Generalagenten, da dieses die Beziehungen zum Lieferanten mitumfaßt.

2. ThürBl. **58** 110 (Jena). Der Inhaber oder Leiter des Erwerbsgeschäfts, der getroffen werden soll, muß in der Veröffentlichung bezeichnet oder sonst für das kaufende Publikum erkennbar gemacht sein. Allgemeine Warnung vor minderwertigen Nachahmungen erfüllt den Tatbestand des § 14 nicht.

3. **RG.** LeipzZ. **11** 703. Für die Schadensersatzpflicht nach § 6 UnlWG. von 1896 ist kein Verschulden erforderlich (JW. **01** 309).

4. **RG.** GewRschutz **11** 146. Nach § 6 aF. haben Verbände kein Klagerecht auf Unterlassung. Der Unterlassungsanspruch steht nur den einzelnen in ihrem Gewerbebetriebe beeinträchtigten Mitbewerbern als den allein Verletzten zu. Anders nach dem neuen UnlWG.

5. **RG.** GewRschutz **11** 79 über den Unterschied der Unterlassungsklage aus § 1004 BGB. und § 6 UnlWG. aF. Die Unterlassungsklage aus § 6 aF. setzt zwar nicht eine Wiederholungsgefahr voraus, jedoch ist die Klage abzuweisen, wenn der Beklagte dartut, daß keine Möglichkeit der Wiederholung der üblen Nachrede gegeben sei.

6. Behauptungen tatsächlicher Art (JDR. **9** § 6 [aF.] Ziff. 2; **8** § 6 Ziff. 2).

a) Vorwurf der Patentverletzung.

α. Eyck wendet sich gegen Isay (JDR. **9** G. vom 7. Juni 1909 § 14). Auch dann, wenn die Behauptung der Patentverletzung mit Gründen versehen ist, wird man das Vorliegen tatsächlicher unrichtiger Behauptungen annehmen müssen. Eine derartige Behauptung untersteht dem § 14 (früher § 6).

β. OLG. **23** 394 (KG.). Behauptung der Patentverletzung ist dann keine Behauptung einer Tatsache, wenn sie schlechthin ohne nähere Angaben über die Art der Verletzung aufgestellt worden ist.

b) **RG.** JW. **11** 780, LeipzZ. **11** 780, GewRschutz **11** 240, MschutzuWettbew. **11** 86, DJZ. **11** 1153. Kritik der Warenhäuser. Ob eine Äußerung die Angabe einer Tatsache darstellt oder ob sie lediglich die Abgabe einer Meinung und Beurteilung über eine solche enthält, ist im wesentlichen eine Frage der Auslegung. Soll die Äußerung eine Tatsache zum Inhalte haben, so muß sie etwas als ein der Welt der Erscheinungen nach Zeit und Raum angehöriges Geschehnis oder Gegenständliches betreffen. Die Behauptung will dann dieses kundtun und als erfolgt und vorhanden feststellen. Enthält die Äußerung dagegen die Abgabe einer Meinung und eines

Urteils über ein solches Etwas, so setzt sie dieses zwar als gegeben voraus, ihr unmittelbarer Inhalt ist aber nicht die Kundgabe seines Bestehens, sondern seiner Bewertung, die es bei dem sich Äußernden erfährt. Auf die Form der Erklärung ist bei ihrer Auslegung kein ausschlaggebendes Gewicht zu legen. Wie die Behauptung von Tatsachen, so kann nun freilich auch die Abgabe von Urteilen als Mittel zur Förderung eigener und Hinderung fremder Erwerbstätigkeit verwendet werden, wie das RG. bereits anerkannt hat (**RG.** II. 116. 04, 21. Oktober 1904). Denn das Publikum kann auch die von ihm anerkannte bloße subjektive Beurteilung durch einen Dritten als maßgebend für seine Entschließungen ansehen, wenn es dessen Urteilskraft eine zutreffende Bewertung beimißt und Zutrauen entgegenbringt. Eine Täuschung des Publikums wird aber damit selbst dann nicht herbeigeführt, wenn das Urteil unrichtig ist, denn es wird ihm darin von selbst die jeder menschlichen Beurteilung innewohnende Möglichkeit der Unrichtigkeit dieser Meinung klar zum Bewußtsein gebracht.

c) **RG.** GewRschutz **11** 146. Die Ankündigungen „Der größte Teil der auf den Markt gebrachten echten Teppiche sei höchst minderwertiges Massenfabrikat, sie würden von Händlern nur deshalb angepriesen, weil sie ihrem wahren Werte entsprechend zu den niedrigsten Preisen eingekauft und mit enormem Nutzen wieder verkauft würden", sowie „Die echten Teppiche seien direkt gesundheitsgefährlich, durch die unsauberen Herstellungsverhältnisse im Oriente könnten die Teppiche mit Ansteckungsstoffen aller Art behaftet sein" unterstehen nicht dem § 1 aF. Die Beklagte macht darin Angaben allein über die echten Teppiche ihrer Konkurrenz, um sie herabzusetzen, sagt aber über Beschaffenheit und Herstellungsart ihrer eigenen Teppiche nichts aus. Die Angabe ist daher nach § 6 und nicht nach § 1 G. zu beurteilen. Allerdings kann ein und dieselbe Äußerung möglicherweise zugleich eine Herabsetzung der fremden gewerblichen Leistung und eine Anpreisung der eigenen gewerblichen Leistung enthalten und dann beiden Gesetzesvorschriften unterfallen. Der Umstand aber, daß die Herabsetzung der fremden gewerblichen Leistung den eigenen Gewerbebetrieb fördert, reicht zu dieser Annahme allein noch nicht aus; denn das ist eine Folge des Wettbewerbes überhaupt, in dem das Zurückdrängen des einen Mitbewerbers notwendig zugleich einen Vorsprung vor dem anderen bedeutet. Würde das Publikum in den Angaben über die echten Teppiche mittelbar zugleich eine Angabe über die eigenen Teppiche erblicken, so würde eine solche mittelbare Angabe des § 1 aF. unterstehen, sofern dessen übrige Voraussetzungen gegeben wären.

d) R. **11** Nr. 3373 (Hamburg). Es erscheint in hohem Maße zweifelhaft, ob die Äußerung des Beklagten, daß seitens der Konkurrenz eine absolut minderwertige Ware hergestellt werde, nicht lediglich seine Ansicht, sein Urteil über die von der Konkurrenz hergestellten Waren enthält, und ob diese Äußerung deshalb überhaupt gegen den § 14 verstößt. Aber selbst wenn dies der Fall sein sollte, ist doch nicht die Klägerin der Verletzte. Die schädigenden Behauptungen müssen nach dem Gesetz über das Erwerbsgeschäft eines anderen gemacht sein; dieser andere ist der Verletzte, er allein ist berechtigt, Ansprüche aus § 14 zu erheben. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Zu dem Ende ist, wenn auch nicht die namentliche Bezeichnung des anderen, so doch eine derartige Bezeichnung erforderlich, daß unzweifelhaft erkennbar ist, auf wessen Geschäft sich die Behauptung beziehen soll. An einer solchen Bezeichnung fehlt es aber in dem Zirkulare des Beklagten ganz und gar. Nur im allgemeinen ist von der Konkurrenz die Rede; daß sämtliche Konkurrenzgeschäfte gemeint sind, ob und welche einzelne derselben, insbesondere ob auch das der Klägerin, ist nicht zum Ausdrucke gebracht.

e) OLG. **23** 393, HansGZ. **11** Hptbl. 40 (Hamburg). In der Mitteilung an einen Agenten, er würde sich durch den Weiterverkauf der von ihm zum Vertrieb

übernommenen Ware strafbar machen, es werde gegebenenfalls auch gegen ihn Strafantrag gestellt werden, kann nicht die Aufstellung der tatsächlichen Behauptung erblickt werden, daß die betreffende Ware nicht verkauft werden dürfe.

f) **RG. 75** 61, R. **11** Nr. 874. Auch eine zunächst wahre Behauptung kann, indem man sie aufbauscht und in ihrer Bedeutung und Wirkung übertreibt, zu einer inhaltlich unwahren werden.

g) SächsRpflA. **11** 110 (LG. Leipzig, Strafs.). Die Äußerung des Beschuldigten, „er könne nicht begreifen, wie die Arbeiter bei . . . solche Jauche saufen könnten", ist keine Behauptung einer Tatsache. Es handelt sich nur um eine abfällige Kritik allgemeiner Natur, um den rein subjektiven Ausdruck persönlichen Empfindens über das von der Klägerin erzeugte Bier.

h) **RG.** WarnE. **11** 350, MschutzuWettbew. **11** 49. Die Ausdrücke „Schwindler" und „Schwindel" sind Behauptungen tatsächlicher Art.

i) **RG.** LeipzZ. **11** 702. Behauptung der Beklagten, daß ihr ein Ausstattungsanspruch gemäß § 15 WarenZG. zustehe, als Behauptung tatsächlicher Art.

k) **RG.** WarnE. **11** 383. Verstoß gegen § 6 (aF.) dadurch, daß eine Firma, die sich „Deutsche Benediktiner-Likör-Fabrik F. u. Co." nennt, einen von ihr hergestellten Likör „Pontifex" verkauft, ohne Aufklärung, daß dieser kein Benediktiner sei.

l) ZVersWes. **11** 49 (LG. I Berlin). Unlauterer Wettbewerb eines Generalagenten einer Versicherungsgesellschaft, begangen dadurch, daß er an jemand einen Brief schrieb, sich nicht bei der klagenden Versicherungsgesellschaft, sondern bei dem durch ihn vertretenen Verein versichern zu lassen.

m) **RG.** MschutzuWettbew. **11** 82. Behauptungen tatsächlicher Art im Sinne des § 6 aF.

7. Abs. 2.

a) **RG.** R. **11** Nr. 876. Abs. 2 trifft zu, wenn ein Verband von Rabattsparvereinen über den angeblichen Massenaustritt von Konsumvereinsmitgliedern berichtet.

b) R. **11** Nr. 1415 (Stuttgart). Bei objektiver Unwahrheit der im § 6 Abs. 1 erwähnten Behauptungen entfällt jedenfalls ein berechtigtes Interesse des Empfängers der Mitteilung. Ein berechtigtes Interesse des Behauptenden bzw. der von ihm vertretenen Firma bezüglich der objektiv unwahren (gutgläubigen) Mitteilung könnte nur bejaht werden, wenn die Äußerung zur Abwehr eines Angriffs erforderlich gewesen wäre oder zur Aufklärung des Empfängers der Mitteilung über die Leistungsfähigkeit der Firma und der Güte und Preiswürdigkeit ihrer Erzeugnisse. Der Zweck des Wettbewerbes allein genügt nicht.

c) **RG. 75** 61, R. **11** Nr. 875. Unter Abs. 2 fallen nicht Äußerungen, welche lediglich zur Abwehr im Konkurrenzkampfe dienen, sondern lediglich solche, welche den Schutz außerhalb des Wettkampfes liegender rechtlicher Interessen bezwecken.

8. OLG. **23** 394 (Düsseldorf). Über den Umfang der Glaubhaftmachung im Falle einer nach § 14 beantragten einstweiligen Verfügung.

§ 15. 1. **RG.** (Strafs.) FrankfRundsch. **45** 18, MschutzuWettbew. **10** 349. Nach § 15 kommt es darauf an, ob die behauptete Tatsache geeignet ist, den Geschäftsbetrieb des anderen zu schädigen und darauf, daß die Tatsache auch geeignet ist, das Erwerbsgeschäft in den Augen der Kundschaft herabzusetzen. Unterschied zwischen § 15 und § 187 StGB. § 187 fordert allerdings auch nicht bezüglich der Kredit gefährdenden Tatsachen deren herabsetzende Eigenschaft. Die beiden Vorschriften unterscheiden sich aber auch nicht nur dadurch, daß im Falle des § 187 der Kredit gefährdet, in dem des § 15 der Geschäftsbetrieb des anderen geschädigt werden muß, sondern auch durch die Strafbestimmung. Fällt eine Tat unter beide Gesetzesbestimmungen, so ist nach dem spezielleren § 15 eine nach § 187 unzulässige Geldstrafe bis 5000 M. neben oder statt der allerdings erheblich milder bemessenen Freiheitsstrafe angedroht. — Welcher Wettbewerb als unlauter strafbar

ist, wird durch das Gesetz, nicht aber durch die Regeln des Verkehrs bestimmt. Es bedarf daher nicht der Erörterung, ob die geflissentliche Abspenstigmachung eines Kunden im Verkehr als erlaubt gilt.

2. **RG.** SeuffBl. **11** 132 = JDR. **9** UnlWG. vom 27. Mai 1896 § 7 Ziff. 1.

§ 16. 1. *Cantor, ETZ. **11** 644. Benutzung eigener Firmenschilder seitens Handels- und Installationsfirmen an Fabrikaten fremder Provenienz vgl. bei Unl. WG. § 3.

2. *Cantor, ETZ. **11** 197 vgl. LitUrhG. § 13.

3. Finger, R. **11** 359 ff., Warenzeichenschutz und Namen- oder Firmenwechsel. Warenzeichen kann auf bürgerlichem Namen (nicht Pseudonym oder Geschäftsbezeichnung, § 16 UnlWG.) oder kaufmännische Firma eingetragen sein. Name oder Firma ergeben die Zugehörigkeit zum Geschäftsbetriebe. Trotz Personenwechsels bleibt bei Fortführung des Geschäftsbetriebs unter unverändertem Namen oder unveränderter Firma das Warenzeichen diesen; also keine Umschreibung (dingliche Lizenz an Name oder Firma, §§ 20 ff. HGB.). Im übrigen tritt bei Übergang des Geschäftsbetriebs Wechsel in Name oder Firma ein (§ 7 WarenZG.): Übertragung des Warenzeichens ohne Geschäftsbetrieb ist nichtig, Mitübertragung zu vermuten. Bei Loslösung des Warenzeichens von Geschäftsbetrieb, Name oder Firma ohne Übergang und Umschreibung wird das Warenzeichen auf Antrag des Inhabers oder Dritter gelöscht (§§ 8, 9 WarenZG.).

4. OLG. **23** 395 (Hamburg) = JDR. **9** § 16 Ziff. 1 (S. 993).

5. Aktivlegitimation.

a) OLG. **23** 398 (Braunschweig). Die Ausdrucksweise des Gesetzes: „wer ... benutzt" ist so allgemein, daß keineswegs nur der Eigentümer oder Inhaber eines Konkurrenzunternehmens betroffen wird. Als Täter kommt vielmehr nur der in Betracht, der den Wettbewerb begeht. Daß jemand auch für den Wettbewerb eines anderen tätig werden kann, ist unzweifelhaft. Deshalb ist es für die Frage der Haftbarkeit aus dem Gesetz auch gleichgültig, ob die verbotene Reklame oder sonstige Verletzung des Gesetzes in fremdem oder eigenem Namen, in fremdem oder eigenem Interesse erfolgt ist. Die Benennung eines Hotels durch eine Hotelgesellschaft für ihren Pächter macht die Gesellschaft haftbar (s. unten Ziff. 12 f.).

b) OLG. **23** 402 (Königsberg). Die Liquidation oder die Veräußerung des Geschäfts und die Einstellung des Betriebs bewirken nicht, daß die Firma ihres Firmenrechts verlustig geht. Sie kann daher gemäß § 16 klagen.

6. a) **RG.** GewRschutz **11** 34, ZIndR. **6** 131. Warenzeichenrecht und Firmenrecht. Der Umstand, daß eine Firma zum Bestandteil eines Warenzeichens gemacht wird, hat nicht zur Folge, daß die gesetzlichen Vorschriften, die den Gebrauch einer Firma regeln, vor denen zurückzutreten haben, die sich mit dem Gebrauch eines Warenzeichens befassen. Beide bestehen unabhängig nebeneinander, und sofern der Gebrauch der Firma nach jenen Vorschriften verboten ist, wird er nicht zulässig, weil das aus der Firma gebildete Warenzeichen benutzt werden darf. Das Warenzeichenrecht greift nicht in die Regelung des Firmenrechts über, und wenn es zuläßt, aus einer Firma ein Warenzeichen zu bilden, so setzt es eben den rechtlich gestatteten Gebrauch dieser Firma voraus. Verstößt der Gebrauch der Firma, wo er in der Verwendung des aus ihr gebildeten Warenzeichens erfolgt, gegen eine gesetzliche Vorschrift, so wird er durch die warenzeichenrechtliche Zulässigkeit nicht rechtmäßig. Liegt in der Benutzungsweise ein Verstoß gegen § 8 UnlWG. aF., so genügt auch ein Gebrauch in abgekürzter Gestalt, durch Verwendung eines Schlagworts wie „Mercier".

b) **RG.** GewRschutz **11** 29, JW. **11** 111. Verstößt die Benutzung eines Warenzeichens — Natura Milch — gegen § 826 oder gegen das UnlWG., so kommt die Gestattung der Benutzung nach § 13 WarenZG. nicht in Betracht.

7. Finger, Unlauterer Wettbewerb durch Mißbrauch der Bezeichnung Bankgeschäft, BankA. **10** 279 ff. Bankiergeschäft ist ein kaufmännisches selbständiges Unternehmen mit Selbstzweck, das auf der Grundlage bankgeschäftskundiger Leitung und angemessener finanzieller Mittel eine ständige gewerbsmäßige Verbindung mit dem Kapitalmarkte (Geld- und Effektenmarkt) zu bankmäßiger Kreditgewährung, An- und Verkauf von Wertpapieren aufweist (Strafk. Halle 29. 11. 10). Mißbrauch: 1. wenn jemand ohne Bankgeschäft seinem Geschäfte die Bezeichnung beilegt (Bucketshop, Warenhaus), 2. durch unrichtige Angaben über Art und Umfang eines wirklichen Bankgeschäfts. Folgen: 1. Löschung usw. aus §§ 18 Abs. 2, 37 Abs. 1, Klage aus § 37 Abs. 2 HGB., 2. zivil- und strafrechtliche Verfolgung aus §§ 1, 3, 4, 13, 16, 22, 25 UnlWG. Ebenso für die Bezeichnungen „Sparkasse", „Finanzierungsinstitut".

8. OLG. **23** 399 (Braunschweig). Die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts muß eine unterscheidende Kraft besitzen. Diese fehlt bei Gattungsbezeichnungen, die als Gemeingut anzusprechen sind. Derartige Bezeichnungen können frei gebraucht werden (**RG.** R. **06** 1546; **RG. 40** 64; JW. **03** 53). Die Bezeichnung „Jungborn" für Heilanstalten und Erholungsheime sind allgemein zulässige Gattungsbezeichnungen.

9. **RG.** JW. **11** 828. Dem am 1. Oktober 1909 in Kraft getretenen UnlWG. ist rückwirkende Kraft nicht beigelegt. Waren die Firmen beider Parteien nach den Vorschriften des Firmenrechts zu Recht in das Handelsregister eingetragen und verstieß die Beklagte, wie anzunehmen ist, durch die Benutzung ihrer Firma vor dem 1. Oktober 1909 nicht gegen den § 8 des damals geltenden UnlWG., so standen sich beide Parteien, als das neue UnlWG. in Kraft trat, gleichberechtigt gegenüber. Der Umstand, daß die Firma der Klägerin zeitlich vor der der Beklagten in das Handelsregister eingetragen war, kam nicht in Betracht. Hieraus folgt, daß diesem Umstand auch unter der Herrschaft des neuen UnlWG. im Verhältnisse der Parteien zueinander nicht in dem Sinne Gewicht beigelegt werden kann, daß, wenn sich nunmehr eine Verwechselungsgefahr nach Maßgabe des § 16 des neuen Gesetzes zwischen beiden Firmen herausstellte, die Beklagte, als die jüngere Firma, der Klägerin zu weichen hätte. Diese Verwechselungsgefahr trifft beide Firmen gleichmäßig und gleichzeitig. Die der Vorschrift des § 16 unausgesprochen innewohnende Voraussetzung, daß beim Zusammenstoße mehrerer Firmen derjenige Firmeninhaber, dessen Interessen später auftreten, verpflichtet ist, seine Firma von der anderen in einer die Verwechselungsgefahr ausschließenden Weise zu unterscheiden, liegt hier nicht vor.

10. **RG.** HansGZ. **11** Hptbl. 292, MschutzuWettbew. **11** 83. Der § 16 wendet sich gerade gegen die an sich befugte Benutzung der eigenen Firma und des eigenen Namens und will verhüten, daß sie in einer zur Irreführung geeigneten Weise erfolgt.

11. Verhältnis zum § 30 HGB.

a) **RG. 75** 370, JW. **11** 465, GewRschutz **11** 222, MschutzuWettbew. **11** 50, DJZ. **11** 817. Die Entschließung des Registerrichters über die Unterscheidungskraft zweier Firmen bindet den Prozeßrichter bei der Entscheidung der Frage, ob durch den Gebrauch der einen Firma unlauterer Wettbewerb verübt werde, in keiner Weise.

b) R. **11** Nr. 3729 (Colmar). Der § 30 HGB. bezieht sich nur auf die an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bestehenden Firmen und deren aus öffentlichrechtlichen Gründen erforderte Unterschiedbarkeit. Dagegen läßt der § 16 UnlWG. die Untersagung einer den handelsrechtlichen Erfordernissen noch genügenden Firma auch dann zu, wenn deren verkehrsüblicher Gebrauch für eine befugt geführte ältere Firma die Gefahr der Verwechselung mit sich bringt, so daß dadurch in einer dem

§ 16 widerstreitenden Weise die Erwerbstätigkeit des älteren gewerblichen Unternehmens beeinträchtigt wird.

12. Verwechselungsfähigkeit.

a) **RG.** JW. **11** 378, GewRschutz **11** 148. Für die Verwechselungsfähigkeit einer Firma ist nur die Priorität der Führung entscheidend. Wer sie im geschäftlichen Verkehre zuerst angenommen hat, hat sie erworben und den Schutz gegen unbefugte Anmaßung erlangt, auch ohne daß eine Anerkennung seitens des beteiligten Publikums oder ein Bekanntsein der Firmenführung erforderlich wäre.

b) **RG.** MschutzuWettbew. **10** 313. Für die Anwendung des § 16 kommt es nicht sowohl darauf an, wie die Warenzeichen des Klägers (und Widerbeklagten) in die Zeichenrolle eingetragen sind, als vielmehr darauf, wie Kläger (Widerbeklagter) die von dem Beklagten für sich als typische Bezeichnung gerade seiner Firma und seiner Waren in Anspruch genommenen Ausdrücke „Herdermesser", „Herderscheren" benutzt. Um deswillen, weil infolge der Eintragung eines Warenzeichens der Inhaber des Zeichens dieses in Zukunft vielleicht einmal in einer Weise benutzen könnte, die auf einen unlauteren Wettbewerb hinauslaufen würde, entsteht der Unterlassungsanspruch des § 16 noch nicht; es muß zu dessen Entstehung vielmehr eine zu Verwechselungen geeignete Benutzung des Namens, der Firma oder der besonderen Bezeichnung (eines Erwerbsgeschäfts oder eines gewerblichen Unternehmens), dem sich ein anderer befugterweise bedient, bereits stattgefunden haben.

c) OLG. **23** 401 (KG.). Die Benutzung einer Druckschrift, insbesondere einer Zeitschrift, in einer Weise, die darauf gerichtet und geeignet ist, Verwechselungen mit anderen hervorzurufen, fällt unter § 16 (**RG. 70** 347). Vorliegend keine Verwechselungsgefahr: die Farben beider Zeitschriften sind verschieden, der Umschlag des Klägers ist gelb, des Beklagten braun. Das Blatt des Klägers ist als das „gelbe Blatt" in den beteiligten Verkehrskreisen bekannt.

d) SächsRpflA. **11** 356, GewRschutz **11** 215 (Dresden). Klage einer französischen Sektfirma in Deutschland. Klage der französischen Firma Heidsieck gegen eine in Deutschland gegründete gleiche Firma. Dem Beklagten, der Heidsieck heißt, ist wegen der Verwechselungsgefahr untersagt, seinen Namen im Sekthandel ohne ein diesen Namen von der Firma der Klägerin und ihren geschäftlichen Unternehmen deutlich unterscheidenden Zusatz zu führen. Der Anspruch ist auch nach § 1 G. begründet, daß derjenige, der eine Firma führt, die darauf berechnet ist, Verwechselungen mit der Firma der Klägerin und deren Erzeugnisse herbeizuführen und sich hierdurch zu deren Schaden geschäftliche Vorteile zu verschaffen, gegen die guten Sitten verstößt.

e) GewRschutz **11** 180 (Karlsruhe). Keine Verwechselungsfähigkeit der Bezeichnung Caw und Kaweco für Füllfederhalter.

f) OLG. **23** 398 (Braunschweig). Die Hotelbezeichnung „Harzer Hof" ist verwechselungsfähig mit „Harzburger Hof" (s. oben Ziff. 5 a).

g) OLG. **23** 397 (KG.). Keine Verwechselungsgefahr zwischen der in Düsseldorf domizilierenden Firma „Allgemeine Hochbaugesellschaft mbH." und der in Berlin domizilierenden Firma „Berliner Allgemeine Hochbaugesellschaft mbH.".

13. Druckschrift (s. ob. Ziff. 12 c).

a) **RG.** GewRschutz **11** 36. Der Erwerb des Rechtes, sich einer besonderen Bezeichnung für eine Druckschrift zu bedienen, vollzieht sich allein durch die Priorität. Eine Bezeichnung, deren sich jemand im Geschäftsverkehre für sein gewerbliches Unternehmen oder seine Druckschrift bedient, genießt den Schutz des § 8 UnlWG. aF. und des § 16 nF. nur dann, wenn die Bezeichnung etwas Besonderes, Eigentümliches hat.

b) GewRschutz **11** 177 (Dresden). Schutz der Bezeichnung „Fliegende Blätter". Untersagung der Bezeichnung eines Buches: „Die besten Witze aus den Münchener

Fliegenden Blättern". Verbot der Verbreitung eines dieses Buch anzeigenden Prospekts.

c) OLG. **23** 402 (KG.). Verwechselungsgefahr der Romansammlung „Jung-Siegfried-Bücherei" mit der Zeitschrift „Jung-Siegfried".

14. F u l d , ZVersWiss. **11** 525. Versicherungsgesellschaften können gemäß § 16 UnlWG. gegen eingeschriebene Hilfskassen vorgehen, wenn diese die geschäftlichen Bezeichnungen bzw. Firma der Versicherungsgesellschaft gebrauchen. Die Verwechselungsgefahr wird auch durch den Zusatz „eingeschriebene Hilfskasse" nicht beseitigt.

15. **RG.** GewRschutz **11** 175, MschutzuWettbew. **10** 387. Verbot des Gebrauchs eines verwechselungsfähigen Schlagworts (des Namens H o r ch für Automobilfabrikation).

16. **RG.** GewRschutz **11** 174. Verletzung des Namensrechts durch Zusätze zu einer Firma, die ein Nachfolgeverhältnis andeuten.

17. MschutzuWettbew. **10** 195 (Dresden). In dem Zusatze „früher in Firma . . ." ist nach Lage des Falles keine gegen § 16 verstoßende Firmenbenutzung zu erblicken.

18. **RG.** JW. **11** 827, GewRschutz **11** 318. Klage der Berliner Wach- und Schließgesellschaft mbH. in Berlin gegen das Wach- und Schließinstitut Groß-Berlin GmbH. in Berlin wegen unlauteren Wettbewerbes (Benutzung der Abbildung von gekreuzten Schlüsseln). Daß die Schildchen an und für sich Geschäftsabzeichen im Sinne des § 16 Abs. 3 UnlWG. sind, hat das Berufungsgericht mit Recht angenommen und wird auch von der Revision nicht angefochten. In Frage steht nur, ob sie innerhalb der beteiligten Verkehrskreise — also hier des Berliner Publikums — als Kennzeichen des Erwerbsgeschäfts der Klägerin gelten. Bei der Beantwortung sind ganz die gleichen Grundsätze maßgebend, wie bei der Feststellung, ob eine Ausstattung einer Ware nach § 15 WarenZG. vorliegt, dem die Bestimmung nachgebildet ist. Demnach darf das Geschäftsabzeichen überhaupt nicht im allgemeinen Gebrauche stehen, es darf auch nicht bloße Gattungsbezeichnung sein und zur Kennzeichnung aller Geschäfte dieser Art dienen, sondern es muß auf das Geschäft eines bestimmten Gewerbetreibenden hinweisen. Hierzu ist aber nicht nötig, daß das Geschäftszeichen an und für sich neu und eigenartig ist, da urheberrechtliche Gesichtspunkte nicht in Betracht kommen; und ebenso ist es gleichgültig, ob das Publikum w e i ß , daß nun gerade die Klägerin Inhaberin des unterschiedenen Geschäfts ist, **RG.** (Strafs.) **32** 149 (5. D. 351. 11 vom 13. Juni 1911). Vielmehr ist allein wesentlich, ob das Publikum in dem Zeichen einen Hinweis auf ein bestimmtes und konkretes Geschäft überhaupt erblickt, in ihm ein Unterscheidungszeichen von anderen Geschäften sieht. Jedes irgendwie geartete Schlüsselmotiv, mag es bisher auch längst als solches bekannt gewesen sein, k a n n gleichwohl die Kennzeichnungskraft für ein b e s t i m m t e s Unternehmen gewinnen, wenn es vom Publikum als Merkzeichen eines solchen angesehen wird. Maßgebend ist die größere Eigenartigkeit nur für die schnellere Erlangung der Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft. Dann selbstverständlich wird diese um so schneller gewonnen werden, je eigenartiger das Geschäftszeichen gestaltet ist.

19. B e n u t z u n g v o n S ch l a g w o r t e n.

a) **RG.** WarnE. **11** 383. Eine Verwechselungsgefahr im Sinne des § 8 (aF.) kann auch durch die Benutzung nur eines Teiles insbesondere eines charakteristischen Schlagworts einer anderen Firma hervorgerufen werden. Benutzung des Wortes B e n e d i k t i n e für Liköre.

b) OLG. **23** 400 (KG.). § 16 ist auch dann anwendbar, wenn auch nur der Teil einer Firma benutzt wird. Besonders ist dies dann der Fall, wenn die in den beiderseitigen Firmenbezeichnungen vorkommenden, in Vergleich stehenden Worte s ch l a g w o r t ä h n l i ch e Teile der beiderseitigen Firmen bilden.

§ 17. 1. **RG.** JW. **11** 869, MschutzuWettbew. **10** 386. Wenn auch das Erfordernis des Geheimseins kein absolutes ist und der Charakter des Geheimnisses nicht schon dadurch verloren geht, daß es einer beschränkten Anzahl beteiligter Verkehrsinteressenten gegenüber aufgedeckt wird, so kann doch von einem Geheimnisse nicht mehr gesprochen werden, sobald die Muster auf den Markt gebracht und dadurch dem kaufenden Publikum bekannt gegeben und allgemein zugänglich gemacht sind. Was der Öffentlichkeit oder auch nur einer unbegrenzten Anzahl von Personen mitgeteilt ist, kann nicht mehr als Geheimnis gelten. Hatte der Zeuge J. die Muster an einen Fabrikanten zur alleinigen gewerblichen Verwertung verkauft, so legt dies die Annahme nahe, daß diese Muster, solange sie nicht in den freien Verkehr gebracht waren, ein geschäftliches Geheimnis dieses Fabrikanten bildeten, während sie aufgehört hatten, eine Eigentümlichkeit des geschäftlichen Unternehmens des Zeugen J. zu sein. Ein Geheimnis seines Geschäfts wären dann die Muster nicht mehr gewesen, mag er auch um seines geschäftlichen Rufes willen ein Interesse daran, daß sie durch seine Angestellten nicht an Dritte mitgeteilt würden, gehabt haben. Für die Anwendung des § 17 UnlWG. vom 7. Juni 1909, welcher voraussetzt, daß der Angeklagte ein Geschäftsgeheimnis seines Dienstherrn, des Zeugen J., an anderen zu Zwecken des Wettbewerbes unbefugt mitgeteilt hat, würde in diesem Falle kein Raum sein.

2. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **10** 313. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ist kein Tatbestandsmerkmal des § 17. — Auch ein einzelnes im Geschäftsbetriebe sich ereignendes Vorkommnis kann die Eigenschaft eines Geheimnisses aufweisen. Ob ihm die Eigenschaft eines Geheimnisses zukommt, ist nach äußeren Merkmalen und nicht ausschließlich danach zu bemessen, welche Bedeutung ihm von dem Geschäftsinhaber oder den Angestellten beigelegt wird. Der Wille des Inhabers, daß eine bestimmte Tatsache geheim bleibe, vermag für sie nicht unter allen Umständen und für sich allein den Schutz eines Geschäftsgeheimnisses zu begründen. Andererseits ist dieser Wille allerdings wesentlich, sofern es sich um Tatsachen handelt, die nicht offenkundig sind und an deren Geheimhaltung ein gewerbliches Interesse des Inhabers besteht. Deshalb kann nur nach Lage des Einzelfalls entschieden werden, ob einem Vorkommnisse, wie es die Vorverhandlungen zu einem einzelnen Geschäftsabschlusse sind, die Bedeutung eines Geheimnisses zukommt.

3. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **10** 218. Die Absicht des Täters, Schaden zuzufügen, wird nicht erfordert.

4. *Cantor, Die Konkurrenzklausel (s. HGB. § 74 zu A 1 und § 75 zu A 1). Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sind gleichmäßig geschützt. Scharfe Trennung zwischen beiden Begriffen ist daher wenig wichtig und oft sehr schwierig. Die Gesetzesbestimmung findet Anwendung auf Bedienstete jeder Art. Sie schützt jedes Geheimnis, dessen Kenntnis der Bedienstete vermöge des Dienstverhältnisses, d. h. kraft irgendwelchen ursächlichen Zusammenhanges seines Dienstverhältnisses mit der Kenntnisnahme erlangt hat. Der Geheimnisschutz des § 17 Abs. 1 UnlWG. richtet sich gegen den Geheimnisverrat während der rechtlichen Geltungsdauer des Dienstverhältnisses; vorherige tatsächliche Lösung desselben ist unbeachtlich. Unbefugt ist jede Geheimnismitteilung ohne Erlaubnis und ohne Recht dazu. Sittenwidrigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 UnlWG. kann nicht durch allgemeine oder branchenmäßige Mißbräuche ausgeschaltet werden. Sittenwidrig ist insbesondere Verleitung von Bediensteten, zum Kontraktbruch und auch schon das Wegengagieren von Bediensteten um zu Verwertungszwecken von ihnen nach Beendigung ihres Dienstverhältnisses fremde Geheimnisse zu erfahren. Aufgabe anderweiter Stellung während der Vertragsdauer kann gegenüber dem unter Konkurrenzklausel engagierten Bediensteten verlangt werden. § 17 UnlWG.

findet keine Anwendung auf Geheimnisverrat nach Vertragsablauf. Nach Vertragsablauf besteht keine gesetzliche Schweigepflicht, vielmehr das prinzipielle Recht des Bediensteten zur freien Verwertung aller gesammelten Kenntnisse und Erfahrungen. Schweigepflicht für die Zeit nach Vertragsablauf kann vertraglich auferlegt werden. Derartige Vereinbarungen sind, wenn sie zu weit gehen, event. nach §§ 138, 139 BGB. auf das zulässige Maß zurückzuführen oder auch bei besonderen Umständen völlig nichtig.

5. WürttJ. **23** 188 (Stuttgart, Straff.). Eine Heimarbeiterin, die für den Privatkläger an dessen in den Handel gebrachten Damenmonatsbinden Besätze anzunähen hatte, hatte beim Fertigen und Annähen der Besätze sich eines von ihr und ihrem Manne selbständig erdachten Verfahrens bedient. Angeklagter, der beim Privatkläger als Handlungsgehilfe angestellt war, hatte sich nach seinem Austritte beim Kläger und nach Eintritt bei einem Konkurrenten bei der Heimarbeiterin erkundigt, wie sie die Besätze anfertige. Er wurde wegen Vergehens gegen §§ 17 u. 20 UnlWG. freigesprochen: Aus dem Dienstverhältnisse der Heimarbeiterin zum Privatkläger folgt noch nicht dessen Recht an einer „Erfindung", die die Heimarbeiterin entweder allein oder unter Mitwirkung ihres Ehemanns während der Dauer ihrer Beschäftigung im Dienste des Privatklägers in bezug auf die Herstellung der Besätze und ihre Anbringung an den Binden gemacht hat. Ein solches Recht ließe sich nur dann annehmen, wenn die Heimarbeiterin vermöge ihres Anstellungsverhältnisses die Aufgabe gehabt hätte, in Richtung auf die Verbesserung der bisher üblichen Art der Herstellung und Anbringung der Besätze Versuche anzustellen und wenn ihre gerade zu diesem Zwecke angestellten Versuche zu der Erfindung einer solchen Verbesserung geführt haben würden (**RG. 32** 216). Dies ist nicht festgestellt. Um ein strafbares Unternehmen im Sinne der §§ 20 u. 17 könnte es sich nur handeln, wenn der Angeklagte das, was er von der Heimarbeiterin zu erkunden bestrebt war, sich als Geschäfts oder Betriebsgeheimnis des Privatklägers vorgestellt hätte. Dieser Annahme stehen tatsächliche Feststellungen entgegen.

6. **RG.** (Straff.) MSchutzuWettbew. **10** 164. Der Angeklagte war nicht gehindert, die während seiner Dienstzeit auf erlaubte Weise erlangten Kenntnisse nach Beendigung der Dienstzeit für sich zu verwenden (**RG. 65** 333). Er durfte aber nicht nach Beendigung der Dienstzeit in der Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, auf die im § 4 UnlWG. näher bezeichnete Weise unwahre und zur Irreführung geeignete Angaben machen.

7. MSchutzuWettbew. **10** 133. Verrat von Geschäftsgeheimnissen durch Veröffentlichung eines Verfahrens zur Darstellung von Indigo.

8. a) MSchutzuWettbew. **10** 393 (LG. Frankenthal). Fall eines Verrats von Fabrikgeheimnissen.

b) **RG.** (Straff.) MSchutzuWettbew. **10** 281. Verletzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen zu § 9 aF.

§ 18. 1. *C a n t o r, Die Konkurrenzklausel (vgl. o. zu § 17 Ziff. 4). § 18 UnlWGs. erweitert den Geheimnisschutz gegenüber § 17 UnlWG. Es besteht ein gewisser Gegensatz zwischen den Voraussetzungen beider Gesetzesbestimmungen. Immerhin sind Fälle denkbar, in denen auch ein Bediensteter mit dem Dienstherrn im Sinne des § 18 UnlWG. im geschäftlichen Verkehre stehen kann.

2. F u l d. Wer ein Kostümmodell kauft und kopiert, macht sich nicht nach § 18 strafbar, weil ihm das Modell nicht anvertraut, sondern auf Grund des Kaufes zu Eigentum übertragen wird. Ebenso ist es unmöglich, § 18 gegenüber demjenigen anzuwenden, der das in dem Schaufenster eines Geschäfts ausgestellte Modell kopiert, auch dann kommt § 18 nicht in Betracht, wenn beispielsweise der Kopierende nicht zu Hause bei sich nach dem Gedächtnisse kopiert, sondern wenn er vor dem Schaufenster sich eine ganz genaue Zeichnung anfertigt und nach dieser kopiert. Ebenso

kommt § 18 nicht in Betracht, wenn bei Vorführungen durch Mannequins anwesende Schneiderinnen die Modelle abzeichnen und kopieren. Unter Umständen kann aber § 826 eingreifen.

3. Osterrieth bejaht die Frage, ob § 18 auf den Geheimnisverrat Angestellter Anwendung finden kann.

4. **RG.** (Straff.) **44** 152, MschutzuWettbew. **11** 10. Den Angeklagten ist zur Last gelegt, gemeinschaftlich Vorlagen, nämlich Zeichnungen und Modelle für Dekorationsstempel, an denen ihnen während ihrer Beschäftigung in der Fabrik als Arbeiter oder Angestellter tatsächliche Verfügungsgewalt eingeräumt war, die ihnen somit vermöge ihres Dienstverhältnisses anvertraut gewesen waren, nach ihrem Austritt aus dem Geschäft durch Aufnahme der Muster in ein von ihnen verbreitetes Verzeichnis zu Zwecken des Wettbewerbes in dem von ihnen gegründeten Geschäft unbefugt verwertet zu haben. Die Strafkammer hat auf diesen Sachverhalt zu Unrecht den § 18 UnlWG. angewendet. Seiner Straffatzung unterstehen, wie Sinn und Zweck des Gesetzes zeigen, die Angestellten, Arbeiter und Lehrlinge des Inhabers der im Gesetze genannten Vorlagen und Vorschriften technischer Art überhaupt nicht, mag zur Zeit der Tat das Dienstverhältnis gelöst sein oder nicht. Freilich wird im Gegensatze zu § 17 Abs. 1 G., der sich ausschließlich gegen die Bediensteten eines Geschäftsbetriebs richtet, im § 18 ganz allgemein mit Strafe bedroht, „wer" die ihm im geschäftlichen Verkehr anvertrauten Vorlagen usw. unbefugt zu Zwecken des Wettbewerbes verwertet oder an andere mitteilt. Indessen lassen schon die beigefügten Worte: „im geschäftlichen Verkehre" deutlich ersehen, daß als Täter nur solche Personen in Betracht kommen, die zu dem Anvertrauenden in einem besonders gearteten Verhältnisse stehen. Die Strafandrohung des § 18 bezieht sich nicht auf die im § 17 Abs. 1 genannten Angestellten, Arbeiter und Lehrlinge des Verletzten.

5. **RG.** (Straff.) SchlHolstAnz. **11** 269. Die Anwendung des § 18 ist ausgeschlossen, wenn die Vorlagen infolge Dienstverhältnisses in die Hände des Angestellten des Geschäftsinhabers gelangen und der Angestellte sie unbefugt nachahmt. Die Vorschrift des § 18 hat nur den Verkehr mehrerer Geschäfte untereinander im Auge.

6. **RG.** (Straff.) MschutzuWettbew. **10** 350. Für den Tatbestand des § 18 ist nicht erfordert, daß die unbefugt zu Zwecken des Wettbewerbes verwerteten Schablonen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse des Verletzten darstellen oder sonst ihrer Natur nach der Geheimhaltung bedürfen.

§ 20. **RG.** (Straff.) GewRschutz **11** 339. Da es zum Tatbestande des Vergehens gegen § 17 Abs. 1 gehört, daß der Angestellte die Mitteilung des Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses zu Zwecken des Wettbewerbes oder in der Absicht macht, dem Inhaber des Geschäftsbetriebs Schaden zuzufügen, so muß derjenige, der es unternimmt, einen Angestellten zu diesem Vergehen zu bestimmen, jedenfalls die Vorstellung haben, der Angestellte habe bei der Mitteilung des Geheimnisses die bezeichnete Willensrichtung.

§ 21. 1. **RG. 74** 434, JW. **11** 229, MschutzuWettbew. **10** 282. Der § 11 UnlWG. aF. ist zum § 21 nF. geworden. Soweit ein Anspruch nach dieser Vorschrift verjährt ist, kommt, wenn er auch auf §§ 824, 826 beruht, die dreijährige Verjährung in Frage.

2. OLG. **23** 403 (Hamburg). Die Verjährung des Unterlassungsanspruchs beginnt in dem Zeitpunkt, in dem die Anspruchsberechtigten die abgeschlossene Zuwiderhandlung erfahren haben, und zwar deshalb, weil sie „von der Handlung" folgerichtig erst dann Kenntnis erlangen können, wenn die Handlung vollendet ist, von einer fortgesetzten Handlung also erst dann, wenn der letzte Bestandteil erkennbar

ist, mag auch bereits ein früherer Bestandteil für sich allein einen Anspruch auf Unterlassung begründet haben.

§ 22. 1. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **11** 11. Strafantrag bei fortgesetztem Vergehen. Für den Beginn der Antragsfrist ist die letzte Einzelhandlung ohne Rücksicht auf die etwa schon länger als drei Monate vor Stellung des Strafantrags erlangte Kenntnis des Berechtigten von früheren Akten entscheidend (**RG.** [Strafs.] **40** 319).

2. **RG.** (Strafs.) MschutzuWettbew. **11** 9. Strafantrag seitens des Vorstandes des Zentralverbandes des deutschen Bank- und Bankiergewerbes ist rechtswirksam.

§ 23. SeuffA. **66** 199 (München). Was die Frage anlangt, inwieweit der Aufwand für gemäß § 23 Abs. 4 UnlWG. erfolgende Veröffentlichung eines Urteils als notwendig nach § 91 ZPO. erscheint, so deckt sich der Zweck, den eine amtliche Bekanntmachung verfolgt, nicht ohne weiteres mit dem Zwecke, den im Wettbewerbsprozesse die Partei anstrebt, die von der ihr eingeräumten Befugnis zur Veröffentlichung des ergangenen Urteils Gebrauch macht. Ist der Kläger durch die Wettbewerbshandlung empfindlich in seinem Gewerbebetriebe beeinträchtigt worden und ist es für die Wiederherstellung des angegriffenen geschäftlichen Rufes von Wichtigkeit, die Publikationsbefugnis zu erlangen, so können größere Aufwendungen zugebilligt werden, als gemeinhin bei amtlichen Bekanntmachungen der Fall ist.

§ 26. **RG.** (Strafs.) **44** 294, MschutzuWettbew. **10** 350. Der Anspruch auf Buße unterliegt nicht der sechsmonatlichen Verjährung.

Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Vorbemerkung: Auch der diesjährige Bericht setzt sich fast ausschließlich aus den Ergebnissen der Rechtsprechung zusammen. Das RG. hat in der amtlichen Sammlung (Band 75, 76 u. 77 Heft 1) in 10 Urteilen zu Streitfragen aus dem GmbHG. Stellung genommen. Hervorzuheben ist hier das Urteil **75** 203 (vgl. § 11), das sich mit der Frage der Anspruchsverjährung gegen den für eine noch nicht eingetragene GmbH. Handelnden befaßt. Gegenstand mehrfacher Erörterung sowohl in Rechtsprechung wie Literatur war auch die Frage, welche Verträge der Formvorschrift des § 15 Abs. 4 unterliegen; insbesondere wurde erörtert der Fall, daß jemand sich zum Erwerb eines Geschäftsanteils eines anderen verpflichtet, ohne daß dieser eine Übertragungspflicht eingeht. Das RG. unterstellt dem Formenzwang auch die Vereinbarung, durch die eine GmbH. einen eigenen Geschäftsanteil einem Dritten zu verschaffen und diesen Anteil auf Verlangen des Dritten zurückzukaufen sich verpflichtet. Die Abtretung und Pfändung des Anspruchs der GmbH. gegen ihre Gesellschafter auf Einzahlung der Stammeinlage wird vom RG. für zulässig, ein Beschluß der Gesellschafter nach § 46 Ziff. 2 zur Einziehung für nicht erforderlich erklärt. Mit der Frage der nachträglichen Zustimmung oder stillschweigenden Genehmigung zu einseitigen Handlungen eines Kollektivvertreters befaßt sich das Urteil vom 10. 3. 11 (**RG. 75** 419). Im Gegensatze zu Staub und Förtsch hält das RG. Rechtsgeschäfte eines für den gesamten Geschäftsbetrieb aufgestellten Handlungsbevollmächtigten auch dem Dritten gegenüber für rechtswirksam, wenn er nicht von den Gesellschaftern, sondern nur vom Geschäftsführer bestellt wurde. Im Interesse der Verkehrssicherheit ist diese Entscheidung nur zu begrüßen. In Gegensatz zu Staub setzt sich das RG. auch bei Entscheidung der Frage, ob der in nichtgehöriger Form abgeschlossene Gründungsvertrag durch Eintragung in das Register Gültigkeit erlangt; im Anschluß an seine frühere Rechtsprechung verneint das RG. die Möglichkeit einer Heilung dieses Nichtigkeitsgrundes durch die Eintragung. Zwei weitere Urteile

der offiziellen Sammlung betreffen die Schaffung von Vorzugsgeschäftsanteilen anläßlich einer Stammkapitalserhöhung und die Übernahme neuer Geschäftsanteile bei einer Stammkapitalserhöhung, die infolge Konkurses der GmbH. nicht mehr zur Eintragung gelangte.

Allgemeines.

1. Statistisches s. ZAktWes. **11** 33.

2. Kröhn, HoldheimsMSchr. **11** 199, unterzieht das österreichische Gesetz über die GmbH. einer eingehenden Erörterung unter Vergleichung mit dem deutschen Gesetze.

Erster Abschnitt. Errichtung der Gesellschaft.

§ 2. Form des Gesellschaftsvertrags; Folgen eines Formmangels. **RG.** LeipzZ. **11** 779, HoldheimsMSchr. **11** 325, R. **11** Nr. 2988. Ein Vertrag über die Gründung einer GmbH., der nicht gemäß § 2 in notarieller oder gerichtlicher Form unter Unterzeichnung sämtlicher Gesellschafter errichtet ist, ist nichtig. Diese Nichtigkeit wird nicht durch die Eintragung der Gesellschaft in da Handelsregister geheilt und kann von jedem Gesellschafter nach § 75 G. durch Klage auf Nichtigerklärung geltend gemacht werden. So schon **RG. 54** 418; aM. Staub-Hachenburg § 2 Anm. 13.

§ 3. I. Sitz der Gesellschaft. BauersZ. **18** 115, R. **11** Nr. 432 (KG.). Da jede GmbH. nur einen Sitz haben kann, so folgt, daß Geschäftsstellen, die an einem anderen Orte als dem Sitze der Gesellschaft begründet werden, niemals die rechtliche Stellung einer Hauptniederlassung haben, sondern im gesetzlichen Sinne nur den Begriff einer Zweigniederlassung erfüllen können. Dies ist auch dann der Fall, wenn die Gesellschaft an dem im Gesellschaftsvertrag als Sitz bestimmten Orte einen Geschäftsbetrieb überhaupt nicht ausübt; es wird alsdann am Sitze der GmbH. das Bestehen der Hauptniederlassung kraft Gesetzes fingiert.

II. Abs. 2. Nebenleistungen. 1. Anfechtung einer Nebenleistungspflicht wegen Irrtums oder Betrugs? BauersZ. **18** 114, R. **11** Nr. 1212 siehe schon JDR. **9** § 3 Ziff. II c (Rostock).

2. Warenbezugspflicht eines Gesellschafters; Einfluß der Geschäftsaufgabe. **RG. 76** 7, R. **11** Nr. 2392. Hat ein Kaufmann durch seinen Beitritt zu einer GmbH. dieser gegenüber die Verpflichtung übernommen, seinen Geschäftsbedarf an Waren bestimmter Art von der Gesellschaft zu beziehen, so bleibt er auch nach Übertragung seines Geschäfts für die Dauer seines Gesellschaftsverhältnisses an jene Bezugsverpflichtung gebunden. Die Erfüllung der Verpflichtung kann in der Weise bewirkt werden, daß der bisherige Geschäftsinhaber als Gesellschafter die für das Geschäft erforderlichen Waren bezieht und seinem Geschäftsnachfolger überläßt oder daß der letztere die Waren à conto des Geschäftsanteils seines Vorbesitzers direkt bei der Gesellschaft bestellt.

3. Kaufpreisstundung für die an die G. zu liefernden Waren. BauersZ. **18** 229. Die Gesellschafterversammlung kann nicht durch einen irgendwie gearteten Beschluß die Stundung der Kaufpreise für die von den Gesellschaftern zu liefernden Rüben beschließen.

§ 4. Firma. 1. Abkürzung mbH. BauersZ. **18** 228 (Darmstadt). In Übereinstimmung mit dem KG. und OLG. Hamburg wird die Abkürzung: „mbH." auf einem Geschäftsschilde für zulässig erklärt. Vgl. JDR. **9** § 4 Ziff. 2.

2. Firmenlöschung. a) Klage auf Löschung der Firma. BauersZ. **18** 229. Ein Antrag gegen die Gesellschafter, eine irreführende Firma der GmbH. löschen zu lassen, ist im Prozeßwege nicht verfolgbar. b) Firmenlöschung von Amts wegen. BauersZ. **19** 14 vgl. § 75 Ziff. 2.

3. Deutliche Unterscheidung. RJA. **10** 20 (KG.). Die zusätzlichen Bezeichnungen der Gesellschaftsform „GmbH." und „Aktiengesellschaft" erscheinen zur Unterscheidung der im übrigen gleichen Firmen ausreichend. Vgl. KGJ. **26** A 215, OLG. **7** 343; aM. RJA. **10** 269 (Hamburg), die den Vorzug verdienen dürfte, da die die Gesellschaftsform enthaltenden Zusätze der Firma im Verkehre seitens des Publikums meist weggelassen werden.

4. Sachfirma; Firmenwahrheit. ZBlFG. **11** 768, RheinNotZ. **56** 88 (KG.). Für die Frage nach der Zulässigkeit eines Sachfirma ist entscheidend, ob die Angabe in dem Gesellschaftsvertrag über den Gegenstand des Unternehmens der wirklichen Absicht der Vertragschließenden entspricht und ob die Firmenworte den Gegenstand des Unternehmens richtig wiedergeben. Die vom LG. gegen die Sachfirmen „Bergwerksgesellschaft" und „Bergbaugesellschaft" aus der Geringfügigkeit des Stammkapitals von 20 000 M. hergeleiteten Bedenken, daß mit diesem Kapitale der Zweck des Unternehmens nicht erreicht werden könne, wurden vom KG. gemißbilligt, da die Firma vom Gegenstande des Unternehmens richtig abgeleitet sei, falls der Gegenstand des Unternehmens tatsächlich der Absicht der Gründer entspreche; eine Täuschungsabsicht könne aus der Höhe des Anlagekapitals nicht ohne weiteres entnommen werden, weil jedermann damit rechnen müsse, daß die Gründung mit dem geringsten zulässigen Kapital erfolge.

5. Firma der Zweigniederlassung. RJA. **11** 22, BauersZ. **18** 278, R. **11** Nr. 3360 (KG.). Die Firma der Zweigniederlassung einer GmbH. muß nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 17 ff. HGB. über die Firma gebildet werden, darf also von der der Hauptniederlassung nicht wesentlich verschieden sein. Eine Verschiedenheit ist nur insoweit gestattet, als die Firma der Zweigniederlassung Zusätze enthalten kann, die die Niederlassung als Zweiggeschäft kennzeichnen. Wenn in den Urteilen des OLG. Dresden (HoldheimsMSchr. **13** 22) und des KG. (OLG. **2** 199) von verschiedenen Firmen der Haupt- und Zweigniederlassung die Rede ist, so ist nur dieser Unterschied gemeint. Auch **RG. 62** 8 geht nur davon aus, daß die Zweigniederlassung eine andere Firma haben könne, erörtert aber nicht, worin die Unterschiede bestehen dürfen.

§ 5. 1. Stammeinlagen **a)** unter 500 M. BauersZ. **19** 13. Bei bloß buchmäßiger Herabsetzung des Stammkapitals, wobei eine Rückzahlung oder ein Einzahlungserlaß nicht stattfindet, bleibt die Vorschrift des § 5 Abs. 1 und 3, daß jeder Stammanteil mindestens 500 Mar betragen und durch 100 teilbar sein muß außer Anwendung. **b)** Einlage durch Verrechnung. **RG.** R. **11** Nr. 3366. Hat der Gesellschafter einen Dritten beauftragt, die an diesen geleistete Zahlung (z. B. auf Wechselforderung des Dritten) auf die Stammeinlage an die Gesellschaft abzuführen, und hat der Dritte diesen Auftrag durch Barzahlung ausgeführt, so kann eine solche Barzahlung nicht als eine nach § 5 ungültige Verrechnung in Betracht kommen.

2. Sacheinlagen. **a)** BauersZ. **18** 226. Eine Wasserkraft als Sacheinlage, ihre Bewertung. **b)** ÖstZBl. **11** 784 (Wien). Gegenstand einer Sacheinlage kann alles sein, was einen selbständigen Vermögenswert hat und Gegenstand des Rechtsverkehrs ist, also sowohl körperliche Sachen als auch immaterielle Rechte, die übertragbar sind. Dagegen kann die Verpflichtung des Gesellschafters, „den ausschließlichen Vertrieb aller seiner Erzeugnisse sowie seine gesamten Erfahrungen auf dem Gebiete des Gas- und Wasserfaches der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen", ebensowenig Sacheinlage sein, wie die „Einbringung seiner Kundschaft".

3. Abs. 4. Vereinbarung der Rückgabe der Sacheinlagen an den Einlegenden im Falle der Auflösung der GmbH. vgl. § 72.

§ 7. 1. Anmeldung der GmbH. durch Bevollmächtigte. Marcus, HoldheimsMSchr. **11** 78, bejaht mit Staub § 7 Anm. 7 und gegen Neukamp, GmbH. 24 Anm. 23 die strittige Frage, ob die Anmeldung einer GmbH. durch Bevollmächtigte erfolgen kann.

2. Prüfungsrecht bei Beteiligung von Ehefrauen. ZBlFG. **11** 629, RheinNotZ. **56** 46 (LG. Düsseldorf). Das Registergericht kann nicht die Eintragung einer GmbH., zu deren Gründern Ehefrauen gehören, von der vorherigen Prüfung ihrer ehegüterrechtlichen Verhältnisse abhängig machen. — Gegen diese Entscheidung wendet sich Schultze, DNotV. **11** 798, weil die Eintragung der GmbH. konstitutiv wirkt, die Ehefrau aber mangels Besitzes von Vorbehaltsgut ohne Einwilligung des Mannes zur Einzahlung einer restigen Einlage nicht gezwungen werden, der Mann auch Rückzahlung verlangen kann (vgl. § 15 GenG.).

3. Wirkung der vom Geschäftsführer bei der Anmeldung abgegebenen Erklärungen auf die Beweislast im Falle der Klage der Gesellschaft gegen einen Gesellschafter auf Einzahlung der Stammeinlage, vgl. § 19 Ziff. 1.

§ 8. Abs. 2. Freie Verfügung über den Gegenstand der Leistungen. **RG.** JW. **11** 514, BauersZ. **18** 225. Unter „freier Verfügung" des Geschäftsführers über die Einlage ist eine solche Verfügung zu verstehen, die der Geschäftsführer der Gesellschaft als ihr gesetzlicher Vertreter für sie auszuüben in der Lage ist. Der Gegenstand der Leistung muß der Gesellschaft als solcher für die Zwecke ihres Geschäftsbetriebs zur freien Verfügung gestellt sein. Auf die persönlichen Verhältnisse des Geschäftsführers und darauf, ob er die im Vertrage von den Beteiligten übernommenen Einlagen etwa aus Privatmitteln zu leisten imstande ist, kommt es nicht an. Hat also der Geschäftsführer sich den zu der Einlagensumme fehlenden Betrag von anderer Seite geborgt, so steht dieser Betrag nicht zur freien Verfügung des jeweiligen Geschäftsführers.

§ 10. Was ist in das Handelsregister einzutragen? **RG.** JW. **11** 779, R. **11** Nr. 2989. Aus § 10 und § 5 Abs. 3 G. kann nicht gefolgert werden, daß bei Eintragung in das Handelsregister auch andere als die im § 10 bezeichneten Tatsachen, insbesondere auch die Höhe der einzelnen Stammeinlagen und deren etwaige Bedingtheit anzugeben und zu veröffentlichen wären. Dem Interesse der Allgemeinheit an der Kenntnis der für den Kredit einer solchen Gesellschaft wesentlichen Tatsachen wird nicht durch den § 10, sondern auch durch § 8 Ziff. 1 G. und § 9 HGB. Rechnung getragen. Bedingungen für die Einzahlungspflicht eines Gesellschafters hinsichtlich der Stammeinlage sind daher nicht als „in das Register einzutragende Tatsachen" im Sinne des § 15 HGB. anzusehen; vielmehr kann der Gesellschafter sich auch dem Konkursverwalter gegenüber auf die Bedingtheit berufen, ohne daß die Bedingtheit aus dem Handelsregister hervorgeht.

§ 11. Die Gesellschaft vor Eintragung. I. Abs. 1. 1. BauersZ. **18** 254. Zwischen dem Abschlusse des Gesellschaftsvertrags und der Eintragung der GmbH. in das Handelsregister besteht eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes. Ebenso **RG. 58** 55 (JDR. **4** 898). Hiernach dauert allerdings die rechtliche Wirkung der vor der Eintragung in das Handelsregister vorgenommenen Rechtsakte über die Eintragung hinaus fort, doch gilt dies nur für solche Geschäfte, ohne die die GmbH. nicht entstehen kann, nicht auch für solche Geschäfte, die durch den künftigen Geschäftsbetrieb der GmbH. bedingt werden. Die Wirkung anderer als der zur Entstehung der GmbH. notwendigen Rechtsakte geht daher nur dann auf die GmbH. über, wenn diese die Rechte besonders übertragen erhält und die Pflichten ausdrücklich übernimmt (**RG.** JW. **05** 31 [JDR. **4** 898], OLG. **10** 245 [Hamburg] und R. **07** Nr. 1273 [Frankfurt a. M.]). Zur Erteilung einer Vollmacht,

die sich auf die durch den Geschäftsbetrieb der GmbH. nach ihrer Entstehung bedingten Rechtsakte bezieht, sind also die Geschäftsführer vor der Eintragung nicht befugt.

2. KGBl. **11** 25, BauersZ. **18** 157 (KG.). Die sog. Gründungsgesellschaft ist eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes; ihr Zweck ist Errichtung einer GmbH. Um diesen Zweck zu erreichen, haben die designierten Geschäftsführer auch schon im Gründungsstadium tätig zu sein. Die ihnen von den Gründern erteilte Vertretungsmacht läßt sich demgemäß nicht auf andere Handlungen als die beziehen, die dem Inslebentreten der Gesellschaft dienen. Zu einem Verzicht auf ein Kapital, das zum Zwecke der gegenüber dem Registergericht abzugebenden Versicherung über Einzahlung von $^1/_4$ einer Stammeinlage für die Gesellschaft eingezahlt ist, sind danach die Geschäftsführer nicht befugt.

3. SeuffA. **66** 327, BauersZ. **18** 273 (Braunschweig). Nach den Grundsätzen, die sich schon für die Aktiengesellschaften entwickelt hatten, können GmbH. in gewissen Grenzen auch durch Geschäfte berechtigt und verpflichtet werden, die schon vor ihrer durch die Eintragung erfolgende Entstehung in ihrem Namen geschlossen werden (**RG. 58** 55). Es mag auch sein, daß die Wirksamkeit solcher Geschäfte zunächst auf die Gründer beschränkt werden kann und erst später sich auf die Gesellschaft zu erstrecken braucht (**RG. 39** 29). Für die künftige Gesellschaft können aber die Gründer erst handeln, wenn deren Errichtung bis zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrags gediehen ist (**RG. 36** 111). Wenn, wie in dem zu entscheidenden Falle, das Konsortium sich bei Erwerb eines Geschäfts von dem Verkäufer die Umschreibung der Firma auf eine erst noch zu gründende Gesellschaft hat bewilligen lassen, so hat es damit nichts weiter getan, als der Grundstückskäufer tut, der sich die Auflassung an seinen noch nicht vorhandenen Abkäufer versprechen läßt. Berechtigt und verpflichtet aus dem Geschäftskaufe wurde nur das Konsortium. Die später gegründete Gesellschaft dagegen hat alles, was sie an früheren Vermögensstücken der Geschäftsverkäufer erlangt hat, erst dadurch erworben, daß das Konsortium es ihr eingebracht hat. Dieser Erwerb wäre mit obligatorischen Verpflichtungen den Verkäufern gegenüber nur dann verknüpft, wenn die Gesellschaft mit den Verkäufern einen neuen Vertrag geschlossen oder die angebliche Schuld des Konsortiums nach § 414 BGB. übernommen hätte. Es fehlt auch an einer unmittelbaren Vermögensverschiebung zwischen Verkäufer und Gesellschaft, so daß auch ein Bereicherungsanspruch nicht gegeben ist.

II. Abs. 2. 1. Haftung des Handelnden bei Nichtzustandekommen der GmbH. BauersZ. **18** 134 (Dresden). Das RG. (GruchotsBeitr. **46** 548, **RG. 70** 296 f., 303) hat bereits ausgeführt, daß § 11 Abs. 2 G. nicht eine Anwendung des im § 179 BGB. enthaltenen Grundsatzes von der Haftung des vollmachtlosen Vertreters ist, sondern rechtspolizeiliche Natur hat und tunlichst das Handeln im Namen einer GmbH. vor deren Eintragung verhüten soll. Danach sind aber alle Folgerungen aus dem Grundsatze des § 179 BGB. abzulehnen. Die Haftung ist also nicht abhängig davon, ob dem Vertragsgegner der Mangel der Eintragung der Gesellschaft unbekannt war und sie ist auch gegeben, wenn es zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrags überhaupt nicht kommt.

2. **RG.** BauersZ. **18** 274, LeipzZ. **11** 550, R. **11** Nr. 1213. Der Begriff des „Handelns im Namen der Gesellschaft" im Abs. 2 ist zwar im weiten Sinne auszulegen. Gleichwohl kann in einem Falle, in dem mehrere Personen zum Zwecke der Übernahme eines bestehenden Handelsgeschäfts einen Vertrag über die Gründung einer GmbH. schließen, in der Mitteilung über den Übergang des Geschäfts mit Aktiven und Passiven durch Rundschreiben an die Beteiligten ein solches Handeln nicht gefunden werden. Ein Gläubiger, dem ein solches Rundschreiben zuging, kann daher, wenn die Eintragung nicht erfolgt, daraus einen An-

spruch auf Befriedigung gegen den an der Gesellschaftsgründung Beteiligten, von dem das Rundschreiben ausging, nicht aus § 11 Abs. 2 herleiten.

3. Verjährung. **RG. 75** 203, JW. **11** 376, LeipzZ. **11** 385, R. **11** Nr. 1410. Die Frage der Verjährung der Verbindlichkeit, die aus der Haftung des für eine nicht eingetragene GmbH. Handelnden entsteht, ist, soweit es hierbei auf Natur, Inhalt und Zweckbestimmung des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts ankommt, nach denselben Tatsachen und Rechtsgrundsätzen zu entscheiden, die maßgebend sein würden, wenn im Falle der Eintragung der GmbH. das Rechtsgeschäft zwischen ihr und dem Gegenkontrahenten zustande gekommen wäre.

III. Beschluß auf Erhöhung des Stammkapitals vor Eintragung der GmbH. **RG.** SächsRpflA. **11** 40, BauersZ. **18** 115. § 55, wonach nur eine bereits bestehende, also eingetragene GmbH. die Erhöhung ihres Stammkapitals beschließen kann, hat es nur mit solchen Kapitalserhöhungen zu tun, die eine Satzungsänderung, d. h. eine Änderung der eingetragenen Gesellschaft enthalten. Damit hat aber eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags in der Zwischenzeit zwischen Gründung und Eintragung im Wege der Vereinbarung nicht für unmöglich erklärt werden sollen; vielmehr untersteht insolange der Vertrag wie jeder andere der Willkür der Vertragsgenossen (vgl. R. **11** Nr. 1220).

§ 12. 1. Zweigniederlassung; Identität des Registergerichts für Haupt- und Zweigniederlassung. BauersZ. **18** 115. R. **11** Nr. 432 (KG.). Wesentliche Voraussetzung für das Bestehen einer Zweigniederlassung ist es, daß diese an einem vom Sitze des Hauptgeschäfts verschiedenen Orte errichtet und dauernd dazu bestimmt ist, gleichartige Geschäfte des Prinzipals mit einer gewissen Selbständigkeit abzuschließen. Der Umstand, daß die beiden verschiedenen Orte einem einheitlichen Registergericht unterstehen, ist für den Begriff der Zweigniederlassung belanglos, dagegen für die Art der Eintragung von wesentlicher Bedeutung. Die Pflicht zur Anmeldung der Zweigniederlassung wird dadurch nicht aufgehoben. Aber die näheren Bestimmungen des § 13 HGB., § 12 GmbHG. über die Art der Eintragung beziehen sich nur auf den Fall, daß die Zweigniederlassung nicht im Gerichtsbezirke der Hauptniederlassung liegt. Im gegenteiligen Falle ist die Führung eines besonderen Zweigregisters entbehrlich.

2. Firma der Zweigniederlassung vgl. § 4.

Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

§ 13. Wahlrecht. 1. BauersZ. **18** 189, DJZ. **11** 158 (PrOVG.). Die GmbH. haben kein Stimmrecht nach § 48 LandgemeindeO. vom 3. Juli 1891 in der Gemeinde, wo ihr Grundbesitz liegt.

2. Beteiligung an einer Kommanditgesellschaft. HoldheimsMSchr. **11** 215. Der GmbH. ist grundsätzlich das Recht nicht zu versagen, Mitglied einer offenen, also auch einer Kommanditgesellschaft zu sein, und zwar auch Komplementar, soweit nur satzungsgemäß die Voraussetzungen des § 3 Nr. 2 G. im Einzelfalle bei ihr vorliegen. Die Organisation der korporativen Handelsgesellschaften steht der Vergesellschaftung mit solchen nicht korporativen Charakters nicht entgegen. AM. Ritter, HGB. § 105 Anm. 2.

3. Pfändung der Ansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter. **RG.** JW. **11** 825. Der Anspruch auf Zahlung der Einlage unterliegt der Zwangsvollstreckung seitens der Gesellschaftsgläubiger und ist nicht nach § 851 ZPO. der Pfändung entzogen.

§ 15. Anteilsveräußerung. I. Abs. 1. Übergang der Geschäftsanteile. **RG.** BauersZ. **18** 258. Die Verbindlichkeiten eines Kaufmanns aus der Beteiligung an einer GmbH. gehen bei Veräußerung seines Geschäfts samt Firma auf den Erwerber über.

II. Abs. 2. Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand. DJZ. **11** 824 (SächsOVG.). GmbH. bestehen fort, auch wenn sich alle Geschäftsanteile in einer Hand vereinigen.

III. Abs. 3 u. 4. Formbedürftige Verfügungen. 1. Bett, BankA. **10** 143, ZAktWes. **11** 97, erörtert die Frage, wie der Handel in Anteilscheinen der GmbH. unter Umgehung der Form des § 15 dadurch erleichtert werden kann, daß ein Bankhaus, auf dessen Namen formell die Anteilscheine ausgestellt sind, diese Anteilscheine als Treuhänder für einen Dritten nach Art von Werpapieren in Verwahrung und Verwaltung nimmt, mit der Verpflichtung jeder Verfügung des Dritten über die Anteile nachzukommen. Vgl. hierzu auch BauersZ. **18** 228.

2. Abtretung zukünftiger Geschäftsanteile. **RG.** BauersZ. **18** 279, LeipzZ. **11** 614, HoldheimsMSchr. **11** 187. Eine der Genehmigung der GmbH. bedürftige vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister vorgenommene Teilabtretung eines Geschäftsanteils ist nicht etwa nichtig, so daß die Herbeiführung der Gültigkeit eine erneute Vornahme erfordern würde, sondern ihre Wirksamkeit hängt nur ab von der Eintragung und Genehmigung der Gesellschaft.

3. Anwendung des § 15 Abs. 4 auf Verträge, durch die ein Kontrahent sich zum Erwerb von Geschäftsanteilen des anderen verpflichtet, ohne daß dieser eine Übertragungspflicht eingeht. Fuchs, JW. **11** 201. Im Gegensatze zum RG., das in ständiger Rechtsprechung (**RG. 57** 60, JW. **03** 11, **05** 92, **09** 431) die Anwendung des § 15 Abs. 4 auf diesen Fall bejaht hat, tritt Fuchs für die Formfreiheit derartiger Verträge ein. Gegen Fuchs wendet sich Bett, JW. **11** 626 vgl. auch Fuchs, JW. **11** 837.

4. **RG.** R. **11** Nr. 2764. Die formlose Verabredung über die Übertragung eines im Besitz eines Dritten befindlichen Geschäftsanteils wird wirksam, sobald der Dritte den Anteil formgerecht überträgt.

5. **RG. 76** 306, LeipzZ. **11** 702, R. **11** Nr. 2765. Das Gesetz will alle auf die Verpflichtung zur Abnahme von Geschäftsanteilen gerichteten Verträge unter den Formzwang stellen. Dem Formzwang unterliegt daher auch ein Vertrag, durch den die Gesellschaft bei der Veräußerung eines Geschäftsanteils dem Erwerber das Recht jederzeitiger Rückübertragung einräumt.

6. Heilung des Formmangels. NaumburgAK. **11** 14 (LG. Halle). Die beklagte GmbH. hatte sich formlos verpflichtet, einen Geschäftsanteil von 17 000 M. an P. zu übertragen und später gegen Zahlung von 17 000 M. von P. zurückzuerwerben. Der Geschäftsanteil wurde P. formgerecht übertragen. Als die Beklagte in Zahlungsschwierigkeiten geriet, verpflichtete sich der Kläger, ihr damaliger Geschäftsführer, schriftlich durch kumulative Schuldübernahme zur Zahlung dieser Summe in Raten. 2650 M. hat Kläger an P. bezahlt. Den Rest zahlte die Beklagte selbst. P. übertrug ihr dann den ganzen Geschäftsanteil (17 000 M.) Kläger fordert die 2650 M. Das LG. gab der Klage statt: „Die formgerechte Übertragung der 17 000 M. Stammanteil, die unstreitig an die Beklagte erfolgt ist, heilt nicht nur die Formlosigkeit der auf diese Rückübertragung gerichteten formlosen ersten Abmachung (zwischen der Beklagten und P.), sondern sie heilt auch den Formmangel des mit diesen Abmachungen in unlöslichem Zusammenhange stehenden späteren schriftlichen Vertrags zwischen dem Kläger und P., den der Kläger mit Recht als einen Zusatzvertrag bezeichnet, da er nicht neue Rechte und Pflichten begründen sollte, sondern nur in das alte bestehenbleibende Schuldverhältnis eine dritte Person als alternativ verpflichtet und berechtigt einführte."

IV. Abs. 5. 1. Genehmigung der Gesellschaft zur Übertragung eines Anteils. **RG.** ElsLothJZ. **11** 60. Es ist Sache der Vertragschließenden zu bestimmen, welche Tragweite der Genehmigungsklausel bei-

wohnen soll, insbesondere ob die Schriftlichkeit der Genehmigung die Bedingung der Gültigkeit der Abtretung sein soll oder ob sie nur instruktioneller Natur und im Interesse der Beweissicherung vorgesehen ist.

2. Erteilung der Genehmigung der Gesellschaft zur Abtretung eines Geschäftsanteils im Konkurse der Gesellschaft s. BauersZ. **18** 133. Vgl. § 17.

V. Verpfändung von Anteilscheinen; Zwangsvollstreckung in Anteilsrechte. 1. R. **11** Nr. 2474 (Cöln). Hat die Gesellschaft über die Geschäftsanteile der Gesellschafter Anteilscheine ausgegeben und ist im Gesellschaftsvertrage die Wirksamkeit der Verpfändung und der Veräußerung eines Geschäftsanteils an die Bedingung der Übergabe der Anteilscheine geknüpft, so verlieren dadurch die Anteilscheine ihre Eigenschaft als bloße Beweisurkunden nicht und die rechtsgeschäftliche Veräußerungsbeschränkung hat nur obligatorische Wirkungen für die Beteiligten und deren rechtsgeschäftliche Rechtsnachfolger; sie wirkt aber nicht für die Zwangsvollstreckung; der Ansteigerer in der Zwangsvollstreckung erwirbt vielmehr die Anteilsrechte ohne Rücksicht auf die Übergabe der Anteilscheine.

2. Pfändung der Ansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter vgl. § 13 Ziff. 3.

3. Teilverpfändung eines Geschäftsanteils. Liebmann, DJZ. **11** 826, hält die Verpfändung eines Teiles eines Geschäftsanteils für unzulässig und zwar nicht bloß für den Fall der Teilung nach Summenbeträgen, sondern auch bei einer Teilung nach Bruchteilen (vgl. Staub, GmbH. 224, Neukamp GoldschmidtsZ. **57** 567).

VI. Anfechtung des Kaufes von Geschäftsanteilen. 1. Anfechtung wegen unzutreffender Gewinnschätzung. BauersZ **18** 227. Nicht jede bei Gelegenheit von Verkaufsverhandlungen seitens des Verkäufers abgegebene Erklärung ist als Zusicherung nach § 459 BGB. anzusehen; vielmehr liegt eine solche nur dann vor, wenn beide Teile darüber einig sind, daß der Veräußerer für die Richtigkeit seiner Erklärung einstehen soll. Im vorliegenden Falle hat der Geschäftsführer als Veräußerer tatsächlich keinen bestimmten Reingewinn zugesichert; denn zu Beginn der Verhandlungen war kaum der dritte Teil des Geschäftsjahrs abgelaufen; es mußten sonach beide Teile mit einem ungünstigen Abschlusse rechnen. Der vom Verkäufer genannte zu erwartende Gewinn diente lediglich zur Rechtfertigung der Höhe des Kaufpreises, bedeutet aber nicht die Zusicherung eines Überschusses. S. a. BGB. § 459 Ziff. 2.

2. **RG. 77** 128. Anfechtung nur gegenüber dem Verkäufer ohne gleichzeitige Anfechtung gegen die Gesellschaft ist zulässig. Die Schwierigkeit, die sich bei der Auseinandersetzung auch mit der Gesellschaft ergeben mag, wenn der streitige Kaufvertrag mit rückwirkender Kraft auf die Zeit des Vertragsabschlusses aufgelöst wird und infolgedessen der Kläger und Beklagter so angesehen werden müssen, als wenn ersterer niemals Gesellschafter geworden und letzterer dies auch bezüglich der übertragenen Anteile immer geblieben wäre, kann nicht dazu führen, dem Kläger das Anfechtungsrecht zu versagen.

§ 17. Veräußerung von Geschäftsanteilen; Genehmigung. I. Abs. 1. Abtretungsgenehmigung im Konkurse. BauersZ. **18** 133 (Dresden). Bei einer GmbH. ist in Ermangelung einer entgegenstehenden gesetzlichen Vorschrift auch noch nach der Konkurseröffnung ein Wechsel der Gesellschafter, mithin auch die Veräußerung von Geschäftsanteilen zulässig. Die Befugnis zur Genehmigung der Abtretung steht auch während des Konkurses dem Geschäftsführer und nicht etwa dem Konkursverwalter zu.

II. Abs. 2. Form der Abtretungsgenehmigung. BauersZ. **18** 134 (Dresden). Die Genehmigung kann nur schriftlich nicht durch konkludente Handlungen erfolgen. Darin, daß die GmbH. den ihr angeblich gegen den Erwerber

des Geschäftsanteils zustehenden Anspruch auf Einzahlung der rückständigen Einlage an einen Dritten abtritt, liegt ebensowenig eine Genehmigung wie darin, daß die Gesellschaft in ihrem Geschäftsbuch den Anteil auf den Zessionar umgeschrieben und daß sie in dem beim Registergericht eingereichten Verzeichnisse den Zessionar als Gesellschafter aufgeführt hat. Vgl. aber JDR. **9** § 17 Ziff. 2.

§ 19. Einzahlungen auf die Stammeinlagen. 1. Beweislast im Falle der Klage auf Einzahlung der Stammeinlage. **RG.** LeipzZ. **11** 549. Die Erklärungen des Geschäftsführers in der Anmeldung zum Register und in der Eröffnungsbilanz, daß die Stammeinlage eines Gesellschafters voll gezahlt sei, haben nicht die Wirkung, daß die Gesellschaft im Falle einer Klage gegen diesen Gesellschafter auf Einzahlung der Stammeinlage nun ihrerseits den Beweis zu führen hätte, daß die Zahlung nicht geschehen sei. Vielmehr hat auch hier der Beklagte den Beweis der Zahlung zu führen. Eine andere Frage, und zwar eine Frage der Beweiswürdigung, ist es, ob der Beklagte den ihm obliegenden Beweis der Zahlung durch die angeführten Erklärungen des Geschäftsführers bis zum Beweise des Gegenteils erbracht hat.

2. Zurückbehaltungsrecht. JDR. **9** § 19 Ziff. 3 = SeuffA. **66** 147, BauersZ. **18** 184.

3. Abtretung und Pfändbarkeit des Anspruchs auf Beitragsleistung. **RG. 76** 434, R. **11** Nr. 2999. Die Gesellschaft ist berechtigt, ihre Forderung auf Zahlung der Beiträge abzutreten (ebenso Staub-Hachenburg § 19 Anm. 25). § 46 Ziff. 2 G. steht nicht entgegen, weil die Gesellschafter bei der Einforderung von Einzahlungen auf die Stammeinlage nur als Organ der Gesellschaft handeln. Es bedarf auch zur Einziehung des gepfändeten Anspruchs keines Beschlusses der Gesellschafter nach § 46 Ziff. 2.

4. Aufrechnungsbefugnis der Gesellschaft. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 327. Durch die Bestimmung im § 19 Abs. 2, wonach die Gesellschafter gegen den Anspruch der GmbH. auf die Stammeinlagen nicht mit den ihnen gegen die Gesellschaft zustehenden Forderungen aufrechnen können, wird das Recht der Gesellschaft nicht berührt, ihrerseits gegen Forderungen der Gesellschafter mit ihrem Anspruch auf die rückständigen Einzahlungen aufzurechnen.

5. Barzahlung der Stammeinlagen. ÖstZBl. **11** 428 (Wien). Ein Gesellschafter wird von der Verpflichtung zur Barzahlung der Stammeinlage nicht durch eine nachträglich mit den Gesellschaftsorganen vereinbarte Lieferung von Sachen (oder Abtretung von Patentrechten) befreit. — Die Entscheidung des österreichischen Gerichts stützt sich wesentlich darauf, daß ein Aufrechnungsvertrag nach dem ÖstGmbHG. ausgeschlossen sei. Für das deutsche Recht vgl. über die Zulässigkeit einer vertragsmäßigen Aufrechnung **RG.** JW. **01** 755, HoldheimsMSchr. **12** 155.

§ 21. Ausschlußverfahren. Verspätete Einsendung der rückständigen Einlage. BauersZ. **18** 207. Die rückständige Einlage muß am letzten Tage der einmonatigen Nachfrist der Gesellschaft zugegangen sein, damit die Kaduzierung unmöglich wird. Absendung innerhalb der Frist genügt noch nicht; es muß auch die Aushändigung vor Fristablauf erfolgen.

§ 29. Reingewinn. Pfeifer, Der Reingewinn, seine Feststellung und Verwendung (Diss.).

§ 30. Verbot der Stammkapitalsauszahlung. 1. Rückkauf von Geschäftsanteilen durch die Gesellschaft. **RG. 76** 306, R. **11** Nr. 2766. Verpflichtet sich die Gesellschaft bei dem Verkauf eines Geschäftsanteils zum Rückkaufe, so verstößt dies nicht gegen § 30 Abs. 1, da gegebenenfalls die Rückzahlung des Kaufpreises nicht von dem Käufer als Gesellschafter, sondern als Käufer und nicht als Zahlung aus dem Stammkapital, sondern als Erstattung des Kaufpreises verlangt wird.

2. Abs. 2. *Knappe, Die Rückzahlung von Nachschüssen und die Verwendung des Nachschußkapitals bei der GmbH., JW. **11** 899. Eine Verwendung des Nachschußkapitals ist nur möglich, wo eine Debitierung des Nachschußkapitalkontos möglich ist. Nicht immer aber, wo dies möglich ist, ist eine Verwendung des Nachschußkapitals auch zulässig. Vielmehr darf durch eine Verwendung des Nachschußkapitals das zur Erhaltung des Nachschußkapitals (neben dem Stammkapital) erforderliche Vermögen der Gesellschaft nur unter Beobachtung der im § 30 Abs. 2 GmbHG. gegebenen Bestimmungen ausgezahlt werden.

§ 33. Erwerb eigener Anteile. **RG. 76** 306, R. **11** Nr. 2767. Übernimmt die Gesellschaft die Verpflichtung, einem anderen einen noch im Besitze eines Dritten befindlichen nicht voll eingezahlten Geschäftsanteil zu verschaffen, so liegt darin kein Verstoß gegen § 33 Abs. 1, weil dadurch nicht der Erwerb des Anteils durch die Gesellschaft bezweckt ist.

§ 34. Amortisation. BauersZ. **18** 129. Einfluß einer Amortisation von Geschäftsanteilen auf die in die Bilanz einzustellende Höhe des Stammkapitals.

Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung.

§ 35. 1. Wer kann Geschäftsführer sein? HoldheimsMSchr. **11** 323 bejaht im Gegensatze zu Staub-Hachenburg § 35 Anm. 38 und Ritter, HGB. § 231 Anm. 3 die Frage, ob eine GmbH. als Gesellschafterin einer solchen zu deren Geschäftsführerin bestellt werden kann. Vgl. RJA. **11** 31, wo vom KG. die Ansicht vertreten wird, daß die gesetzlichen Vertreter eines einer Genossenschaft als Mitglied angehörigen Kommunalverbandes nur dann Vorstände der Genossenschaft werden können, wenn sie für ihre Person Genossen sind.

2. Begriff des Vertreters. BauersZ. **18** 206. Der Ingenieur einer GmbH. ist als solcher noch nicht Vertreter derselben. In der Mitteilung der GmbH., ihr Ingenieur werde anwesend sein, um mit der Klägerin die Angelegenheit bezüglich der geänderten Bestellung zu „besprechen", liegt noch nicht, daß der Ingenieur zum Vertreter bestellt werde, der für die GmbH. verbindliche Erklärungen abgeben dürfe.

3. Gesamtvertretung. **a**) Ausscheiden eines Kollektivvertreters. BauersZ. **18** 155. Dadurch, daß einer von zwei gemeinsam zeichnenden Geschäftsführern ausscheidet, wird der Zurückgebliebene nicht zum Alleinvertreter. **b**) **RG.** R. **11** Nr. 2763. Auch wenn der Gesellschaftsvertrag die Zeichnung namens der Gesellschaft durch zwei Prokuristen ausdrücklich erwähnt, kann diese Befugnis dem einen oder anderen Prokuristen mangeln. Ist z. B. im Statute bestimmt, daß die Vertretung der Gesellschaft erfolgt von einem zur selbständigen Vertretung ausdrücklich ermächtigten Geschäftsführer oder von einem Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen oder von zwei Prokuristen und heißt es dann weiter: „dem S. und R. ist in der Weise Gesamtprokura erteilt, daß jeder von ihnen in Gemeinschaft mit einem Geschäftsführer die Gesellschaft vertritt", dann läßt sich diese Regelung nicht als eine Erweiterung, sondern nur als eine Beschränkung der im allgemeinen im Statute für die Prokuristen vorgesehenen Vertretungsbefugnis auffassen. **c**) BauersZ. **18** 204. Keine statutarische Ermächtigung des Aufsichtsrats, einem kollektivzeichnenden Geschäftsführer das Recht zur Alleinzeichnung zu verleihen. Vgl. § 52. **d**) Nachträgliche Zustimmung, stillschweigende Genehmigung zur einseitigen Handlung eines Kollektivvertreters. **RG. 75** 419, LeipzZ. **11** 461, JW. **11** 491, BauersZ. **18** 224 u. 276, R. **11** Nr. 2225, 2226. Einer Genehmigung eines Kollektivvertreters, der bei einem Abschlusse nicht mitgewirkt hat, muß es rechtlich gleichstehen, wenn die sämtlichen Kollektivvertreter im Einverständnisse miteinander im Namen des Vertretenen dem Vertragsgegner gegenüber ihren Genehmigungswillen bekunden, in welchem Falle in der Regel das für die Genehmigung in Betracht

kommende Verhalten des einen Vertreters den übrigen zuzurechnen ist. Wenn der Vertragsgegner in Unkenntnis des Kollektivvertretungsverhältnisses oder die Genehmigung des anderen Kollektivvertreters annehmend der GmbH. gegenüber Schritte vornimmt, die ersichtlich die Wirksamkeit des Vertrags zur Voraussetzung haben und wodurch auch der andere Kollektivvertreter von dem Vertrage Kenntnis erlangt, so erheischen die Grundsätze von Treu und Glauben, daß sich der nicht bei dem Vertragsabschlusse beteiligte Geschäftsführer unverzüglich über die Genehmigung schlüssig macht und dem Vertragsgegner gegenüber eine Erklärung hierüber entweder selbst abgibt oder von seiten der Gesellschaft veranlaßt. Erfolgt eine solche Mitteilung nicht, so muß in der Regel — namentlich bei bloß mündlich oder telephonisch erfolgten Abschlüssen, bei denen ein gemeinsames Handeln mehrerer Kollektivvertreter nicht verkehrsüblich ist — der Vertragsgegner zu der Annahme berechtigt sein, daß der Vertrag auch von dem bei dem Abschlusse nicht beteiligten Kollektivvertreter genehmigt sei.

4. Gehaltsansprüche des Geschäftsführers. a) BauersZ. **18** 130. Ein Geschäftsführer, mit dem nach Umfluß der festen Vertragsdauer das Dienstverhältnis nicht erneuert, der aber, wenn auch in untergeordneter Stellung, weiter beschäftigt wird, hat mangels einer näheren Regelung gemäß § 625 BGB. Anspruch auf das bisher bezogene Gehalt. **b**) BauersZ. **18** 112. Bedeutung der Vorschrift im Anstellungsvertrage, daß dieser nur in schriftlicher Form geändert werden könne, für den Fall, daß dem Geschäftsführer formlos eine Gehaltserhöhung zugebilligt würde. **c**) R. **11** Nr. 2991 (Colmar). Wenn die Geschäftsführer — zugleich Teilhaber der Gesellschaft — ohne Bezifferung ihres Gehalts im Gesellschaftsvertrag angestellt, demnächst aber (unter ihrer Beteiligung an der Abstimmung) ihr Gehalt von der Mitgliederversammlung auf eine bestimmte Summe „pro Jahr festgelegt" worden ist, so kann eine solche zeitlich nicht beschränkte mithin für die Dauer der Gesellschaft getroffene Festsetzung von der Mitgliederversammlung nicht widerrufen, namentlich kann nicht wegen ungünstigen Jahresabschlusses das Gehalt der Geschäftsführer ohne deren Zustimmung herabgesetzt werden.

5. Konkurrenzverbot für den Geschäftsführer. **a**) **RG.** LeipzZ. **11** 787, HoldheimsMSchr. **11** 171, BauersZ. **18** 260. Jemand, dessen Unternehmen in eine GmbH. umgewandelt wurde, ist mangels einer ausdrücklichen Vereinbarung nicht gehindert, der GmbH. nach seinem Austritt als Geschäftsführer Konkurrenz zu bereiten. Eine unberechtigte einseitige teilweise Zurückziehung seiner Einlage ist darin nicht zu erblicken. Sein Verhalten verstößt nicht gegen § 826 BGB., auch kann kein stillschweigend vereinbartes Wettbewerbsverbot unterstellt werden, da die GmbH. von vornherein für den Fall des Ausscheidens mit der Möglichkeit einer solchen Konkurrenz rechnen mußte. **b**) BauersZ. **18** 266. Keine Pflicht zur Zahlung der auf Verletzung des Konkurrenzverbots gesetzten Vertragsstrafe bei grundloser Entlassung oder bei dem durch das rechtswidrige Verhalten der GmbH. verschuldeten Austritte des Geschäftsführers. **c**) BauersZ. **19** 10 hält es für zulässig, von einem ausgeschiedenen Geschäftsführer die vereinbarte Vertragsstrafe bei wiederholter Verletzung des Konkurrenzverbots nochmals zu verlangen.

6. BauersZ. **18** 159. Strafbarkeit des Geschäftsführers wegen Hinterziehung der Automobilsteuer.

§ 36. Berechtigung und Verpflichtung der GmbH. durch den Geschäftsführer. Rechtsgeschäfte des Geschäftsführers mit sich selbst. BauersZ. **18** 181. Der Geschäftsführer darf mit dem von ihm für die GmbH. Bevollmächtigten Rechtsgeschäfte abschließen. § 181 BGB. findet keine Anwendung, wenn ein Bevollmächtigter das Recht hat, unmittelbar dem Machtgeber einen Unterbevollmächtigten zu bestellen und nun von diesem Rechte Gebrauch macht. Vielmehr kann in diesem Falle der Unterbevollmächtigte im Namen

des Machtgebers mit dem Bevollmächtigten Rechtsgeschäfte abschließen (KGJ. **26** A 100, OLG. **12** 23, DJZ. **09** 1336).

§ 37. Beschränkung des Geschäftsführers. **RG.** **75** 164, BauersZ. **18** 183. Bestellung von Handlungsbevollmächtigten ohne die nach Statut oder nach § 46 Ziff. 7 nötige Genehmigung der Gesellschafter vgl. § 46 Ziff. 7.

§ 38. (Vgl. HGB. § 252 u. unten § 47.) I. Widerruf der Bestellung. 1. Stimmrecht. **a)** RJA. **10** 262, ZBlFG. **11** 501, BauersZ. **18** 188 (KG.). Auch der Gesellschafter, der abberufen werden soll, ist stimmberechtigt. **b)** BauersZ. **18** 188 (KG.). Bei Stimmengleichheit gilt der Abberufungsantrag als abgelehnt.

2. Gründe für Entlassung des Geschäftsführers. **a)** Bauers Z: **18** 130. Der Umstand, daß sich ein Geschäftsführer nicht als erste Kraft bewährt, rechtfertigt seine sofortige Entlassung nicht. **b)** **RG.** BauersZ. **18** 111. Die Auflösung der GmbH. wegen mangelnder Rentabilität bildet keinen Grund zur sofortigen Beendigung des Dienstverhältnisses des Geschäftsführers.

3. Suspension des Geschäftsführers. BauersZ. **18** 203. Der Geschäftsführer muß sich eine Suspension seiner Tätigkeit gefallen lassen. Den Anspruch auf seine Bezüge verliert er dadurch nicht. Auch gibt die Suspension dem Geschäftsführer das Recht zur fristlosen Kündigung.

II. Kündigungsrecht des Geschäftsführers. **RG.** LeipzZ. **11** 301, HoldheimsMSchr. **11** 118, BauersZ. **18** 205. Wird während des Urlaubs des Geschäftsführers ohne dessen Wissen die Satzung dahin abgeändert, daß die Rechtshandlungen, zu denen der Geschäftsführer keiner besonderen Genehmigung der Gesellschaft bedurfte, wesentlich eingeschränkt werden, so kann ein solches Vorgehen als Kundgebung erheblicher Mißachtung und starken Mißtrauens den Geschäftsführer zu sofortiger Kündigung (§ 675 BGB.) und zu Schadensersatz berechtigen.

§ 39. Anmeldung von Änderungen hinsichtlich der Geschäftsführer. Prüfungspflicht des Registerrichters. Bauers Z. **18** 130, 133, 188 (KG.). Der Registerrichter ist berechtigt und verpflichtet, die ihm nach § 39 Abs. 2 G. eingereichten Urkunden daraufhin zu prüfen, ob sie die nachgesuchte Eintragung rechtfertigen; sonst hätte die Vorlegung der Urkunden keinen Zweck. Ebenso KGJ. **25** A 255, **RG.** ZBlFG. **6** 709, RJA. **10** 440 (KG.).

§ 41. Geschäftsbericht des Geschäftsführers. BauersZ. **18** 272. Auf Verlangen der Gesellschafterversammlung muß der Geschäftsführer ihr einen Geschäftsbericht vorlegen, auch wenn im Gesellschaftsvertrage die Pflicht zur Vorlage nicht festgesetzt ist.

§ 42. Bilanz. 1. BauersZ. **18** 157. Eintragung von Geschäftsanteilen einer fremden GmbH. als Aktivposten in die Bilanz, wenn sie der Gesellschaft nicht gerichtlich oder notariell übertragen sind (vgl. § 261 HGB.).

2. Aktivierung der eigenen Stammanteile in der Bilanz. JDR. **9** § 42 Ziff. 3 = BauersZ. **18** 142.

3. Ziff. 4. **a)** BauersZ. **18** 129. Ohne förmliche, dem § 58 G. entsprechende Herabsetzung des Stammkapitals darf der Geschäftsführer das Stammkapital nicht niedriger in die Bilanz einstellen; insbesondere hat die unentgeltliche Abtretung mehrerer Geschäftsanteile seitens der Gesellschafter an die Gesellschaft und eine im Anschlusse hieran nach § 34 G. erfolgende Amortisation nicht zur Folge, daß nun das Stammkapital um den Betrag der eingezogenen Stammanteile niedriger einzusetzen ist. **b)** Knappe, Die Rückzahlung von Nachschüssen und die Verwendung des Nachschußkapitals, JW. **11** 899. Während Staub-Hachenburg (3) § 42 Anm. 64 im Anschluß an Neukamp § 42 Anm. 3 c meinen, daß das Nachschußkapital nur zur Deckung einer Unterbilanz und zur Rückzahlung von Nachschüssen nach § 30 Abs. 2 G. verwendet werden dürfe, gehen andere Schriftsteller weiter und halten auch eine anderweite Verwendung des Nachschußkapitals für zu=

lässig, z. B. zu Abschreibungen (so Liebmann § 42 Anm. 6 c) oder zur Tilgung einer Schuld (so Rehm, Bilanz 124 f.). Demgegenüber stellt Knappe für die Verwendung des Nachschußkapitals folgende Grundsätze auf: „Eine Verwendung des Nachschußkapitals ist nur möglich, wo eine Debitierung des Nachschußkapitalskontos möglich ist (deshalb ist die Ansicht Rehms falsch). Nicht immer aber, wo dies möglich ist, ist eine Verwendung des Nachschußkapitals auch zulässig. Durch eine Verwendung des Nachschußkapitals darf das zur Erhaltung des Nachschußkapitals (neben dem Stammkapital) erforderliche Vermögen der Gesellschaft nur unter Beobachtung der im § 30 Abs. 2 G. gegebenen Bestimmungen ausbezahlt werden." Im einzelnen ergeben sich nach Knappe folgende Verwendungsmöglichkeiten: Verwendung zur Rückzahlung von Nachschüssen, zur Deckung einer Unterbilanz, zum Erwerb eines eigenen Anteils gemäß § 33, zum Erwerb anderer Aktiva. Zur Amortisation von Geschäftsanteilen kann das Nachschußkapital nicht verwendet werden, es sei denn, daß die Vorschriften des § 30 Abs. 2 beobachtet würden.

§ 43. Haftung des Geschäftsführers 1. Gegenüber den einzelnen Gesellschaftern. a) BauersZ. **18** 180. Dem einzelnen Gesellschafter stehen Ersatzansprüche gegen den Geschäftsführer wegen gesellschaftsschädigender Pflichtverletzung nicht zu; ein solcher Anspruch könnte weder auf § 823 Abs. 1, noch auf § 823 Abs. 2 BGB. gestützt werden. Dagegen kann **b**) BauersZ. **18** 181 ein Gesellschafter gegen den Geschäftsführer dann klagen, wenn dieser die von dem Gesellschafter beabsichtigte und von der Gesellschafterversammlung genehmigte Anteilsteilung (zwecks teilweiser Abtretung des Geschäftsanteils des Klägers) nicht genehmigt. In diesem Falle läßt sich nicht mehr davon sprechen, daß der Geschäftsführer nur der Gesellschaft und nicht auch dem einzelnen Gesellschafter haftet. Durch den Genehmigungsbeschluß der Versammlung ist für den abtretungsbereiten Gesellschafter ein Anspruch auf Ausführung der Genehmigungserklärung durch den Geschäftsführer entstanden und dieser Anspruch kann im Wege der Klage (und zwar sowohl der Erfüllungsklage als auch der Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung) geltend gemacht werden.

2. Umfang der Haftung. a) **RG.** BauersZ. **18** 204. Wegen einer beim Erwerb eines Geschäftsanteils begangenen Täuschung des Erwerbers können Geschäftsführer und Vorsitzender des Aufsichtsrats belangt werden. **b**) BauersZ. **19** 11. Berechnung des Schadens bei Inanspruchnahme eines Geschäftsführers wegen unwahrer Angaben bei Zeichnung eines Geschäftsanteils, wenn der Gesellschafter den Geschäftsanteil behält, trotzdem der Geschäftsführer sich bereit erklärte, ihm den Anteil wieder abzunehmen.

3. Vertragswidrige Konkurrenz des Geschäftsführers. BauersZ. **18** 155. Ein Geschäftsführer, der nach seinem Ausscheiden der Gesellschaft vertragswidrig Konkurrenz bereitet, ist zur Auskunftserteilung und Rechnungslegung über die gemachten Geschäfte nicht verpflichtet.

4. Verjährung der Ansprüche gegen den Geschäftsführer. BauersZ. **18** 203. Die Entschädigungsansprüche der Gesellschaft gegen einen technischen Geschäftsführer, der die ihm übertragene Einrichtung einer Fabrikanlage mangelhaft ausgeführt hat, verjähren gemäß Abs. 4 in 5 Jahren. § 638 BGB. über die Verjährung der Ansprüche aus einem Werkvertrage findet keine Anwendung.

§ 44. Rechtsverhältnis des stellvertretenden zum ständigen Geschäftsführer. BauersZ. **18** 154. Der Stellvertreter darf von seinem Geschäftsführerrechte nur im Falle der Notwendigkeit einer Vertretung Gebrauch machen; ohne diese Notwendigkeit von ihm vorgenommene Rechtsgeschäfte sind aber gleichwohl nach außen hin gültig. Sofern nicht durch Statut oder Aufsichtsrat eine Geschäftsverteilung eingeführt ist, ist nach innen der Stellvertreter

verpflichtet, den Weisungen des ordentlichen Geschäftsführers nachzukommen; dafür trägt aber auch der ordentliche Geschäftsführer insoweit allein die Haftung.

§ 45. Zuständigkeit der Gesellschafter. Anfechtung der Bilanzgenehmigung. OLG. 22 17, BauersZ. **18** 114, R. **11** Nr. 1217 (Düsseldorf). Aus dem Fehlen der Gewinn- und Verlustrechnung allein kann ein Gesellschafter kein Recht herleiten, den Bilanzgenehmigungsbeschluß anzufechten.

§ 46. Einzelne Zuständigkeiten der Gesellschafter. 1. Ziff. 2. Pfändung von Einlagerückständen. BauersZ. **18** 225, DJZ. **11** 708 (KG.). Ist der Anspruch der Gesellschaft gegen Mitglieder, Geschäftsführer oder Gründer von einem Gesellschaftsgläubiger gepfändet und ihm überwiesen, so kann der Gläubiger nunmehr alle Rechte, die bis dahin der Gesellschaft zustanden, ausüben. Der Schuldnerin (d. h. der Gesellschaft) und ihren Organen steht eine Bestimmung darüber, ob der Anspruch erhoben werden soll oder nicht, nach der Pfändung nicht mehr zu. Der Gläubiger kann also den für ihn gepfändeten Anspruch geltend machen, auch ohne daß ein Beschluß der Gesellschafter nach § 46 Ziff. 2 ergangen ist. Vgl. **RG. 76** 434.

2. Zu Ziff. 4. BauersZ. **18** 181. Klage eines Gesellschafters gegen den Geschäftsführer, weil dieser die von der Gesellschafterversammlung genehmigte Anteilsteilung nicht bestätigt hat (vgl. § 43).

3. Ziff. 6. Überwachung der Geschäftsführung; Rechenschaftspflicht. a) BauersZ. **19** 12, R. **11** Nr. 1643 (KG.). Abgesehen von besonderen Umständen (vgl. Staub § 45 Anm. 49, § 46 Anm. 32) ist der Geschäftsführer einer GmbH., auch wenn er Mitgesellschafter ist, zur Auskunft über den Reingewinn und dessen Verwendung nur der Gesellschaft als solcher, nicht dem einzelnen Gesellschafter gegenüber verpflichtet. b) R. **11** Nr. 2992 (Colmar). Ob die Mitgliederversammlung die ihr nach Ziff. 6 (vorbehaltlich anderweiter Bestimmung der Statuten) übertragenen Prüfungs- und Überwachungsmaßregeln unmittelbar oder durch Vermittlung eines von ihr bestellten Revisors treffen will, ist ihrem Ermessen anheimgegeben. Die Versammlung darf auch an die Geschäftsführer Vorschriften über die Art und Weise der Einziehung der ausstehenden Forderungen erlassen.

4. Ziff. 7. Bestellung eines Handlungsbevollmächtigten durch den Geschäftsführer ohne Zustimmung der Gesellschafter. **RG. 75** 164, LeipzZ. **11** 461, JW. **11** 334, BauersZ. **18** 183, 252, R. **11** Nr. 1411. Das Fehlen der Gesellschaftergenehmigung zur Bestellung eines Handlungsbevollmächtigten ist Dritten gegenüber einflußlos. Die Rechtsgeschäfte der vom Geschäftsführer ohne Zustimmung der Gesellschafter bestellten Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten haben also nach außen Geltung. AM. Förtsch und Staub-Hachenburg.

§ 47. Stimmrecht. I. Ausschluß von der Debatte. BauersZ. **18** 207. Dem vom Stimmrecht Ausgeschlossenen kann auch die Teilnahme an der Debatte, ja die bloße Anwesenheit in der Generalversammlung verboten werden.

II. Abs. 4. Stimmrecht eines Mitglieds bei seiner Wahl als Geschäftsführer und Festsetzung seines Gehalts oder bei seiner Abberufung. 1. JDR. **9** § 47 Ziff. 2 a auch JW. **11** 65, Bauers Z. **18** 156. Vgl. auch BauersZ. **18** 112 (Frankfurt), BauersZ. **18** 132 (KG.), R. **11** Nr. 439 (KG.). Vgl. weiter oben § 38 Ziff. I und HGB. § 252.

2. **RG.** LeipzZ. **11** 219, HoldheimsMSchr. **11** 120, BauersZ. **18** 157. Auch wenn später und nach bereits erfolgter Bestellung eines Mitglieds als Geschäftsführer eine Neuregelung, z. B. Erhöhung des Gehalts stattfindet, ist der Geschäftsführer zur Stimmabgabe berechtigt, weil hierdurch die Einheit des ganzen Vertragsverhältnisses nicht aufgehoben wird.

3. BauersZ. **18** 131 (KG.). Auch ein Gesellschafter, der als Geschäftsführer abberufen werden soll, hat hierbei das Stimmrecht.

4. KG., JDR. **9** § 47 Ziff. II 2 b β auch ZBlFG. **11** 501.

§ 48. Gesellschafterversammlung. 1. Arglistige Abstimmung eines Gesellschafters. **RG.** LeipzZ. **11** 219, R. **11** Nr. 1218. Da der Eintritt in die Gesellschaft einen Vertrag zwischen dem Eintretenden und den Mitgesellschaftern und sich hieraus ergebende gegenseitige Pflichten nicht begründet, sofern nicht die Satzung oder eine sonstige Vereinbarung der Gesellschafter dem einen Gesellschafter gegen den anderen besondere Pflichten auferlegt, so haftet ein Gesellschafter, der bei der Abstimmung arglistig verfährt, nur auf Grund der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen, die das Verhalten außerhalb des Vertrags regeln (§§ 823, 826 BGB.) für den entstandenen Schaden.

2. Aufhebung und Nichtanwendung von Gesellschafterbeschlüssen. BauersZ. **18** 256 wendet sich gegen die vom KG. im Urteile vom 26. Mai 1911 aufgestellte Behauptung, daß ein Gesellschafterbeschluß so lange als bindende und maßgebliche Entschließung der GmbH. anzusehen sei, bis er durch rechtskräftiges Urteil wieder aufgehoben sei. Ein Gesellschafterbeschluß kann unstreitig wieder aufgehoben werden durch einen späteren entgegengesetzten Beschluß; ferner kommt auch die Nichtanwendung desselben in Betracht, so daß er keinerlei Wirkung äußert.

§ 49. 1. Berufung der Gesellschafterversammlung. BauersZ. **18** 181. Das Recht zur Berufung der Gesellschafterversammlung kann der Geschäftsführer nicht auf einen anderen übertragen.

2. Kosten einer Generalversammlung. BauersZ. **18** 161, R. **11** 230 (KG.). Wenn auf Antrag eines Gesellschafters die Gesellschafterversammlung durch den Geschäftsführer einberufen wird, so kann die Gesellschaft nicht ohne weiteres von dem Antragsteller Erstattung der Kosten verlangen. Die Vorschrift des § 50 Abs. 3 Satz 2 bezieht sich nur auf den Fall, daß der Gesellschafter die Einberufung selbst bewirkt hat.

§ 52. Aufsichtsrat. Umfang der Vertretungsmacht. BauersZ. **18** 204. Aufsichtsrat, Baurat oder Vertrauensmann können durch das Statut nicht ermächtigt werden, einem kollektiv zeichnenden Geschäftsführer das Recht zur Alleinzeichnung zu verleihen. Eine solche erteilte Einzelvertretung besteht nur als beschränkt wirkende Handlungsvollmacht nach § 54 HGB. zu Recht.

Vierter Abschnitt. Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

§ 53. Abs. 3. 1. Vgl. § 55.

2. BauersZ. **18** 226. Die Verpflichtung der Gesellschafter zur Aufbringung einer Unterbilanz gilt nur, wenn sie im Gesellschaftsvertrage vorgesehen wurde. Eine privatschriftliche Vereinbarung der Gesellschafter genügt nicht.

§ 54. Änderungsanmeldung. Verspätete Eintragung einer Satzungsänderung. Marcus, HoldheimsMSchr. **11** 166. Eine Satzungsänderung wird wirkungslos, wenn, ehe sie zur Eintragung gelangen konnte, die Gesellschaft infolge des satzungsgemäßen Endtermins aufgelöst war. Z. B. ein am 27. Dezember gefaßter Abänderungsbeschluß auf Fortdauern der GmbH. auf weitere zwei Jahre gelangt erst am 2. Januar an das Registergericht, während nach der Satzung die GmbH. am 31. Dezember endete. Fraglich kann sein, ob die Unwirksamkeit sozietätsrechtlich, d. h. unter den beschließenden Gesellschaftern insoweit negiert werden kann, als man die Gesellschafter zur Miterrichtung der neu zu gründenden GmbH. auf Grund ihrer Teilnahme an dem Beschlusse für verpflichtet erklärt, so daß nach § 894 ZPO. ihre Willenserklärung durch Urteil erzwungen werden könnte.

§ 55. Stammkapitalserhöhung. I. Unzulässige Bedingungen bei Stammkapitalserhöhung, Schaffung von Vorzugsgeschäftsanteilen. **RG. 76** 155, JW. **11** 598, LeipzZ. **11** 614, BauersZ. **18** 257, R. **11** Nr. 2393. Es kann nicht anläßlich einer durch Ausgabe von Vorzugsanteilen zu beschaffenden Stammkapitalserhöhung einer GmbH. durch Mehrheitsbeschluß bestimmt werden, daß die Gesellschafter, die einen gewissen Prozentsatz ihrer bisherigen Stammeinlage zeichnen, durch diese Zeichnung nicht allein in Höhe dieser Zeichnung Vorzugsgeschäftsanteile erwerben, sondern auch ihren seitherigen Geschäftsanteilen die Eigenschaft von Vorzugsanteilen verschaffen. Der durch diesen Beschluß ausgeübte Zwang zum Bezuge neuer Geschäftsanteile geht weiter, als das für zulässig zu erachtende Verlangen, die Zurücksetzung der alten Geschäftsanteile durch Zuzahlung auf diese auszugleichen. Ein solcher Beschluß könnte nur einstimmig gefaßt werden.

II. Übernahme neuer Geschäftsanteile. **RG. 77** 152, R. **11** Nr. 3942. Wer eine Übernahmeerklärung hinsichtlich neuer Geschäftsanteile abgibt, bevor die Kapitalserhöhung rechtswirksam geworden ist, will sich nicht abstrakt zur Zahlung einer Summe verpflichten, sondern eine Verbindlichkeit nur eingehen, wenn ein rechtsgültiger Kapitalserhöhungsbeschluß vorliegt. Die Rechtswirkung dieses Beschlusses kann nach Konkurseröffnung über das Vermögen der GmbH. mangels Eintragungsmöglichkeit nicht mehr entstehen.

III. Form. 1. Beschluß auf Erhöhung des Stammkapitals vor Eintragung der GmbH. **RG.** SächsRpflA. **11** 40 vgl. § 11.

2. Übernahmevorverträge R. **11** Nr. 1220 s. schon JDR. **9** § 55 Ziff. II c.

3. Übernahme von Stammanteilen durch öffentlich-rechtliche Verbände R. **11** Nr. 1219 (KG.) s. schon JDR. **9** § 55 Ziff. II b.

4. BauersZ. **18** 208 (KG.). Die privatschriftliche Zeichnung eines Stammanteils bei Kapitalserhöhung ist ungültig; daran ändert auch die teilweise Einzahlung nichts.

§ 58. Stammkapitalsherabsetzung. BauersZ. **19** 13. Zulässigkeit der Schaffung von Stammanteilen, die unter 500 M. betragen und nicht durch 100 teilbar sind (vgl. § 5).

Fünfter Abschnitt. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

§ 60. Auflösungsgründe. 1. BauersZ. **18** 114 (Rostock). Ein Austrittsrecht eines Gesellschafters besteht nicht.

2. Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand. SächsOVG. **16** 189, DJZ. **11** 824 (SächsOVG.). Im Gegensatze zu Neukamp GmbH. 372 und in Übereinstimmung mit allen übrigen Kommentaren und der Rechtsprechung (vgl. **RG. 68** 172) ist anzunehmen, daß die Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand nicht zur Auflösung der GmbH. führt, vielmehr deren Vermögen seine rechtliche Selbständigkeit behält.

3. Zeitpunkt der Auflösung in den Fällen Nr. 2 und 3 § 60 G. Marcus, HoldheimsMSchr. **11** 183. Im Gegensatze zu Staub und Neukamp, nach denen die Auflösungsgründe ohne weiteres, also ohne Eintragung wirken sollen, wird die Ansicht vertreten, daß ihre Wirkung von der Eintragung abhängig ist.

§ 61. Auflösungsklage. 1. Wichtiger Auflösungsgrund. a) **RG.** LeipzZ. **11** 301, BauersZ. **19** 12. Wenn ein Gesellschafter z. B. dadurch, daß er ein für die GmbH. zu erwerbendes Grundstück für sich erwarb, die Interessen seiner Gesellschaft absichtlich geschädigt und seinen Mitgesellschafter zur Erlangung eines eigenen Vorteils getäuscht hat, so liegt darin ein wichtiger Grund nach § 61 Abs. 1. Der Umstand, daß der privatschriftliche Vertrag, in dem die Erwerbung des Grundstücks für die Gesellschaft vorgesehen war, der nach § 313 BGB. erforder-

lichen Form entbehrte, ist dabei belanglos. b) BauersZ. **18** 259 (KG.). Feindseliges Verhalten der beiden einzigen Gesellschafter kann ein Grund sein, um die Auflösung der GmbH. klagend zu verlangen. c) Ebenso **RG.** BauersZ. **18** 260, LeipzZ. **11** 787, HoldheimsMSchr. **11** 171, aber unter Betonung, daß die Verschuldensfrage maßgebend ist und daß ein Gesellschafter dann nicht auf Auflösung klagen kann, wenn er selbst allein oder auch nur hauptsächlich an dem den Gesellschaftswert gefährdenden Zerwürfnisse die Schuld trägt.

2. Klage eines Dritten gegen die Gesellschafter auf Fassung eines Beschlusses auf Auflösung oder Löschung der Firma. **RG.** JW. **11** 463. Dem Dritten, der durch eine unerlaubte Handlung seitens der Gründer einer GmbH. zu Schaden kommt, können daraus Schadensersatzansprüche gegen die Gründer erwachsen, einen Anspruch auf Beseitigung des gültig zustande gekommenen Gesellschaftsvertrags, sei es auch nur einzelner Punkte desselben, hat er gegen die Gründer nicht. Es steht mit dem Wesen einer GmbH. in grundsätzlichem Widerspruche, daß die einzelnen ihr angehörigen Gesellschafter auf Grund von unerlaubten Handlungen, die sie vor der Entstehung der Gesellschaft begangen haben, Dritten gegenüber zu einem gewissen Tun innerhalb der Gesellschaft verpflichtet sein und gehalten werden sollen, als Gesellschafter auch eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags durch Gesellschaftsbeschluß hinzuwirken, während sie doch als Gesellschafter nur die Pflichten zu erfüllen haben, die ihnen der Gesellschaft gegenüber obliegen und dem Dritten (aus seinen Interessen heraus) ein Einfluß auf die Gesellschaft und deren Maßnahmen nicht zusteht.

§ 63. 1. Konkurs. BauersZ. **18** 133 (Dresden). Wechsel der Gesellschafter und Veräußerung von Geschäftsanteilen während des Konkurses. Vgl. § 17 zu I.

2. Die Gesellschafterversammlung im Konkurse der GmbH. BauersZ. **18** 273. Trotz der Konkurseröffnung geht eine Reihe von Befugnissen nicht auf den Konkursverwalter über, sondern bleibt bei der Gesellschafterversammlung. Hierher gehören die Einforderung von Nachschüssen, Teilung sowie Einziehung von Geschäftsanteilen, Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern und Aufsichtsratsmitgliedern, Entlastung derselben, Maßregeln zur Prüfung und Nachprüfung der Geschäftsführung, Geltendmachung der vom Konkursverwalter abgelehnten Ersatzansprüche gegen Gesellschafter oder Geschäftsführer aus der Gründung, Abschluß eines Zwangsvergleichs, Änderung des Gesellschaftsvertrags, ebenso der Fall, wenn der Konkursverwalter das Geschäft samt Firma veräußern will. Die Kosten der Versammlung fallen nicht der Konkursmasse zur Last, sondern sind von den Veranstaltern zu tragen.

§ 64. Konkurspflichten der Geschäftsführer. 1. Pflicht der Liquidatoren zur Stellung des Konkursantrags. **RG.** BadRpr. **11** 96. Die Verantwortlichkeit aus §§ 64, 71 setzt allerdings ein Verschulden voraus. Haben die Liquidatoren aber die Überschuldung gekannt, so ist dem Ermessen der Liquidatoren darüber, was sie zu tun haben, angesichts des bestimmten Wortlauts des Gesetzgebers jeder Spielraum versagt (**RG.** [Straff.] **37** 26 u. 325). Ein Beschluß der Gesellschaftsgläubiger oder der Gesellschafter darf die Liquidatoren von Beobachtung der ihnen durch §§ 64, 71 auferlegten Pflichten nicht abhalten. Ob die Liquidatoren unter Umständen als entschuldigt gelten können, wenn sämtliche Gesellschafter und sämtliche Gesellschaftsgläubiger einer Verschiebung der Konkursanmeldung zustimmen, ist hier nicht zu erörtern.

2. Bilanzmäßige Überschuldung. **RG.** (Straff.) **44** 49, BauersZ. **18** 157, R. **11** Nr. 2270. Es ist nicht notwendig, daß der Bilanzabschluß die Überschuldung förmlich zum Ausdrucke bringt, d. h. daß die Bilanz mit einem äußer-

lich als solchen kenntlich gemachten Passivsaldo abschließt. Die Bedeutung der Vorschrift des § 64 liegt vielmehr darin, daß der Sache nach Überschuldung eingetreten sein muß, daß es aber nicht genügen soll, deren Vorhandensein und das lediglich auf inneren Vorstellungen beruhende Bewußtsein der Geschäftsführer von ihr für die in Betracht kommende Zeit im Prozeßwege nachträglich festzustellen, sondern daß als weitere gesetzliche Voraussetzung für die im § 64 bezeichnete Antragspflicht zu der Tatsache vorhandener Überschuldung noch deren Erweislichkeit durch eine aufgestellte Bilanz und deren Erkennbarkeit aus der Bilanz hinzutreten muß. Solche Erkennbarkeit ist auch dann gegeben, wenn die Bilanz so aufgestellt ist, daß die Überschuldung durch nachweislich unrichtige Einstellung von Aktivposten verdeckt erscheint und die Geschäftsführer sich dessen bewußt sind.

§ 65. Anmeldung der Auflösung. ZAktWes. **11** 60. Keine Einleitung des Löschungsverfahrens durch den Registerrichter wegen Aufgabe des Geschäftsbetriebs. Vgl. HoldheimsMSchr. **11** 29 (KG.).

§ 66. Liquidation. 1. Abs. 1. Markus, HoldheimsMSchr. **11** 28, bejaht im Gegensatze zu Staub und Neukamp die Frage, ob die Ernennung des Liquidators durch Gesellschafterbeschluß einer Behörde oder der Handelskammer übertragen werden kann.

2. Abberufung der Liquidatoren. Beschwerde. RJA. **11** 30, BauersZ. **18** 279 (KG.). Gegen die gerichtliche Abberufung des Liquidators steht nur der Gesellschaft selbst und dem abgerufenen Liquidator das Beschwerderecht zu, nicht aber den einzelnen Gesellschaftern. Ebenso OLG. **8** 235 (KG.); aM. Staub-Hachenburg (3) § 66 Anm. 5.

3. Verbindung des Antrags auf Abberufung des Liquidators und auf gerichtliche Ersatzbestellung. Marcus, HoldheimsMSchr. **11** 322. Für das Einschreiten des Registerrichters durch Abberufung genügt, daß der antragsgemäß Abzuberufende sich als disqualifiziert erweist. Daraus folgt aber noch nicht die Berechtigung zu sofortiger richterlicher Ersatzbestellung. Sie kann vielmehr nur dann Platz greifen, wenn die Konstitution der Gesellschaft keine Möglichkeit zur Bestellung eines Liquidators mehr bietet, wenn also weder das Statut eine Bestimmung enthält noch ein Gesellschafterbeschluß vorliegt, noch endlich die Aufstellung des Geschäftsführers als Liquidator möglich ist.

§ 72. Vermögensverteilung. **RG.** LeipzZ. **11** 219. Vereinbarung des Rückfalls der Sacheinlagen an den Einlegenden im Falle der Auflösung der GmbH. ist zulässig; doch darf natürlich die Rückgabe nur unter Beobachtung des § 73 erfolgen.

§ 74. Beendigung der Liquidation. Wiedereröffnung der Liquidation trotz Löschung der Firma. Marcus, HoldheimsMSchr. **11** 166. In allen Fällen, in denen die Durchführung der Liquidation sich als nicht beendet erweist, ist eine Wiedereröffnung zulässig. Antragsberechtigt sind die Gläubiger, die Gesellschafter der GmbH., frühere Aufsichtsratsmitglieder, ebenso auch die früheren Liquidatoren. Wird dem Antrag auf Wiedereröffnung entsprochen, so ist der Löschungsvermerk wieder zu löschen und die GmbH. als fortbestehend ohne Weiteres einzutragen. Für das Verfahren nach §§ 142, 143 FGG. ist kein Raum.

§ 75. 1. Nichtigkeit wegen Formmangels des Gründungsvertrags. Keine Heilung durch Eintragung vgl. § 2.

2. Offizialverfahren auf Löschung der Firma. a) RJA. **11** 33, BauersZ. **19** 14 (KG.). Das nach §§ 142, 144 FGG. mit dem Ziele auf Löschung eingeleitete Verfahren des Registergerichts ist gültig, auch wenn die der Gesellschaft zur Geltendmachung eines Widerspruchs bestimmte Frist entgegen § 144 Abs. 3 FGG. nicht drei Monate beträgt. Die Gesellschafter gelten nicht als Beteiligte an

dem Verfahren. b) Marcus, HoldheimsMSchr. **11** 97. Das Registergericht oder das nach § 143 FGG. zuständige Landgericht muß das Verfahren nicht durchaus mit der Benachrichtigung von der bereits bestehenden Löschungsabsicht unter fixierter Fristbestimmung beginnen, sondern darf sich begnügen, ohne diese Formalitäten die betreffende GmbH. zunächst auf den Mangel, der nach § 76 G. heilbar wäre, hinzuweisen, und braucht erst dann mit der Eröffnung des formellen Verfahrens zu beginnen, wenn auf jenen Hinweis nicht reagiert wird.

Sechster Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 80. Umwandlung. 1. BauersZ. **18** 136. Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH.

2. BauersZ. **18** 183. Umwandlung einer GmbH. in eine Aktiengesellschaft. Ist es besser, die Stammanteile der Gesellschafter der GmbH. oder die Aktiva und Passiva der GmbH. in die Aktiengesellschaft einzubringen?

§ 82. Strafvorschriften. I. Mißbrauch der Firma seitens des Geschäftsführers. **RG.** BauersZ. **19** 12. Handelt ein Geschäftsführer durch Mißbrauch der Firma, z. B. durch unbefugte Wechselzeichnung mit der Firma, zum Nachteile der GmbH., so kann er hierwegen nicht bestraft werden. § 266 StGB. greift nicht Platz, weil die Firma kein Vermögensstück darstellt und eine dem § 312 HGB. entsprechende Bestimmung hat das Gesetz nicht.

II. Ziff. 1. 1. Zeitpunkt der Vollendung des Vergehens. **RG.** (Strafs.) **43** 323, BauersZ. **18** 109. Das Vergehen ist spätestens in dem Zeitpunkte vollendet, in dem der Registerrichter in ordnungsmäßigem Geschäftsgange die Anmeldung entgegennimmt, sobald also das Schriftstück an ihn gelangt und von ihm in amtlichen Gewahrsam genommen wird, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er den Inhalt schon kennen gelernt und geprüft hat. Eine nochmalige Zurückgabe der Eingabe ist deshalb unbeachtlich.

2. Unwahre Angaben, bezüglich deren eine Anmeldungspflicht nicht bestand. **RG.** (Strafs.) **43** 323, BauersZ. **18** 109, 188, R. **11** Nr. 1259. Der Wortlaut des Gesetzes läßt keinen Zweifel, daß die Angaben, wenn wissentlich unwahr, strafbar sind, ohne Rücksicht darauf, ob eine Verpflichtung, sie überhaupt oder in diesem Umfange zu machen, bestand oder nicht (vgl. **RG.** [Strafs.] **24** 291, **30** 319). Diese Auslegung sichert auch allein den Zweck des Gesetzes, jede arglistige Täuschung des Publikums über die finanzielle Grundlagen des Unternehmens zu verhüten.

3. Begriff der Einzahlung auf die Stammeinlage. **RG.** BauersZ. **18** 111, **RG.** (Strafs.) **43** 430. Es sind hierunter nicht nur Leistungen in barem Gelde, sondern auch Sacheinlagen zu verstehen (**RG.** [Strafs.] **38** 128); insbesondere wäre es aber verfehlt, zwischen den einzelnen Arten der Sacheinlagen zu unterscheiden und Grundstücke anders zu behandeln. Vgl. § 8.

4. Strafbarkeit des Geschäftsführers bei Zurückweisung des Antrags auf Eintragung der GmbH. **RG.** BauersZ. **18** 111, **RG.** (Strafs.) **43** 430, R. **11** Nr. 1259. Das Vergehen nach § 82 Ziff. 1 der wahrheitswidrigen Versicherung zum Zwecke der Herbeiführung der Eintragung kann nur vor dem Inslebentreten der Gesellschaft begangen werden. Es ist im Augenblicke der Abgabe der unwahren Versicherung schon vor dem Bestehen der GmbH. vollendet. Belanglos ist, ob nachher die Eintragung der Gesellschaft wirklich erfolgt Die Eintragung gehört also nicht zu den Tatbestandsvoraussetzungen.

5. **RG.** BauersZ. **18** 182, JW. **11** 251. Wenn der Geschäftsführer bei Anmeldung der Stammkapitalserhöhung verschweigt, daß die Viertelsdeckung nicht bar, sondern durch Aufrechnung erfolgte, macht er sich strafbar.

6. **RG.** BauersZ. **18** 225, JW. **11** 514. Ein Geschäftsführer wird wegen Abgabe einer unwahren Versicherung bestraft, wenn eine Bareinlage nach Gründung der GmbH. wieder zurückgegeben werden muß. Vgl. § 8.

Anhang. Steuern, Stempel und Gebühren.

Literatur: Reidnitz, Die Besteuerung der GmbH.

I. Stempelrecht und Gebühren. 1. ThürBl. **58** 26 (Jena). Stempelpflicht eines außerhalb des Herzogtums Altenburg notariell aufgenommenen Gesellschaftsvertrags einer GmbH., der zur Eintragung ins Handelsregister beim Amtsgericht in Altenburg eingereicht wird (AltenbStempG. vom 24. Dezember 1899).

2. BauersZ. **18** 136 (BayObLG.). Stempelgebühren und Besitzveränderungsabgabe bei Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH.

3. BauersZ. **18** 117 (SächsFinMin.). Berechnung des Stempels bei Gründung einer sächs. GmbH. in Ansehung der eingebrachten Aktiven und Passiven.

4. BayObLG. **10** 140. Die Gebühr für die Beurkundung der Übertragung von Gesellschaftsanteilen ist nicht nach dem Nennwerte der Anteilscheine, sondern nach dem Werte zu berechnen, den die Anteile zur Zeit der Beurkundung haben. Ist nicht in dem Verfahren nach Artt. 41, 42 BayGebG. eine anderweite Festsetzung des Wertes erfolgt, so ist für die Gebührenberechnung der in der Urkunde angegebene Betrag als Wert der Anteilscheine zu betrachten.

5. Zu Tarifst. 32 a PrStempG. v. 30. Juni 1909. **RG.** R. **11** 627. Wenn die Gesellschafter und vertretungsberechtigten Geschäftsführer einer GmbH. Grundstücke der Gesellschaft sich gegenseitig gegen Übernahme der Hypotheken zuweisen mit der Bestimmung, daß jeder eine Vollmacht der Gesellschaft erhalten solle, die ihm überwiesenen Grundstücke an sich oder einen Dritten zu veräußern, sowie zu belasten, so kann darin ein lästiges Veräußerungsgeschäft im Sinne der Tarifst. 32 a gefunden werden.

6. BayObLG. **10** 241. Für die Beurkundung eines Vertrags über die Abtretung von Geschäftsanteilen hat der Notar die volle Gebühr nach Art. 22 NotGebO. zu beanspruchen, wenn in der Urkunde nicht nur die Erklärung der Abtretung, sondern auch das zugrunde liegende Rechtsgeschäft beurkundet ist.

7. BayObLG. **11** 68. Das RGes. betr. die GmbH. steht der landesgesetzlichen Bestimmung von Gebühren für den die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH. enthaltenden Gesellschaftsvertrag nicht entgegen. Für die Urkunde über die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH. ist die im Art. 153 Abs. 2 BayGebG. bestimmte Gebühr und gemäß Art. 153 Abs. 5, soweit der eine Teil in Bayern liegende Grundstücke oder diesen gleichstehende Rechte einbringt, die Gebühr des Art. 146 und die örtliche Besitzveränderungsabgabe, soweit das Einbringen in andere Gegenstände besteht, die Gebühr des Art. 145 zu erheben. Wenn die Gesellschafter in die GmbH. in Anrechnung auf ihre Stammeinlage und unter Aufrechnung auf die gleichen Beträge ihrer Stammeinlagen die Forderungen einlegen, die ihnen aus Kreditgewährung gegen die Aktiengesellschaft zustanden und die mit dem Aktiv- und Passivvermögen der Aktiengesellschaft auf die GmbH. übergegangen waren, so handelt es sich um ein nicht in Geld bestehendes Einbringen der Gesellschafter, wofür die Gebühr des Art. 153 Abs. 5 geschuldet wird.

II. Steuern. 1. SächsOVG. **16** 189. Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand: Einfluß auf die Einkommensbesteuerung dessen, dem die Geschäftsanteile gehören.

2. PrEinkommensteuerG. vom 19. Juni 1906. **a)** R. **11** 341. Zu §§ 16, 8 Abs. 2. Gesamteinkommensabzüge bei der GmbH. **b)** R. **11** 341. Zu § 16. Wirkung des Nießbrauchsvorbehalts am abgetretenen Geschäftsanteile einer GmbH. **c)** R. **11** 341. Zu §§ 16, 9 Abs. 6. Maßgebliches Geschäftsjahr für neue GmbH.

d) R. **11** 341. Zu §§ 16, 13. Zuwachs des Anlagekapitals durch Verkauf gewerblicher Grundstücke. Vermutung der Richtigkeit der Bilanz.

3. BauersZ. **18** 200. Die GmbH. und die Wertzuwachssteuer.

4. BauersZ. **18** 210 (OVG.). Eine Terraingesellschaft mbH. darf die von ihr bezahlten Umsatzsteuern vom steuerpflichtigen Einkommen in Abzug bringen.

5. BauersZ. **19** 16 (OVG.). Die Staatseinkommensteuer ist bei der Ermittelung des steuerpflichtigen Gewinns der GmbH. nicht in Abzug zu bringen. Vgl. BauersZ. **18** 185 (preuß. R.).

Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

Vorbemerkung: Die offizielle Sammlung des RG. bringt in Band 75 kein, in Band 76 nur ein auf unser Gesetz bezügliches Erkenntnis. Es behandelt die Frage, ob der Mangel der nach der Satzung notwendigen Zustimmung aller Genossen unter allen Umständen zur Ablehnung der Eintragung des gegen diese Satzungsvorschrift verstoßenden Generalversammlungsbeschlusses führen muß, oder ob es sich dabei um einen Verstoß gegen eine zum Schutze der Genossen getroffene Vorschrift handelt, auf deren Beobachtung der Genosse durch Unterlassung der Anfechtung verzichten kann. Die Meinungen der Gerichte waren, wie auch der im JDR. **9** 1015 wiedergegebene Aufsatz von Buchdrucker, ZBlFG. **11** 567 ersehen läßt, bisher geteilt. Das RG. schließt sich der schon bisher vom KG. vertretenen Ansicht an, daß ein solcher Beschluß nichtig und für seine Anfechtung nach § 51 überhaupt kein Raum ist. Dem RG. hat sich nunmehr auch unter Aufgabe der bisher von ihm vertretenen gegenteiligen Meinung das BayObLG. **12** 406 angeschlossen. Bezüglich der Frage, ob die Beteiligung eines Genossen mit weiteren Geschäftsanteilen vor Einzahlung des ersten Geschäftsanteils zulässig ist, ist das RG. LeipzZ. **11** 385 (§ 136) auf seinem früheren Standpunkte (**73** 402) stehen geblieben.

Allgemeines.

1. Analoge Anwendung des HGB. **RG.** LeipzZ. **11** 385. Das GenG. bietet eine in sich geschlossene und erschöpfende Regelung seiner Materie, neben der für andere Gesellschaftsformen geltende Spezialvorschriften, wie § 218 HGB., nicht eingreifen können.

2. Zuständigkeit des Gewerbegerichts. DJZ. **11** 99 (GewG. Berlin). Für Lohnstreitigkeiten zwischen Produktivgenossenschaften und ihren für sie arbeitenden Mitgliedern ist das Gewerbegericht nicht zuständig.

Erster Abschnitt. Errichtung der Genossenschaft.

§ 7. Ziff. 2. Einzahlungen auf den Geschäftsanteil nach Eröffnung des Konkurses über die Genossenschaft. **RG.** **73** 410 (vgl. JDR. **9** 1020 § 98). Die Frage, ob im Konkurs einer eingetragenen Genossenschaft die Genossen auch die nach der Konkurseröffnung fällig werdenden Einzahlungen auf den Geschäftsanteil zu leisten haben, ist in Rechtslehre und Rechtsprechung (vgl. OLG. **6** 502, **16** 104) streitig. Das RG. verneint die Frage mit Parisius-Crüger 106 § 7 Bem. 3 und mit Maurer-Birkenbihl 404 § 125 Bem. 3, obwohl die Genossenschaft mit dem Eintritte des Auflösungsgrundes die Rechtspersönlichkeit nicht verliert. Bendix, SeuffBl. **11** 65, wendet gegen dieses Urteil des RG. ein, daß es zu geringen Wert darauf lege, daß der § 7 gerade die Bestimmungen enthält, die in erster Linie der Sicherheit der Gläubiger dienen und daß dazu auch die Angabe der Einzahlungen auf den Geschäftsanteil, zu denen jeder Genosse verpflichtet ist, gehört.

§ 8. Abs. 2. Unlauterer Wettbewerb einer Gen. mbH. durch das öffentliche Erbieten, auch an Nichtmitglieder Darlehen zu gewähren. LeipzZ. **11** 318 (Dresden).

§ 9. Wer kann Vorstand sein? RJA. **11** 31, R. **11** Nr. 3368 (KG.). Die gesetzlichen Vertreter eines einer eingetragenen Genossenschaft als Mitglied angehörigen Kommunalverbandes können zu Vorstandsmitgliedern der Genossenschaft nur dann bestellt werden, wenn sie selbst Genossen sind. Vgl. dagegen HoldheimsMSchr. **11** 323, abgedr. bei § 35 GmbHG.

§ 13. Beitritt einer noch nicht eingetragenen Genossenschaft zu einer anderen Genossenschaft R. **11** 867 s. schon JDR. **9** § 13 Ziff. 2.

§ 15. Literatur: Ament, Beitritt und Ausscheiden bei Genossenschaften.

1. Beitritt einer Ehefrau. SeuffBl. **11** 482, R. **11** Nr. 1816 (Bay. ObLG.). Genehmigung des Mannes ist für den Beitritt der Frau zur Genossenschaft nicht erforderlich (vgl. § 7 Ziff. 2 GmbHG.).

2. Prüfungspflicht des Registergerichts bei Beitrittserklärungen. SeuffBl. **11** 482 (BayObLG.). Das Registergericht hat, abgesehen von den §§ 120, 127 G., nur zu prüfen, ob die Beitrittserklärung die Unterschrift des Genossen trägt und unbedingt ist, sowie ob die Einreichung ordnungsmäßig durch den Vorstand erfolgt ist. Auf die Echtheit der Unterschrift und die Wirksamkeit der Beitrittserklärung erstreckt sich die Prüfung des Gerichts nicht. Eine Ablehnung der Eintragung aus diesen Gründen ist jedoch nicht ausgeschlossen, falls die Unwirksamkeit der Beitrittserklärung, ohne daß es weiterer Ermittelungen bedarf, aus den dem Gerichte bekannten Tatsachen sich als zweifellos ergibt. Daraus, daß im vorliegenden Falle die Beitretende eine Ehefrau war, ergab sich die Unwirksamkeit nicht zweifellos.

3. Anfechtung der Beitrittserklärung; Umfang des Schadensersatzanspruchs. **RG.** LeipzZ. **11** 622, HoldheimsMSchr. **11** 185. Ein Gesellschafter, der auf Grund arglistiger Täuschung seitens der Geschäftsführer der Genossenschaft beigetreten ist und nun statt des ihm vorgespiegelten Geschäftsanteils von 1000 M. einen solchen in der Höhe von 5000 M. einzahlen muß, kann von den ihn täuschenden Geschäftsführern nicht ohne weiteres Zahlung der 4000 M. Differenz verlangen. Die Ansicht, Kläger könne nach § 249 BGB. verlangen, von den Beklagten so gestellt zu werden, wie er stände, wenn die vorgetäuschte Tatsache (Höhe des Geschäftsanteils zu 1000 M.) richtig wäre, d. h. er könne das Mehr des wirklichen Geschäftsanteils ersetzt verlangen, ist falsch; die Ausführungen in **RG. 59** 157, **63** 112, **66** 337 treffen hier, wo es sich um einen außerhalb eines Vertrags geltend gemachten Schadensersatzanspruch handelt, nicht zu. Kläger kann nur Herstellung des Zustandes verlangen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Schaden (hier die Täuschung) nicht eingetreten wäre. Unter dieser Voraussetzung würde der Kläger, der der Genossenschaft nur bei einem Geschäftsanteile von 1000 M. beitreten wollte, überhaupt nicht beigetreten sein. Da die Herstellung eines dementsprechenden Zustandes den Beklagten nicht möglich ist, haben sie den Kläger nach § 251 BGB. in Geld zu entschädigen. Um ihn aber wirtschaftlich so zu stellen, wie er gestanden hätte, wenn er der Genossenschaft nicht beigetreten wäre, sind die Nachteile und Vorteile, die er durch den Beitritt gehabt, gegeneinander in Ausgleichung zu bringen. (S. a. HGB. § 189 Ziff. 3).

§ 16. 1. Einstimmigkeit bei Statutenänderung. **RG. 76** 171, JW. **11** 597, LeipzZ. **11** 707, HoldheimsMSchr. **11** 187, R. **11** Nr. 2646. Das Statut kann das Erfordernis aufstellen, daß bei gewissen Beschlußfassungen der Generalversammlungen über Statutenänderungen die sämtlichen Mitglieder anwesend sein und übereinstimmend der vorgeschlagenen Änderung zustimmen müssen.

AM. Birkenbihl-Maurer 203. Faßt in einem solchen Falle eine Generalversammlung einen Beschluß, obgleich nicht alle Genossen anwesend waren, so liegt in der Tat nur der Schein eines Generalversammlungsbeschlusses vor. Daß auf dem Weg, des § 51 hier keine Abhilfe geschaffen werden kann, ergibt sich aus den Voraussetzungen die Abs. 2 des § 51 für die Anfechtungsklage aufstellt. Keinem der in der Genossenversammlung weggebliebenen Genossen stand hiernach ein Anfechtungsrecht zu, und es kann demnach auch die diesen Genossen zustehende Berechtigung nicht durch den Nichtgebrauch der Anfechtung erloschen sein. Vgl. auch § 51 Ziff. 3.

2. Anmeldung der Statutenänderung. a) BayObLG. **11** 644, LeipzZ. **11** 310, SeuffBl. **11** 173, ZBlFG. **11** 444. Wenn auch fraglich sein kann, ob das Registergericht die Ordnungsmäßigkeit des Zustandekommens eines Generalversammlungsbeschlusses zu prüfen hat, so hat es doch jedenfalls den Beschluß zu beanstanden, wenn aus der Anmeldung selbst hervorgeht, daß bei dessen Fassung gegen Gesetz oder Statut verstoßen, z. B. die satzungsgemäße Mehrheit nicht zur Stelle gebracht worden ist. Da aber der Mangel im vorliegenden Falle in einem Verstoße gegen eine zum Schutze der Genossen getroffene statutarische Vorschrift, auf deren Beobachtung die Genossen verzichten können, beruhte und deshalb nach § 51 G. durch Unterlassung der Anfechtung geheilt werden kann, durfte das Registergericht die Eintragung nicht ohne weiteres ablehnen, sondern mußte ermitteln, ob eine Anfechtung erfolgt ist. Vgl. aber § 51. b) KG. JDR. **9** § 16 Ziff. e auch ZBlFG. **11** 499. c) BayObLG. **12** 406. Das Registergericht hat den ihm zur Eintragung vorgelegten Generalversammlungsbeschluß zu beanstanden, wenn aus der Anmeldung hervorgeht, daß bei der Fassung des Beschlusses gegen das Gesetz oder die Satzung verstoßen wurde.

3. Zinspflicht des Genossen bei Rückstand mit der erhöhten Einlage. **RG.** LeipzZ. **11** 385. Der Genosse ist nicht etwa in analoger Anwendung des § 218 HGB. verpflichtet, den Geschäftsanteil von dem Tage ab zu verzinsen, an dem die Zahlung hätte geschehen sollen, sondern die Zinspflicht beginnt, wenn für die beschlossene Erhöhung der Geschäftsanteile ein kalendermäßiger Zahlungstag nicht bestimmt war, erst mit dem Zeitpunkte der Mahnung (§ 284 BGB.).

Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnisse der Genossenschaft und der Genossen.

§ 17. Haftung der Genossenschaft für Handlungen ihrer Organe. **RG.** HoldheimsMSchr. **11** 172, R. **11** Nr. 1994. Für die vom Rechner einer Genossenschaft in Ausübung seines Amtes vereinnahmten Einlagen haftet die Genossenschaft auch im Falle der Veruntreuung.

Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung.

§ 24. 1. Ungültige Bestellung der Vorstandschaft. **RG.** LeipzZ. **11** 300. Vertretung der Genossenschaft durch einen nicht gültig bestellten Vorstand, Berufung der Generalversammlung durch einen solchen vgl. § 44.

2. Prozeßführung. **RG.** R. **11** Nr. 3943. Einer besonderen Bevollmächtigung des Vorstandes durch die Generalversammlung zur Prozeßführung bedarf es nicht, da die Genossenschaft durch ihren Vorstand gerichtlich vertreten wird.

3. **RG.** R. **11** Nr. 1994. Haftung der Genossenschaft für Veruntreuungen des Rechners vgl. § 17.

§ 25. Kenntnis eines Vorstandsmitglieds als Kenntnis der Genossenschaft. **RG.** JW. **11** 778 vgl. HGB. § 232 Ziff. 2.

§ 33. Umfang der Buchführungspflicht. **RG.** LeipzZ. **11** 623, R. **11** Nr. 2227. Die Haftung des Vorstandsmitglieds gemäß § 34 ist abzulehnen, wenn die Geschäftsbücher zwar nicht nach kaufmännischem Brauche geführt sind,

aber trotzdem ein Bild der jeweiligen Vermögenslage der Genossenschaft geben. Vgl. JDR. **9** § 33.

§ 44. Berufung der Generalversammlung. **RG.** LeipzZ. **11** 300. Auch der in nicht gültiger Weise bestellte Vorstand kann die Generalversammlung gültig berufen; anderenfalls würde eine ungültige Vorstandswahl nie durch eine gültige ersetzt werden können.

§ 47. Verletzung nicht bekannter Beschlüsse seitens eines Genossen. **RG. 75** 158, JW. **11** 378, R. **11** Nr. 1412. Verletzt ein Genosse eine ihm durch Generalversammlungsbeschluß auferlegte Genossenpflicht, so muß er sich die Anwendung der in jener Generalversammlung beschlossenen Strafbestimmung auch dann gefallen lassen, wenn er etwa von dieser Bestimmung keine Kenntnis gehabt haben sollte. Es war seine Sache, sich über die beschlossene Strafandrohung zu unterrichten; eine besondere Verpflichtung der Genossenschaft, ihm hiervon ausdrücklich Kenntnis zu geben, besteht mangels einer dahingehenden Satzungsvorschrift nicht.

§ 51. Unterlassung der Anfechtung. 1. **RG.** R. **11** Nr. 1413. Eine bei Feststellung der Stimmenmehrheit in einer Generalversammlung vorgekommene Ordnungswidrigkeit ist bedeutungslos, wenn eine Anfechtung des Beschlusses nicht erfolgt ist.

2. OLG. **22** 3, RJA. **11** 27, ZBlFG. **11** 374, ElſLothJZ. **35** 498 (Colmar). Hat die Generalversammlung die Änderung der Statuten beschlossen ohne die satzungsgemäß vorgeschriebene Zustimmung aller Genossen, so braucht diese Unregelmäßigkeit nicht dazu zu führen, daß der Eintragungsantrag von Amts wegen abgewiesen wird. Denn es handelt sich dabei nicht um einen Verstoß gegen zwingende oder sonstige zum Schutze Dritter bestehende gesetzliche Vorschriften, sondern um einen Verstoß gegen eine zum Schutze der Genossen getroffene Vorschrift, auf deren Einhaltung die Genossen verzichten können. Ein solcher Verzicht liegt in der Unterlassung der Anfechtung binnen der Einmonatsfrist. Vgl. hierzu **RG.** JW. **11** 597 bei § 16 Ziff. 1.

3. BayObLG. **12** 406, BayRpflZ. **11** 389, SeuffBl. **11** 670, LeipzZ. **11** 870, R. **11** Nr. 3240. Unter Aufgabe der in seinem früheren Beschlusse vom 14. Oktober 1910 sowie vom OLG. Colmar (s. oben Ziff. 2) vertretenen Ansicht hat das Bay. ObLG. in Übereinstimmung mit den Beschlüssen des KG. vom 13. Mai 1910 (RJA. **10** 259) und 18. November 1900 und dem Belchlusse des RG. vom 22. April 1911 (vgl. § 16 Ziff. 1) nunmehr erkannt, daß ein Generalversammlungsbeschluß in einer Angelegenheit, über die nach der Satzung nur in Anwesenheit und mit Zustimmung aller Genossen Beschluß gefaßt werden kann, unwirksam ist, wenn bei der Beschlußfassung nicht alle Genossen anwesend waren und zugestimmt haben und daß ein solcher Beschluß auch nicht dadurch wirksam wird, daß er innerhalb der Frist des § 51 nicht mit Klage angefochten wird.

Fünfter Abschnitt. Ausscheiden einzelner Genossen.

Literatur: Ament, Beitritt und Ausscheiden bei Genossenschaften. — H. Fitting, Das Ausscheiden der Genossen.

§ 65. 1. Ein- und Austritt während der Liquidation. Deumer, HoldheimsMSchr. **11** 105. Im Liquidationsstadium, nach Auflösung der Genossenschaft, ist weder ein Eintritt neuer, noch ein Austritt bisheriger Mitglieder möglich.

2. Einfluß des Konkurses eines Genossen auf die Mitgliedschaft bei einer eingetragenen Genossenschaft. Deumer, LeipzZ. **11** 536. Der Konkurs eines Genossen führt nicht die Beendigung der Mitgliedschaft herbei; er kann auch nicht statutarisch als Ausscheidungs-

grund bestimmt werden. Wohl aber kann er durch das Statut als Ausschließungsgrund festgesetzt werden nach § 68 Abs. 2 G. Parisius-Crüger § 35 Ziff. II 2 und Maurer-Birkenbihl § 65 Ziff. 3 wollen ferner im Falle des Konkurses eines Genossen dem Konkursverwalter ein Kündigungsrecht gewähren, das dieser an Stelle des verganteten Genossen ausüben soll (§ 65 G.). Das ist nicht richtig, weil das Kündigungsrecht des Genossen nicht zur Konkursmasse gehört. Ebensowenig hat der Konkursverwalter das Recht, die auf der Mitgliedschaft beruhende Berechtigung zur Benutzung genossenschaftlicher Einrichtungen (Warenentnahme usw.) im Interesse der Konkursmasse auszunutzen. Weil das Mitgliedschaftsrecht als höchst persönliches Recht dem Konkursbeschlage nicht unterliegt, bleiben auch die zahlreichen auf Grund der Mitgliedschaft mit der Genossenschaft abgeschlossenen Verträge des Genossen vom Konkurs unberührt. § 17 KO. findet also auf sie keine Anwendung. Endlich kann auch § 17 KO. nicht auf die Geld- und Sachleistungen Anwendung finden, zu denen der Genosse gesetzlich verpflichtet ist.

§ 68. Ausschluß. 1. **RG.** LeipzZ. **11** 147. Die rechtliche Wirksamkeit eines gültig zustande gekommenen Generalversammlungsbeschlusses über die Ausschließung eines Genossen hängt nicht davon ab, daß auch die Gründe der Ausschließung in das Protokoll über die Generalversammlung aufgenommen werden. Die sachliche Prüfung der Gründe steht dem Gerichte zu (vgl. JDR. **9** § 68).

2. SeuffA. **66** 287 (Dresden). Die Ausschließung aus einer eingetragenen Genossenschaft kann gerichtlich nicht vor Erschöpfung des satzungsgemäßen Instanzenzugs angefochten werden.

§ 70. Löschung von Amts wegen in der Liste. ZBlFG. **11** 176 (BayObLG.). Die Vorschrift des § 147 FGG. über die Löschung unzulässiger Eintragungen findet auch auf die Genossenliste Anwendung.

Sechster Abschnitt. Auflösung und Nichtigkeit der Genossenschaft.

§ 78. Ein- und Austritt von Genossen während der Liquidation vgl. § 65.

§ 90. Das Geschäftsguthaben im Stadium der Liquidation. Deumer, HoldheimsMSchr. **11** 105. Die Genossen können während der Liquidation eine Forderung auf das Äquivalent ihrer Einlagebeteiligung durch Beanspruchung ihres Geschäftsguthabens nicht geltend machen. Ist jedoch das Ausscheiden des Genossen vor Beginn der Sechsmonatfrist des § 75 erfolgt, sein Geschäftsguthaben aber bei Auflösung noch nicht ausgezahlt, so bildet sein Anspruch hierauf eine gewöhnliche Gläubigerforderung, der die Liquidatoren wie Ansprüchen anderer Gläubiger Genüge zu tun haben. Vgl. aber **RG.** HoldheimsMSchr. **00** 151.

Siebenter Abschnitt. Konkurserfahren und Haftpflicht der Genossen.

§ 105. Rechtliche Stellung der früheren Gesellschafter einer aufgelösten offenen Handelsgesellschaft im Konkurs einer eGenmbH., deren Genosse die Gesellschaft war. Bendix, LeipzZ. **11** 200. Eine offene Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Mitglied einer Genossenschaft werden. Streitig ist aber, welchen Einfluß die Auflösung der offenen Handelsgesellschaft auf ihre Mitgliedschaft in der Genossenschaft hat. Nach Parisius-Crüger 422 Anm. 6, Birkenbihl-Maurer 308 und OLG. Zweibrücken vom 8. April 1903 in BlGenossW. endet die Mitgliedschaft der offenen Handelsgesellschaft von selbst mit dem Schlusse des Geschäftsjahrs, in dem ihre Auflösung erfolgt ist, ohne daß das Ausscheiden durch die Eintragung in die Genossenliste bedingt ist und bis zu diesem Zeitpunkte haben die Liquidatoren oder sonstigen Vertreter die Mitgliedschaftsrechte auszuüben. Dagegen steht das

KG., KGJ. **14** 54 auf dem Standpunkte, daß das Ausscheiden der offenen Handelsgesellschaft nach der Regel des § 65 GenG. durch die Aufkündigung bedingt sei, die den Liquidatoren oder dem Konkursverwalter oder den bisherigen Inhabern obliege; die Auflösung selbst ändere an der Mitgliedschaft nichts, die offene Handelsgesellschaft bleibe trotz ihrer Auflösung Genosse. Je nachdem man sich der einen oder der anderen Ansicht anschließt, ist auch die rechtliche Stellung der früheren Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft im Konkurse der Genossenschaft verschieden. Schließt man sich der Ansicht von Parisius-Crüger an, so kann der Konkursverwalter nach dem Erlöschen der Mitgliedschaft der aufgelösten offenen Handelsgesellschaft, sofern es auch für den Konkurs als erfolgt gilt, gegen deren bisherige Inhaber weder im Nachschußverfahren der §§ 105 ff. GenG., noch im Klagewege vorgehen; liegt das Ausscheiden der offenen Handelsgesellschaft innerhalb der letzten zwei Jahre vor Konkurseröffnung, so greifen zugunsten der Genossenschaftsgläubiger die §§ 141, 125 GenG. Platz. Billigt man den Standpunkt des KG., so findet gegen die offene Handelsgesellschaft, solange die Kündigung in der Liste noch nicht vermerkt ist, das Verfahren der §§ 105 ff. Anwendung. Da aber die Vollstreckung alsdann gegen die einzelnen früheren Gesellschafter ausgeschlossen ist, ist die Anstrengung einer besonderen actio judicati notwendig. Bendix aaO. schließt sich der letzteren Ansicht an.

Achter Abschnitt. Besondere Bestimmungen.

§§ 135, 136. Beteiligung mit weiteren Geschäftsanteilen an einer Genossenschaft mbH. **RG.** LeipzZ. **11** 385. Die weitere Beteiligung eines Genossen vor Erreichung des ersten Geschäftsanteils ist nicht nichtig. Wird vielmehr die Zahlung des ersten Geschäftsanteils später geleistet, so werden durch diese nachträgliche Zahlung die gesetzlichen Erfordernisse seiner Beteiligung erfüllt und es wäre ein zweckloser Formalismus, nunmehr noch eine neue Eintragung zu verlangen (vgl. **RG. 62** 303, **73** 402). Ebenso ZBlFG. **11** 374, ElsLothJZ. **11** 451 (Colmar).

Neunter Abschnitt. Strafbestimmungen.

§ 146. 1. Haftung des Vorstandes für Konkursanmeldung. **RG.** BayRpflZ. **11** 342. Die Tatsache allein, daß die Überschuldung 1/4 des Betrags der Haftsumme aller Gläubiger übersteigt, genügt noch nicht, um die Bestrafung der Vorstandsmitglieder wegen unterlassener Konkursanmeldung (§ 148 G.) zu begründen. Die Verpflichtung zur Konkursanmeldung tritt vielmehr nur ein, wenn sich eine solche Überschuldung aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Jahres aufgestellten Bilanz ergibt. Über die Frage, ob diese Voraussetzung im Einzelfall erfüllt ist, vgl. **RG. 44** 48.

2. „Absichtlich zum Nachteile der Gesellschaft handeln" vgl. § 312 HGB.

Zehnter Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 157. JDR. **9** § 157 auch BayObLG. **11** 281.

§ 159. Gebührenfreiheit. BayObLG. **10** 162. Die den Genossenschaften durch § 159 G. bewilligte Gebührenfreiheit erstreckt sich nicht auf die gerichtliche Tätigkeit bei Bestellung eines Revisors.

Scheckgesetz.

Literatur. Buff, Das deutsche Scheckgesetz. — Lessing, Scheckgesetz vom 11. März 1908 mit Erläuterungen und Anhang, betreffend die Einführung des Postüberweisungs- und Scheckverkehrs.

I. Allgemeines. 1. Redlich, Vorschläge zur Vereinheitlichung des Scheckrechts (Berlin 1911). Der Verf. knüpft mit seinen Vorschlägen an die Vereinheitlichungsbestrebungen auf dem Gebiete des Wechselrechts an, die in der Haager internationalen Konferenz von 1910 ihren Ausdruck gefunden haben. Er versucht vor allem die Lösung der Frage, wie der Scheck des Weltscheckgesetzes beschaffen sein solle, indem er die einzelnen Erfordernisse des Schecks unter Behandlung der verschiedenen Scheckgesetze und der Literatur erörtert, und faßt seine Vorschläge zum Schlusse in einen kurzen Gesetzentwurf zusammen.

II. Verrechnungsscheck. 1. Adler, Eine Frage des Scheckwesens und der Scheckgesetzgebung, DJZ. **11** 806, 807. Verf. berichtet von einer Frage, die bei der Scheckkonferenz des Wiener Justizministeriums vom 18. März d. J. durch den Referenten Ministerialrat Felix Mayer angeregt wurde: wie sich der Gläubiger zu verhalten habe, wenn ihm von einem Schuldner, dem er nicht traue, ein Verrechnungsscheck eingesandt werde, dessen Präsentationsfrist in Kürze ablaufe — zur Vermeidung von Schadensersatzansprüchen bei Rücksendung und dadurch bedingter Frustrierung einerseits und Verlustes des Anspruchs gegen den Schuldner aus § 14 Satz 3 ScheckG. andererseits. Der Verf. meint, der Gläubiger müsse die Gutschrift des Schecks nicht von ihm, sondern dem Schuldner verlangen, und schlägt — bei der Zweifelhaftigkeit dieser Befugnis nach bisherigem Recht — die Aufnahme folgender gesetzlichen Bestimmung vor: „Der Inhaber eines Verrechnungsschecks ist berechtigt, durch einen auf den Scheck gesetzten Vermerk die Gutschrift zugunsten dessen zu verlangen, von dem er den Scheck empfangen hat und, falls diese Gutschrift verweigert wird, in dessen Namen Protest zu erheben."

2. Meißner, Der Verrechnungsscheck, DJZ. **11** 1382, 1383. Der Verf. führt in Polemik gegen Adler, DJZ. **11** 806, aus, Verrechnung sei nicht Gutschrift. Der Verrechnungsscheck sei nur gemünzt auf den Verkehr von Bank zu Bank mit einer zentralen Abrechnungsstelle; wenn Scheckempfänger kein Bankkonto führe, so müsse der dagegen den Verrechnungsscheck zurückweisen, das gleiche müsse von vornherein der Empfänger gegenüber dem Einsender tun; eine Rücksichtnahme auf die ablaufende Präsentationsfrist stehe ihm hierbei nicht im Wege, da niemand gehalten sei, einen Scheck in Zahlung zu nehmen, noch weniger aber einen Verrechnungsscheck, zu dessen Einziehung er außerstande sei.

3. Richter, Verrechnungsscheck oder crossing? BankA. **10** 39, 40. Der Verf. gibt in Polemik gegen den Aufsatz Breits, Der Verrechnungsscheck, GoldschmidtsZ. **70** 97—132 dem Verrechnungsscheck den Vorzug, indem nach seiner Auffassung die Schlußfolgerungen Breits auf einer Verwechselung des Begriffs „Verrechnung" mit dem der „Gutschrift" des § 14 ScheckG. beruhen. Nach seiner Auffassung liegt der Unterschied zwischen dem Verrechnungsscheck und dem crossing darin, daß beim letzteren der Bezogene bar sofort zahlen muß, wenn der Präsentant ein Bankier ist, während beim Verrechnungsscheck der Bezogene behufs Schaffung der Möglichkeit einer Barzahlung dem Präsentanten zunächst ein Konto eröffnen und dann die Barzahlung zu Lasten dieses Kontos leisten muß, eine Umständlichkeit, die ein größerer Schutz bei etwaigem Mißbrauche sei als der, den der crossing-Scheck genieße.

4. Richter, Der Verrechnungsscheck, BankA. **10** 227, 228. Der Verf. empfiehlt, wenn eine dritte Verrechnungsstelle nicht vorhanden ist, um das im Falle einer Verrechnung bei dem Präsentanten oder dem Bezogenen dem einen

oder dem anderen drohende Risiko zu verhüten, eine aus § 14 ScheckG. seiner Auffassung nach zu entnehmende Regelung dahin, daß es dem Präsentanten freistehe, den Verrechnungsscheck dem Bezogenen lediglich zu dem Zwecke der Erklärung vorzulegen, an welcher Stelle er die Verrechnung durchführen wolle. Gelinge die Verrechnung an der angegebenen Stelle nicht, oder sei der Präsentant von vornherein mit letzterer nicht einverstanden, so liege damit das Kriterium eines vom Bezogenen nicht honorierten Schecks vor, und ein Protest, welcher diesen Hergang beurkunde, müsse für die Wahrnehmung des Regresses ausreichend und gültig sein. Der Verf. verweist auf die entsprechende Regelung im § 22 ÖstScheckG.

III. Scheckvertrag. Marcus, Scheckrechtliche Bemerkungen, R. **11** 133, 134. Der Verf., der von der Bedeutung des Scheckvertrags im Verhältnisse zwischen Aussteller und Bezogenen ausgeht, erörtert die Frage, ob der Scheckvertrag auch ein Rechtsverhältnis zwischen Schecknehmer und Bezogenen erzeugt. Er betont das Bedürfnis für die Bejahung dieser Frage und führt als Argument für die Bejahung der Frage die bisher seiner Ansicht nach nicht beachtete Bestimmung des § 13 an und folgert, die hier statuierte Unwiderruflichkeit des Schecks (bis nach Ablauf der Vorlegungsfrist!) sowie das Zahlungsrecht des Bezogenen trotz desselben rechtfertige die Konstruktion, daß die Scheckermächtigung eine Vinkulierung des angewiesenen, durch Guthaben des Anweisenden gedeckten, Betrags beim Bezogenen zugunsten des Angewiesenen darstellt, die diesem ein direktes Klagerecht verschafft.

IV. Einlösung eines Schecks bei fehlendem Guthaben. Strucksberg, Kann der Bezogene vom Scheckinhaber Rückerstattung verlangen? LeipzZ. **11** 441—443. Verf. erachtet unter Polemik gegen die Entsch. **RG. 60** 24 ff. die Voraussetzungen der Klage aus §§ 812 ff. gegeben, wenn der Bezogene in der irrtümlichen Annahme eines ausreichenden Scheckguthabens den Scheck einlöst, und zwar gegen den Scheckinhaber.

V. Stempelrechtliches. Grenzen der stempelrechtlichen Gleichstellung von Bankquittung und Scheck, BankA. **10** 125, 126. Der Zentralverband des deutschen Bank- und Bankiergewerbes (E. V.) durch Rießer wendet sich — unter Hinweis auf die bei den Beratungen über das Gesetz vom Kommissar des Bundesrats (Präsidenten des Reichsbankdirektoriums) als Grund für die Gleichstellung angegebenen Erklärungen und auf die Konsequenzen dieser Erweiterung — gegen die im Einverständnisse mit dem Reichsschatzamt erlassene Entscheidung des PrFin. Min. vom 22. Dezember 1910, wonach „Bestätigungsschreiben auswärtiger Girokunden (Bankkunden) über den Empfang eines aus Kontokurrentguthaben übersandten Geldbetrags als dem Schecke gleichgestellte Quittungen" der Reichsstempelabgabe von 10 Pf. nach Tarifst. 10 Abs. 2 RStempG. unterworfen sein sollen. Hierzu ein Schreiben von Stadtrat a. D. Kaempf, auf dessen bei Beratung des Gesetzes getane Äußerung sich die Sächsische Generalzolldirektion in einer Verordnung vom 27. Dezember 1910, die der vorbekämpften Auffassung beitrat, sich stützen zu können meinte (BankA. **10** 131).

§ 1. Rechtsprechung. 1. BankA. **10** 304—305 (KG.). Hat eine Bank einen Inhaberscheck gutgläubig in Zahlung genommen, so erwirbt sie Eigentum an demselben auch in dem Falle, daß ihr Vormann wegen Verschwendung entmündigt war und den Scheck vom Aussteller durch eine unerlaubte Handlung erlangt hatte. Der Aussteller macht sich deshalb seinerseits einer unerlaubten Handlung schuldig, wenn er sich unter dem Vorwand, eine unzureichende Unterschrift ergänzen zu wollen, den Scheck von der Bank wieder aushändigen läßt und ihr alsdann nach Durchstreichung seiner Unterschrift zurückgibt. An Stelle des in Wegfall geratenen Regreßanspruchs erwächst der Bank gegen den Aussteller auf Grund dieses seines Verhaltens ein Schadensersatzanspruch gemäß § 823 BGB.

2. BankA. **10** 318, HansGZ. **11** Hptbl. 162 (Hamburg). Die Gültigkeit eines Schecks wird dadurch, daß er vor dem auf ihm angegebenen Ausstellungstage in Umlauf gesetzt ist, nicht beeinträchtigt.

§ 8. S. § 1.

§§ 10, 11. BankA. **11** 41—43, HansGZ. **11** Hptbl. 287, 288 (Hamburg). Übersendet eine Bank die Valuta eines auf sie gezogenen Schecks auf Verlangen des Inhabers per Post nach außerhalb, so ist sie berechtigt, hierfür eine angemessene Provision (hier 1/2 pro Mille) von der Schecksumme in Abzug zu bringen. Die im Auftrage des Klägers erfolgte Übersendung des Geldes stellt eine — über die im § 11 ScheckG. statuierte Pflicht hinausgehende — Dienstleistung der Beklagten dar, die gemäß § 354 HGB. zu honorieren ist.

§ 13. HansGZ. **11** Hptbl. 162, BankA. **10** 318, DJZ. **12** 89 (Hamburg). Der Widerruf eines vordatierten Schecks ist auch vor dem nominellen Ausstellungstag unwirksam.

§§ 14, 15. HansGZ. **11** Hptbl. 162, BankA. **10** 318 (Hamburg). Der Vermerk „Nur zur Verrechnung" hindert nicht, daß der Scheckinhaber im Regreßwege vom Aussteller Barzahlung der Schecksumme fordert.

§ 16. S. § 1.

§ 29. S. § 1.

Hypothekenbankgesetz.

Vorbemerkung: Das Gesetz ist ein Verwaltungsgesetz, dessen Vorschriften nur die Hypothekenbanken angehen, die sie zu befolgen haben, und die Aufsichtsbehörden, die ihre Befolgung nachprüfen sollen, das dagegen für weitere Juristenkreise im wesentlichen ohne praktisches Interesse ist. Nur wenige Bestimmungen haben zivilrechtlichen Inhalt. Judikatur ist seit dem Bericht im JDR. **7** 709 nicht ergangen.

Literatur: Dannenbaum, Deutsche Hypothekenbanken, Wirtschaftliche Darstellung nebst Kommentar z. HypBankG. Berlin 1911. — Budde, Beiträge zum HypBankG., 3 Hefte, Berlin 1905, 1906, 1910. — Weitere Angaben über die fast ausschließlich in Dissertationen und Zeitschriftenartikeln bestehende Literatur bei Dannenbaum 409.

§ 1. 1. *Dannenbaum § 12. Die geplanten Erbbaubanken, welche Pfandbriefe gegen hypothekarische Beleihung von Erbbaurechten ausgeben sollen, sind Hypothekenbanken im Sinne des Gesetzes.

2. Sontag, Die Gründung einer Industrie-Hypothekenbank (Kattowitz 1909), zeigt, daß auch Industrie-Hypothekenbanken nach dem Gesetze zulässig sind.

§ 3. Anschließend an Sontag (JDR. **3** 127) hält auch Budde, Beiträge zum HypBankG. Heft 2 27 ff., das Verwaltungsstreitverfahren gegen Anordnungen der Aufsichtsbehörden für gegeben. Dagegen *Dannenbaum § 3, der das Aufsichtsrecht über die Hypothekenbanken ähnlich dem Aufsichtsrecht über die Börse für kein polizeiliches Recht, sondern ein Recht sui generis hält, das nur unter die „Majestäts- und Hoheitsrechte" des Staates eingereiht werden könne, und der ein geordnetes Verwaltungsstreitverfahren schon deswegen verneint, weil die unteren mit der Staatsaufsicht befaßten Instanzen nicht im Gesetze bestimmt sind, sondern von dem täglich änderbaren Ermessen der Landeszentralbehörde abhängen. Er führt aus, daß es, wenn man einen Instanzenzug annehmen wolle, in Preußen jedesmal in dem Willen des Ministers liege, ob er dadurch, daß er dem unteren Organe die erstinstanzliche Verfügung beläßt, einen Instanzenzug eröffnen oder dadurch, daß er selbst erstinstanzlich verfügt, die gegen seine Verfügungen nicht zuständige Verwaltungsgerichtsbarkeit ausschalten will. Das aber sei eine unmögliche Rechtslage.

§ 5. *Dannenbaum § 5 erläutert an Hand der Materialien, daß § 5 keine zivilrechtliche Bedeutung hat und daß im besonderen der Grundbuch- und Zwangsversteigerungsrichter bei einem Grundstückserwerb einer Hypothekenbank nicht nachzuprüfen habe, ob die Voraussetzungen des § 5 für die Bank gegeben sind. Anschließend nunmehr die neuen Auflagen von Güthe, GBO. und Jaeckel-Güthe, ZVG.

§§ 24—28. *Dannenbaum § 24. Wegen Verletzung der Bilanzvorschriften der §§ 24—27 besteht das Anfechtungsrecht der Aktionäre gegen den Generalversammlungsbeschluß aus § 271 HGB. Wegen Verletzung des § 28 besteht ein solches Recht nicht.

§ 29. *Dannenbaum § 29. Ein Hypothekengläubiger kann gegebenenfalls gegen den Treuhänder auf Herausgabe des Hypothekenbriefs klagen. Die Pfandbriefgläubigerversammlung kann auf Grund des § 11 G. betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen auf die durch den Treuhänder wahrgenommenen Rechte an der Pfandbriefdeckung verzichten.

§ 35. *Dannenbaum § 35. Im Konkurse der Hypothekenbank ist das Recht der Pfandbriefgläubiger „formell Konkursvorrecht, materiell im wesentlichen Absonderungsrecht". Die Zinsen der Pfandbriefe können im Konkurse geltend gemacht werden. Anders Jaeger, KO. (3) § 61 Anm. 1 ff. und dort Zitierte. Nach diesen handelt es sich um ein Konkursvorrecht nach Maßgabe der KO. und es hört der Zinsenlauf der Pfandbriefe im Konkurs auf. Vgl. auch JDR. **3** 131.

Wechselordnung.

Literatur: Staubs Kommentar zur WO., fortgesetzt von J. Stranz und M. Stranz. (8). Berlin 1912. — Adler, Wechsel im achten Bande des Handwörterbuchs für Staatswissenschaften (3) 641 (Jena 1911). — Korn, WO. nebst Wechselprozeß und Wechselstempelgesetz nebst Ausführungsverordnungen, 2 Abdr. (Berlin 1910). — Darius, Wechselkunde (2) (Düsseldorf 1911) — Rintelen, Zur Übernahme von Wechselverbindlichkeiten durch Stellvertreter, GoldschmidtsZ. **69** 113—134. — Trumpler, Welthandelsrecht: Wechsel- und Scheckrecht. (Berlin 1911).

1. Allgemeines. Freund, Das neue Wechselrecht nach dem Haager Entwurf und die Banken, HoldheimsMSchr. **11** 153—162. Der Verf. erörtert das geplante neue Gesetz vom Gesichtspunkte seiner Bedeutung für Banken und Kreditinstitute, und zwar die durch den Ausgleich internationaler Verschiedenheiten geschaffenen Änderungen im Verkehre mit ausländischen Wechseln und die durch die Einführung der neuen Bestimmungen in den einzelnen Staaten geschaffenen Änderungen in den Rechten und Pflichten des Wechselinhabers im inländischen Wechselverkehr unter Erörterung der einzelnen Bestimmungen des Entwurfes.

2. HoldheimsMSchr. **11** 18—27. Internationale Konferenz zur Vereinheitlichung des Wechselrechts. Vorentwurf eines Abkommens zur Vereinheitlichung des Wechselrechts, enthaltend Bestimmungen über die Verpflichtung der Vertragsstaaten zur Einführung des einheitlichen Gesetzes über den gezogenen und den eigenen Wechsel, über das sich der XV Kapitel enthaltende beigefügte Vorentwurf verhält, über die Befugnis zur abweichenden gesetzlichen Regelung einzelner — des näheren angeführter — Bestimmungen des Vorentwurfes, das Recht zum Beitritt anderer, Nichtvertragsstaaten, und die Kündigung des Abkommens seitens eines Vertragsstaats.

3. Felix Meyer, Die Form des Wechsels nach dem Haager Vorentwurf eines einheitlichen Wechselgesetzes, BankA. **10** 148—152, 168—172. Der Verf. erörtert die im wesentlichen im Kap. 1 des Vorentwurfes niedergelegten Vorschläge

über die Gestaltung des Wechsels durch den Aussteller, wie Angabe des Ausstellungsorts, der Ausstellungszeit, Order-, Inhaber-Wechselklausel usw., indem er die Vorzüge und Mängel der vorgeschlagenen Bestimmungen behandelt.

4. Schuster, Der Haager Weltwechselrechtsentwurf vom englischen Standpunkte, BankA. **10** 114—116. Der Verf. bespricht den von der Haager Konferenz gefertigten Vorentwurf des Gesetzes und der dasselbe begleitenden Konvention vom Standpunkte des englischen Rechtes, indem er im I. Abschnitte die nach seiner Auffassung wünschenswerten Änderungen des englischen Wechselrechts in die Bestimmungen des Vorentwurfes, und im II. Abschnitte die nach seiner Auffassung änderungsbedürftigen Vorschriften des Entwurfes behandelt.

Art. 4. Nr. 3, 5, 7. 1. **RG.** LeipzZ. **11** 923. Der über den Wechselkontext gesetzte Vermerk, daß der Wechsel nur für den Vertrag hafte und bei vierteljährlicher Abzahlung von 500 M. zu prolongieren sei, macht den Wechsel nicht ungültig, weil er lediglich die Angabe des Zweckes, zu dem der Wechsel gegeben und den Hinweis auf die Prolongationseinrede enthält.

2. Bernstein, Der Wechsel des Fräulein Destinn, DJZ. **11** 748—750. Der österreichische Oberste Gerichtshof hatte eine Wechselklage aus einem von der Künstlerin mit dem Künstlernamen „Emmy Destinn" statt mit ihrem Namen „Emilie Kittel" gegebenen Akzept abgewiesen, weil erstere nur eine willkürlich gewählte Künstlerbezeichnung sei, wechselrechtlich aber nur die Unterzeichnung einer Wechselerklärung mit dem „Namen" oder der „Firma" eine Verbindlichkeit erzeuge (Art. 4 WO.). Gegen diese Entscheidung, die nach seiner Ansicht allerdings der gemeinen Rechtsmeinung entspricht, wendet sich der Verf., indem er die rechtliche Wirksamkeit des Pseudonyms verficht. S. hierzu auch Schellhas, DJZ. **12** 742.

3. ÖstZBl. **29** 622—625. Keine wechselmäßige Berechtigung oder Verpflichtung der mit einem Pseudonym (Theaternamen) bezeichneten oder unterzeichneten Partei (OGH. vom 1. März 1911). Hiergegen eingehend begründete Polemik als Bemerkung der Redaktion.

4. SchlHolstAnz. **11** 263—265 (Kiel). Das vom Bezogenen mit seinem Künstlernamen gezeichnete Wechselakzept ist gültig.

5. **RG.** JW. **12** 83, 84 Nr. 30, BreslauAK. **11** 22—24. Die Bezeichnung „Verwaltung der Fideikommißherrschaft W. o. L." ist weder ein bürgerlicher Personenname, noch als Firma eines Kaufmanns oder einer Handelsgesellschaft denkbar. Ein damit ausgestellter Wechsel genügt nicht dem Erfordernisse des Art. 4 Nr. 5 WO. und ist deshalb nichtig.

6. **RG.** JW. **10** 715, 716, BankA. **10** 139. Zur statutenmäßigen Zeichnung eines Wechsels seitens einer Genossenschaft. Der im Statut vorgesehene Unterschied zwischen der Zeichnung von Urkunden und von Verträgen für die Genossenschaft geht dahin, daß auf der einen Seite rechtliche Verpflichtungen der Genossenschaft begründende Urkunden gemeint sind, auf der anderen Seite Urkunden, die diese Bedeutung nicht haben. Die Wechselerklärung soll nur wie ein Vertrag gezeichnet werden, d. h. es ist erforderlich die Unterschrift des Vorstehers und zweier Genossenschaftsmitglieder. Das Erfordernis der dreifachen Unterzeichnung ist auch nicht bloße Ordnungs-, sondern wesentliche Formvorschrift, deren Nichtbeobachtung die Erklärung ungültig macht.

7. **RG. 74** 351. Steht dem Wechselinhaber das Recht, den Wechsel mit dem Verfalltage zu versehen, gegenüber einem der Unterzeichner des eigenen Wechsels nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkte zu, so wird durch eine spätere Ausfüllung zwar ein Wechsel, aber keine Wechselobligation jenes Unterzeichners erzeugt.

8. Nr. 4. **RG.** JW. **11** 106, 107, BankA. **10** 255, LeipzZ. **11** 138. Der Geber eines Wechselblanketts macht damit dem Empfänger eine durch Ausfüllung annehmbare Offerte zum Wechselbegebungsvertrage. Die bindende Wirkung der Offerte erlischt

gemäß §§ 146, 148 BGB. mit dem unbenutzten Ablaufe der Annahmefrist.

9. Nr. 6. **RG. 74** 184—186, JW. **10** 949, BankA. **10** 139, 140. Dem im Hinblick auf den aus Art. 85 WO. zu entnehmenden Zweck der Vorschrift des Art. 4 Nr. 6 muß entnommen werden, daß die Bezeichnung eines im Verkehre bestimmbaren geographischen Bezirkes oder Platzes als Ausstellungsorts ausreicht (Michaelisburg bei München, Post Trudering — Volksbezeichnung einer Ansiedelung —, zum Teil zur Gemeinde Trudering, zum Teil zur Gemeinde Perlach gehörend).

10. R. **11** Nr. 1642 (Naumburg). Die Datierung eines am 28. Januar 1911 fälligen Wechsels vom 2. November 1911 macht den Wechsel ungültig. Die Angabe des Ausstellungstags braucht zwar nicht richtig, sie muß aber möglich sein. Daß die unrichtige Datierung auf einem Versehen beruht, ist belanglos, nur der objektive Inhalt des Wechsels ist der Auslegung zugrunde zu legen (vgl. **RG. 69** 205, R. **03** 111).

11. Nr. 8. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 403, 404. Der auf „Titl. Gewerkschaft E., Sitz Leipzig, Verwaltungssitz Magdeburg" gezogene und von der Bezogenen mit der Zeichnung „Gewerkschaft E., Sitz Leipzig, Verwaltungssitz Magdeburg" akzeptierte Wechsel ist ungültig. Nach feststehender Rechtsprechung des RG. kann der Zahlungsort nur ein einheitlicher sein. Die Angabe zweier Wohnorte beim Bezogenen sonach unzulässig, weil nicht entnommen werden kann, an welchem der mehreren Wohnorte der Wechsel zu zahlen ist oder die zur Erhaltung des Wechselrechts erforderlichen Handlungen vorzunehmen sind (**RG.,** HoldheimsMSchr. **12** 217).

Art. 7. S. Art. 4.

Art. 9. **RG. 74** 207, JW. **10** 1010, BankA. **10** 112. Wie schon die vereinigten Zivilsen. (**RG. 2** 75) und mehrfach auch der erkennende Senat entschieden haben, besteht für den legitimen Wechselverkehr gar kein Bedürfnis, daß zur Begebung des Wechsels nach Protest das Blankogiro aus der Zeit vor seiner Protestierung verwendet werden könne; vielmehr muß in solchem Falle der Indossant seinem bereits vorhandenen Giro ein zweites Giro hinzufügen. Ferner **RG.** JW. **10** 716 Nr. 26.

Art. 10. **RG.** JW. **12** 84 Nr. 31. Die Remboursforderung des Indossanten ist weder eine Schadensersatzforderung, noch ein Anspruch auf Aufwendungsersatz. Die rechtserzeugende Tatsache, auf die sie sich gründet, liegt nicht sowohl in der Einlösung des Wechsels als in dem alten Wechselskripturakte. Der Indossant, der im Rücklauf einlöst, nimmt keine andere Stellung ein, als er vor der Weiterbegebung innehatte. Nicht ein neu erworbenes Recht, sondern sein ursprüngliches Recht als Remittent oder Indossatar übt er mit der Regreßklage aus (vgl. PlEntsch. ROHG. **24** 1).

Art. 12. Voß, Die Anfechtbarkeit von Blanketterklärungen wegen mißbräuchlicher Ausfüllung nach dem Rechte des BGB., JheringsJ. **56** 412—468.

Art. 16. **RG. 74** 208. Gilt der Satz, daß, wer den Wechsel nach Protest erworben hat, seine Legitimation nicht durch ein vorprotestliches Blankogiro beibringen kann, auch dann, wenn der Wechsel nur das eine Giro des Ausstellers trägt? Ja! [unter Hinweis auf PlEntsch. **RG. 2** 75 einerseits und **RG. 33** 144 sowie **40** 223 anderseits]. S. auch Art. 9.

Art. 17. 1. S. auch Art. 10.

2. **RG.** JW. **11** 409 Nr. 30, LeipzZ. **11** 377, 378, HoldheimsMSchr. **11** 170, 171. Obwohl der Inkassoindossant, an den der Wechsel vom Inkassoindossatar zurückgelangt, nicht dessen Rechtsnachfolger ist und daher § 325 ZPO. nicht Platz greift, so kann sich doch der Wechselschuldner auf das zwischen ihm und dem Inkassoindossatar vorher ergangene, dessen Wechselklage abweisende rechtskräftige Urteil auch dem Inkassoindossanten gegenüber berufen (vgl. auch **RG. 73** 309).

3. SeuffA. **66** 180—182 Nr. 92 (Stettin). Gegen den Inkassozessionar dürfen nicht Forderungen an ihn selber aufgerechnet werden. Die Unzulässigkeit ergibt sich aus der fiduziarischen Natur der Inkassozession. (Unter Heranziehung von Judikatur und Literatur.)

Art. 21. 1. S. auch Art. 82.

2. SeuffBl. **10** 690, R. **11** Nr. 228 (Stuttgart). Für das Akzept genügt die Zeichnung des Namens, den die verpflichtete Person, z. B. zufolge nachträglicher Heirat, zur Zeit des Wechselverfalls trägt.

3. **RG.** JW. **12** 48—50. Das Akzept wird schon mit der Unterschrift bindend. Eines Begebungsvertrags zwischen Akzeptanten und Aussteller bedarf es zur Herbeiführung der verpflichtenden Kraft des Akzepts nicht. Deshalb kann ein Wechsel, den ein Vertreter im eigenen Namen auf den Vertretenen zieht, von ihm im Namen des Vertretenen akzeptiert werden (vgl. **RG. 24** 87, 90, Rep. I. 156. 06 in Holdheims MSchr. **07** 121). Entsprechendes gilt im umgekehrten Falle, wenn der Vertretene Aussteller, der Vertreter Bezogener ist.

Art. 23. **RG. 73** 280—282. Die Übereinstimmung zwischen dem Bezogenen und dem Akzeptanten braucht nicht aus dem Wechsel selbst hervorzugehen. Das Erfordernis einer formellen Identität ist vom Gesetze nicht aufgestellt und wird durch innere Gründe nicht gerechtfertigt. Ferner **RG.** JW. **10** 834, 835 Nr. 71.

Art. 29. 1. R. **11** Nr. 1401 (Colmar). Sicherung einer Wechselforderung durch Arrest und durch eine gemäß Art. 29 WO. zu bestellende Sicherheit können nebeneinander geltend gemacht werden. Es stehen zwei nach Voraussetzung, Inhalt und Wirkung verschiedene Sicherungsrechte in Frage, von denen das eine durch das andere nicht ausgeschlossen wird.

2. SeuffA. **66** 156, 157 Nr. 78 (Jena). Wenn der Wechselgläubiger bei Ausstellung des Wechsels von der Zahlungseinstellung des Akzeptanten Kenntnis hatte, so kann er zwar nicht wegen dieser, wohl aber wegen einer Konkurseröffnung über das Vermögen des Akzeptanten Regreß wegen Unsicherheit des Akzeptanten nehmen.

Art. 36. 1. BreslauAK. **11** 22 (Breslau). Sind auf einem mit dauerhaften Schriftzeichen hergestellten Wechsel die Vorindossamente — zumal nicht in der ganzen Längenausdehnung der fraglichen Wechselunterschriften — mit Bleistift durchstrichen, so kann — im Hinblick auf die Begründung des **RG.** 10. 5. 05 **60** 426 ff. — angenommen werden, daß die besagten Bleistiftstriche als Bestandteile des Wechsels nicht gelten. Der Kläger war befugt, die von unberufener Hand herrührenden Striche zu beseitigen und so den Vorindossamenten ihre frühere Form wiederzugeben.

2. HansGZ. **11** Hptbl. 203, 204 (Hamburg). Klage aus einem zerrissenen Wechsel im Wechselprozeß ist nur dann zulässig, wenn für die vorsätzliche Vernichtung des Wechsels keinerlei Anhaltspunkte gegeben sind (vgl. ROHG. **5** 247).

3. OLG. **21** 390, R. **11** Nr. 1403 (Braunschweig). Hat der Domiziliat, der zugleich Indossant ist, den Wechsel eingelöst, so kann der Inhaber vom Akzeptanten Zahlung der Wechselsumme nebst Zinsen und Kosten verlangen.

Art. 39. SeuffA. **66** 204 Nr. 103 (Dresden). Die Verurteilung des belangten Regreßpflichtigen zur Tragung der Prozeßkosten darf nicht von der Aushändigung der im Art. 54 WO. bezeichneten Urkunden abhängig gemacht werden. Art. 54 bezieht sich nur auf die in Artt. 50, 51 WO. bestimmten wechselmäßigen Regreßansprüche der Nachmänner. Die Verpflichtung zur Tragung der Prozeßkosten bildet keinen Bestandteil der wechselmäßigen Verpflichtung, sondern ist nach selbständigen prozessualen Grundsätzen zu beurteilen.

Art. 41. OLG. **21** 391, R. **11** Nr. 1402 (Breslau). Daß der Notar im Auftrage des letzten Indossatars Protest erhoben hat, genügt zum Nachweise, daß bei der Protesterhebung dieses Indossament noch nicht durchstrichen war.

Art. 45. 1. **RG.** LeipzZ. **11** 542 Die Ortsbezeichnung muß dem Indossamente beigefügt sein. Ein auf der Vorderseite des Wechsels angebrachter Stempelabdruck des Namens und Wohnorts des Indossanten ersetzt die Angaben beim Indossamente nicht.

2. KGBl. **11** 97 (KG.). Die Benachrichtigung gemäß Art. 45 WO. setzt nicht voraus, daß der benachrichtigende Vormann zur Zeit der Benachrichtigung Wechselinhaber ist. Der mit dieser Benachrichtigung verfolgte Zweck, den Regreßpflichtigen in seinem Interesse auf den drohenden Regreßanspruch aufmerksam zu machen und ihn in die Lage zu versetzen, durch rechtzeitige Einlösung des Wechsels Kosten zu vermeiden, wird durch die einfache Nachricht der Protesterhebung erfüllt, von wem sie auch ausgegangen sein möge.

3. **RG. 76** 179—181, JW. **11** 594, 595 Nr. 47, DJZ. **11** 874. Durch die Unterlassung der Ortsbezeichnung im Giro verzichtet der Indossant auf die Benachrichtigung (vgl. ROHG. **18** 140). Ihm gegenüber besteht deshalb keine Verpflichtung zur Benachrichtigung nach Art. 47 WO. Ein die Angabe des Wohnorts enthaltender Firmenstempelaufdruck auf der Vorderseite des Wechsels genügt nicht.

Art. 47. S. Art. 45.

Art. 48. S. Art. 10.

Art. 50. Aufrechnung mit der Regreßforderung vgl. *Schmidt oben zu § 392 BGB.

Art. 51. 1. **RG.** JW. **10** 834 Nr. 70. Der Aussteller-Remittent verliert zwar durch Indossierung des Wechsels die Legitimation. Erwirbt er aber den rückläufig gewordenen Wechsel nach gehörig erhobenem Proteste abermals zurück, so bewirkt der Besitz des Wechsels und des Protestes, daß er auch ohne Durchstreichung und ohne Rückgiro legitimiert ist (vgl. ROHG. **14** 153, **18** 274). Hingegen kann ein Protest, der vom Unlegitimierten ausgegangen ist, legitimierende Kraft nicht ausüben.

2. **RG.** JW. **10** 716 Nr. 26. War der Protesterhebende Inkassomandatar des Klägers und hatte er bei der Indossierung auf ihn die Wechselsumme an den Kläger nicht gezahlt, so hatte dieser auch bei der Einlösung des protestierten Wechsels nicht die Wechselsumme, sondern nur die Kosten an ihn zu zahlen; gleichwohl stehen dem Kläger in Ansehung der Wechselsumme die Regreßansprüche gegen den Vormann zu (vgl. Grünhut, WR. II § 126 Anm. 3 und JW. **09** 323 Nr. 27 gegen Staub-Stranz, Art. 55 Anm. 3).

3. KGBl. **11** 98 (KG.). Ein Mitgesellschafter einer aufgelösten offenen Handelsgesellschaft erlangt durch die Einlösung eines von der Gesellschaft indossierten Wechsels noch kein Wechselrecht. Das Regreßrecht aus Art. 51 WO. setzt vielmehr voraus, daß der Kläger „Indossant" war. Das Indossament der offenenen Handelsgesellschaft berechtigt zum Regresse nicht den Kläger persönlich, sondern, falls nach der Auflösung der Gesellschaft eine Liquidation erfolgte, die insoweit zur Gesamthand verbunden gebliebenen Gesellschafter.

Art. 54. S. Art. 39.

Art. 81. 1. **RG. 74** 351, JW. **11** 106 Nr. 43, R. **11** Nr. 403. Die Mitunterzeichnung eines Wechsels als Interzession für eine fremde Schuld ist in der Regel keine Bürgschaft. Der Unterzeichnende übernimmt vielmehr für gewöhnlich nur die sich aus dem Wechsel ergebenden Verpflichtungen. Er wird daher mit dem Eintritte der Wechselverjährung befreit (**RG. 48** 155). § 777 BGB. ist nicht anwendbar. Ferner OLG. **21** 391, R. **11** Nr. 1404 (KG.).

2. **RG.** LeipzZ. **11** 923. Sämtliche Indossanten eines Wechsels und der Akzeptant haften dem Inhaber desselben solidarisch, sind aber nicht als Gesamtschuldner im Sinne des § 426 BGB. anzusehen (vgl. auch **RG. 48** 152, JW. **03** 245 Nr. 29).

3. R. **11** Nr. 1899 (Rostock). Die von dem Mitaussteller eines Bankwechsels

erwirkte Prolongation gilt regelmäßig auch den anderen Ausstellern erteilt und hemmt deshalb die Verjährung des Wechsels auch gegenüber diesen.

Art. 82. A. Literatur. (Art. 82 WO. und § 263 StGB.) *Hacman, Gefälligkeitswechsel und Wechselreiterei, ABürgR. **36** 121—203. In der überwiegenden Anzahl der Fälle stellt sich die Verwendung von Gefälligkeitswechseln als ein vermögensschädigendes Manöver kreditunwürdiger Personen dar. Diese Wechsel bieten eine besonders günstige Handhabe, einen unvermeidlichen Bankerott für einige Zeit hinauszuschieben, bzw. den wirtschaftlichen Verfall einer Person einigermaßen aufzuhalten; denn es fehlt ihnen jede reale Grundlage, insbesondere die Deckung, selbst von soliden geschäftlichen Beziehungen unter den Parteien kann bei ihnen nicht gesprochen werden. Infolgedessen reihen sie sich durchaus ebenbürtig den Keller- und Reitwechseln an und müßten gleich diesen eifrigst bekämpft werden. Das wirksamste Mittel dazu ist ihre Unterstellung unter § 263 StGB., dessen Tatbestandsmerkmale bei diesen Wechseln ebenfalls zutreffen. Und zwar liegt die Vermögensschädigung in dem Umstande, daß der Gefälligkeitsakzeptant den Wechsel einlösen muß, ohne die im gesunden Wechselverkehr unerläßliche Deckung zu besitzen, die Bereicherungsabsicht darin, daß in der Regel bereits in dem Moment, in welchem der Kreditunwürdige seinen Freund um das Gefälligkeitsakzept angeht, es feststeht, daß er den Wechsel zur Verfallzeit nicht wird einlösen können, und die arglistige Täuschung in der Unterdrückung seiner Kreditunwürdigkeit.

B. Rechtsprechung. I. Absolute Einreden. Begebungsvertrag. 1. OLG. **22** 355, 356 e (KG.). Wer einen von einem Geisteskranken akzeptierten Wechsel bekommen und von diesem gezahlt erhalten hat, haftet aus ungerechtfertigter Bereicherung auch dann, wenn er die Wechselforderung gegen die übrigen aus dem Wechsel Verpflichteten durch Verjährung lediglich deshalb verloren, weil er sich durch Zahlung des Geisteskranken für befriedigt gehalten hat.

2. **RG.** JW. **12** 48—50. Die Ungültigkeit eines Begebungsvertrags kann redlichen Dritterwerbern nicht entgegen gehalten werden.

3. KGBl. **11** 98 (KG.). Der Einwand des mangelnden Wechselbegebungsvertrags, der mit Blankoindossament versehene Wechsel sei vor dem Abschlusse des Wechselbegebungsvertrags mit den Gläubigern K. und H. verloren gegangen, greift nur dem bösgläubigen Erwerber des Wechsels gegenüber durch (gegen Staub [6] Art. 82 Anm. 65 b, wonach der Einwand auch dem gutgläubigen Erwerber des H. gegenüber durchgreift).

II. Relative Einreden. 1. Prolongation. a) SeuffA. **66** 32—34 Nr. 16 (Breslau). Der Rücktritt von der Wechselprolongation wegen verschlechterter Vermögensverhältnisse des Schuldners ist als zulässig zu erachten, sei es auf Grund analoger Anwendung des § 610 BGB. (Dernburg, Marcus, DJZ. **10** 820, 821), sei es auf Grund der Annahme einer stillschweigenden Parteiabrede. b) BayRpflZ. **11** 94, 95 (Nürnberg). Die Hingabe eines Wechsels erfolgt regelmäßig zahlungshalber. In der Prolongation eines Wechsels liegt keine Novation. Die Verbindlichkeit der Beklagten aus dem ersten Wechsel wurde deshalb durch die Annahme des zweiten seitens der Klägerin nicht berührt. Für die Kosten des beim Domiziliaten erhobenen Protestes des ersten Wechsels muß deshalb die Beklagte als Akzeptantin aufkommen.

2. Blankowechsel (vgl. Art. 4 Nr. 4, Art. 82 Nr. I). **RG. 72** 216—219, JW. **10** 5. Der Blankoindossatar, welcher den Wechsel durch Blankotradition erworben hat, muß sich Einreden aus der Person des Blankotradenten gefallen lassen, wenn dieser den Wechsel im eigenen Namen, aber für Rechnung des anderen erworben hatte.

3. Gefälligkeitsakzept. a) SchlHolstAnz. **11** 109, 110 (Kiel). Dadurch, daß ein Akzept aus Gefälligkeit gegeben ist und dieser Umstand dem Erwerber

des Wechsels bekannt gewesen ist, wird die Einrede der Arglist gegen den Wechselnehmer nicht begründet. **b)** **RG. 75** 153—158. Der Konkursverwalter kann aus § 127 KO. das Recht nicht herleiten, von dem Akzeptanten eines an den Gemeinschuldner begebenen Wechsels die Herausgabe des Wechsels oder die Zahlung der Wechselsumme zu fordern, wenn der Wechsel vom Gemeinschuldner einem Gläubiger als Pfand gegeben, von diesem Gläubiger infolge Abtretung der ihm gegen den Gemeinschuldner zustehenden Forderung dem Zessionar ausgehändigt worden war und vom Zessionar im Erbgang an den Akzeptanten gelangt ist, im Verhältnisse zwischen Akzeptanten und dem Gemeinschuldner aber nur die Natur eines Gefälligkeitsakzepts hatte. **c)** **RG.** JW. **12** 48, 49, LeipzZ. **11** 924. Der Gefälligkeitsakzeptant hat gegenüber dem Kläger die Einrede aus Art. 82. Dieser Verteidigung wird die Grundlage nicht dadurch entzogen, daß dem Kläger, abgesehen von den Wechselakzepten, eine Forderung gegen den beklagten Akzeptanten zusteht, wenn in Beziehung auf diese Forderung das Gefälligkeitsakzept nicht gegeben worden ist; der Kläger mag die Forderung auf anderem Wege verfolgen (vgl. JW. **08** 410 Nr. 13). **d)** **RG.** JW. **11** 822, 823 Nr. 39. Ob ein Gefälligkeitsakzeptant gegenüber der Klage des Wechselinhabers passiv bleiben und dem Mandanten die Prozeßkosten berechnen darf, ist bestritten, aber zu bejahen: Schafft der Aussteller, der Aufforderung des Akzeptanten ungeachtet, zur Verfallzeit keine Deckung an, so gerät er in Verzug und muß die Kosten, die durch Verklagung des Akzeptanten entstehen, als Verzugsschaden ersetzen (§ 286 BGB.). § 254 Abs. 2 BGB. hat nur die Folge, daß der Prozeß nicht durch unbegründete Einwendungen verteuert werden darf. Dies liegt im Falle des Verf.Urt. nicht vor.

4. Einreden aus dem dem Wechsel zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte. **a)** **RG. 72** 216—219, JW. **10** 5. Bei einem Wechselbegebungsvertrage zwischen dem Gläubiger und zwei Wechselschuldnern, von denen der eine wucherisch ausgebeutet worden ist, steht auch dem Nichtbewucherten die Einrede des Wuchers zu. **b)** **RG. 75** 200—203, LeipzZ. **11** 294. Der Schuldner kann seine Haftung aus einem Wechsel, den er auf Grund eines später durch Rücktritt aufgehobenen Kausalgeschäfts gegeben hat, nicht schon allein durch Berufung auf den Rücktritt ablehnen; es gehört vielmehr dazu auch die Darlegung, daß er aus dem aufgehobenen Geschäfte keine Rückgewährverpflichtungen mehr zu erfüllen habe.

5. Arglist. **a)** R. **11** Nr. 1405 (Colmar). Die bloße Kenntnis des Indossatars, daß durch Wechselschuldner eine begründete Einrede erhoben werden könne, kann seiner Klage nicht mit Erfolg entgegen gehalten werden. Vielmehr müssen besondere Umstände hinzutreten, die das Verhalten des Indossatars als arglistig erscheinen lassen. Eine solche Arglist ist namentlich dann anzunehmen, wenn der Indossant und der Indossatar zusammengewirkt hatten, um dem Wechselschuldner eine begründete Einrede abzuschneiden. **b)** **RG.** LeipzZ. **11** 302, 303. Wenn die Klägerin, entgegen der getroffenen Vereinbarung, den ersten Wechsel gegen den Beklagten eingeklagt und beigetrieben hat, so handelt sie arglistig, wenn sie nunmehr auf Grund ihrer durch den zweiten Wechsel beschafften formellen Legitimation auch diesen zweiten Wechsel ausklagt, mag ihr auch der zur Einlösung des ersten Wechsels von ihr dem Aussteller übersandte Betrag von diesem unterschlagen worden sein. Sie darf sich wegen des ihr unterschlagenen Betrags nicht an dem Beklagten erholen. **c)** **RG.** JW. **12** 49 Nr. 52, LeipzZ. **11** 923, 924. Bedeutung der Zahlung eines Zwischenindossanten bezüglich des Anspruchs des Wechselinhabers gegen den Aussteller. Die Wechselforderung besteht ungeachtet der Zahlung fort, solange die Wechselurkunde unzerstört und ohne Zahlungsvermerk im Besitze des Wechselgläubigers verbleibt (vgl. **RG. 11** 21, **61** 7). Der Aussteller mußte, um sich auf die Zahlung des Zwischenindossanten stützen zu können, nachweisen, daß der Wechselgläubiger

arglistig verfahren, indem er sein formales Recht dazu mißbraucht, das Empfangene nochmals zu fordern. Die Tatsache jener Zahlung läßt die verschiedensten Deutungen zu (vgl. **RG. 48** 217). **d) RG.** JW. **12** 28, 29. Wenn ein Bankier sich einem anderen gegenüber verpflichtet, das Konto eines Schuldners des letzteren „abzulösen", so will er damit regelmäßig unter Befriedigung des bisherigen Gläubigers als neuer Gläubiger an dessen Stelle treten. Wenn er vollends die für das Schuldverhältnis laufenden Wechsel von dem bisherigen Gläubiger auf sich indossieren, die Wechsel sich aushändigen und die bestellten Sicherheiten sich übertragen läßt, so ergibt sich daraus, daß die Befriedigung des bisherigen Gläubigers nicht eine objektive Tilgung der Wechselobligation bezweckt, sondern daß diese im Gegenteile fortbesteht.

Art. 83. 1. Über Aufrechnung vgl. *Schmidt, oben zu § 392 BGB.

2. OLG. **22** 44, 45 (KG.). Ein Wechselbereicherungsanspruch aus Art. 83 WO. ist nur gegeben, wenn der Anspruch, zu dessen Befriedigung die Wechsel gegeben waren, bei Vollendung der Verjährung des Wechselanspruchs gegen den Akzeptanten (Art. 77 WO.) schon verjährt gewesen wäre; denn andernfalls ist der Schaden des Klägers eine Folge nicht der Wechselverjährung, sondern der Verjährung des Anspruchs aus dem Kaufvertrag, und für d i e s e n Schaden will der Art. 83 WO. keinen Ersatz bieten (**RG. 44** 78).

Art. 87. 1. G r a u n i tz, Der Wechselprotest (Leipzig 1911).

2. *J a st r o w bittet, einen Irrtum in seinem „Formularbuch" zu berichtigen. Beim Wechselproteste (Muster 232 S. 274 Anm. 10) heißt es: „Zu den Domizilwechseln gehören aber nicht die sogenannten Platzwechsel usw." Dieser, aus der früheren Auflage herrührende Satz ist aus Versehen stehen geblieben, während er zu streichen war. Nach der neuen Fassung des Art. 43 Abs. 2 WO. stehen Domizil- und Platz-(Zahlstellen-)Wechsel in bezug auf die Person des Protestanten einander gleich.

Art. 88. 1. S. auch Art. 41.

2. SächsRpflA. **11** 367 (LG. Leipzig). Die auf Schreibfehler beruhende unrichtige Bezeichnung des Ortes der Protesterhebung in der Protesturkunde macht den Protest nicht ungültig. „Mühlenstraße" anstatt richtig „Müllerstraße" (Nr. 17). (Eingehend begründet.)

3. **RG.** JW. **10** 949, 950 Nr. 33, BankA. **10** 140. Der Protest ist als gültig anzusehen, wenn aus ihm g e n ü g e n d e r h e l l t, daß die Protesthandlung g e g e n d i e r i ch t i g e P e r s o n und a n d e m r i ch t i g e n O r t e vorgenommen ist.

4. KGBl. **11** 98, 99 (KG.). Ein Wechselprotest, aus welchem lediglich hervorgeht, daß Wohnung oder Geschäftslokal des Protestaten in dem auf dem Wechsel angegebenen Hause nicht zu ermitteln waren, ist ungültig.

5. Hiergegen **RG. 73** 250—253, JW. **10** 625, 626 Nr. 26. Es genügt dem Erfordernisse des Art. 88 Nr. 2 (in der Fassung der Bek. vom 3. Juni 1908) die Beurkundung, daß der Protestat am Zahlungsorte kein Geschäftslokal und keine Wohnung hat. Der Aufnahme einer Beurkundung, daß der Protestbeamte an Ort und Stelle Erkundigungen eingezogen und Ermittelungen angestellt hat, bedarf es nicht. Ferner **RG. 74** 85—87, BankA. **10** 206; OLG. **21** 393, ZBlFG. **11** 457 (Frankfurt).

6. Ferner PosMSchr. **11** 79, 80, ZBlFG. **12** 150 (Marienwerder). Wird die Lokalität des Protestes in der Protesturkunde einmal erwähnt, so folgt aus der Natur des Protestes als Sollennitätsakts, daß es die richtige sein muß und ferner daß gegen den Inhalt der Protesturkunde ein Gegenbeweis ausgeschlossen ist.

Art. 91. G a r i tz, Beurkundungsrecht bei der Protestaufnahme in „Nachbarorten", GruchotsBeitr. **54** 783—798. Der Verf. erörtert im Hinblick auf die Vorschrift des Art. 91 a WO. in Verbindung mit der Bek. des RK. vom 9. Januar 1909 (RGBl. **09** 249—258) die örtlichen Zuständigkeitsgrenzen der einzelstaatlichen Protestbeamten sowie die Frage, welchen Einfluß die Vornahme einer Beurkundung a u ß e r h a l b d e s A m t s b e z i r k e s der jeweiligen Urkundsperson auf die R e ch t s-

wirksamkeit dieser Beurkundung hat, und zwar besonders dann, wenn in diesen „Nachbarorten" gleichzeitig verschiedene Bundesstaaten aneinander stoßen. Vgl. ferner Art. 88.

Art. 96. a) OLG. **21** 394 (Rostock). Die Indossierung eines eigenen Wechsels an den einlösenden Mitaussteller begründet Wechselrechte des Indossatars.

b) Prozessuales. I. Literatur. 1. Marcus, Hat bei Wechselunterschriften von Vertretern, die außer dem Namen des Vertretenen auch den des Vertreters enthalten, der Kläger im Wechselprozesse Beweise hinsichtlich der Legitimation des Vertreters durch Urkunden zu erbringen? KGBl. **11** 103, 104. Verf. verneint die Frage, erachtet vielmehr den Diffessionseid des Beklagten für ausreichend.

2. Wienstein, Welche Rechtsbehelfe und Beweise sind im Nachverfahren des Wechselprozesses zulässig? DJZ. **11** 867—869. Verf. erachtet für die Rechtsbehelfe und Beweise im Nachverfahren nur die Einschränkung gegeben, daß keine Rechtsbehelfe vorgebracht werden dürfen, die im Wechselprozeß aus Rechtsgründen verworfen waren, und daß die Wirksamkeit der Eidesleistungsweigerung und des gerichtlichen Geständnisses auch für das Nachverfahren gilt.

3. Wienstein, Kann derselbe Prozeß in gleicher Instanz teils als Wechselprozeß und teils im ordentlichen Verfahren geführt werden? DJZ. **11** 146, 147. Der Verf. verneint diese Frage, indem er zur Verhütung dessen in denjenigen Fällen, in denen dies vorkommen könnte, die Trennung gemäß § 145 ZPO. als das gegebene Mittel ansieht.

II. Rechtsprechung. (§ 600 ZPO.) 1. BayRpflZ. **11** 430 (München). Wenn im Nachverfahren die Klage rechtskräftig abgewiesen, hat der Rechtsstreit selbst sein Ende erreicht. Damit ist aber auch der in der Berufungsinstanz noch anhängige Wechselprozeß erledigt, die Rechtsmittelinstanz in der Hauptsache gegenstandslos geworden (Beschl. des KG. vom 18. April 1903, ROHG. **7** 299). Da rechtskräftig feststeht, daß der Anspruch des Klägers unbegründet war, können die Kosten des vom Beklagten im Wechselprozeß eingelegten Rechtsmittels nur dem unterlegenen Gegner auferlegt werden (§ 91 ZPO.).

2. OLG. **23** 196 (Hamburg). Durch § 603 ZPO. ist der örtliche Gerichtsstand für Wechselklagen ausschließlich geregelt. Dem Wechselkläger stehen die besonderen Gerichtsstände der §§ 20—23, 28, 30, 31 ZPO. nicht zur Wahl.

3. Verhältnis des Vorbehalts- zum Wechselurteile hinsichtlich a) der Rechtskraft. **RG. 72** 216—219, JW. **10** 5. Wenn zwei Beklagte im Wechselprozeß unter Vorbehalt rechtskräftig verurteilt sind, kann der eine in dem von ihm eingeleiteten Nachverfahren den anderen nicht als Zeugen benennen. **b)** der Vollstreckung. OLG. **23** 195, 196 (München). Zwei Urteile liegen vor: das im Wechselprozeß ergangene, das dem Beklagten die Ausführung seiner Rechte vorbehielt und ihm die Abwendung der Vollstreckung gegen eine — demnächst erlegte — Sicherheit nachließ, und ein im Nachverfahren verkündetes Urteil, das das frühere Urteil aufhob. Gegen beide Urteile wurde Berufung eingelegt. Mit Recht hat LG. in dem Verfahren nach § 109 unter Anwendung des § 717 die Rückgabe der Sicherheit angeordnet. Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem Urteile des Nachverfahrens gemäß §§ 707, 719 ist unzulässig, da diese nur für den verurteilten Beklagten offenstehen, nicht aber für den Gläubiger, der den Antrag gemäß § 718 und in der mündlichen Verhandlung über das Rechtsmittel vorbringe.

4. **RG. 72** 185—188. Der Kläger im Wechselprozeß ist durch höhere Gewalt an der Rechtsverfolgung nicht verhindert, wenn der Wechsel von der Staatsanwaltschaft beschlagnahmt wird. Um die Verjährung zu verhüten, müßte er die Aussetzung des Verfahrens erwirken oder ins ordentliche Verfahren übergehen.

Börsengesetz.

Vorbemerkung: Der Bericht umfaßt die Zeit von 1909 bis Anfang 1912. Die Börsengesetznovelle hat zahlreiche literarische Neubearbeitungen und Neuerscheinungen veranlaßt, unter den letzteren nehmen der Zentralverbandskommentar und der Kommentar von Nußbaum die erste Stelle ein (s. Allgem. Literatur vor § 1). Hervorgehoben sei ferner die Abhandlung von Danz, Die Grundsätze von Treu und Glauben und ihre Anwendung auf die Rechtsverhältnisse des Bankverkehrs (s. Literatur vor § 50). — Mit der in der Entwickelung begriffenen Berliner Metallbörse beschäftigt sich ausführlich Breit (s. Literatur vor § 50). — Über das gefährliche Treiben der bucket-shops und über die zulässigen Abwehr- und Angriffsmittel gegen sie orientiert vortrefflich die Schrift von Nußbaum (s. vor § 50 E). Seinem Vorschlage, gegen die mit ihnen geschlossenen Geschäfte die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung zuzulassen, ist jetzt auch das KG. gefolgt (vgl. vor § 50 E III 1). — Das **RG.** hat folgende wichtige Entscheidungen gefällt: 1. Die Prospekthaftung einer Aktiengesellschaft für die von ihr ausgehenden Prospekte besteht auch demjenigen gegenüber, der die Aktien kauft (§ 45 Nr. IV 1). Der Grundsatz, daß ein Aktionär gegen seine eigene AG. keine Schadensersatzansprüche geltend machen kann, wird insoweit eingeschränkt. 2. Das Einverständnis mit der Bewirkung der Leistung durch den Bankier kann auch stillschweigend erklärt werden (§ 57 Nr. 1). 3. Auf ausländische Differenz- und Spielgeschäfte ist § 58 nicht anwendbar (§ 58 Nr. 1). — Die Frage, ob die von einem Termingeschäftsunfähigen im voraus geleistete Prämie zurückgefordert werden kann, ist von zwei Senaten des KG. verschieden beantwortet worden (§ 55 III 5a und d). Die bejahende Entscheidung des 5. Sen. ist rechtskräftig geworden, die verneinende Entscheidung des 7. Sen. wird vom RG. nachgeprüft werden. Die Literatur hat sich auf die Seite des 7. Senats gestellt.

Allgemeine Literatur: I. Textausgaben, Kommentare und systematische Darstellungen. Apt, Börsengesetz. Erläutert unter Mitwirkung von Trumpler und Weißbart. Berlin 1909. 5. Aufl. — Bernstein, Kommentar. Leipzig 1910 — Buchwald, Die Technik des Bankbetriebs. Berlin 1912. 7. Aufl. — Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. Stuttgart. 7. Aufl. 1909. 345 ff. — Gareis, Textausgabe (mit Anmerkungen). Gießen. — Heilfron, Die Gesetzgebung über Geld-, Bank- und Börsenwesen. Berlin 1911. — Heilfron, Geld-, Bank- und Börsenrecht. Berlin 1912. 2. Aufl. — Hemptenmacher, Textausgabe mit Anmerkungen. Berlin 1908. — Kahn, Börsengesetz. München 1909. 2. Aufl. — Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. Leipzig 1912. 751 ff. — Leitner, Das Bankgeschäft und seine Technik. Frankfurt a. M. 1910. 2. Aufl. — Nußbaum, Kommentar. München. 1910. — Obst, Geld-, Bank- und Börsenwesen. Leipzig 1910. 6. Aufl. — Staub, Kommentar zum HGB. 8. Aufl. Nachtrag, betr. Die Börsentermingeschäfte, die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte und die Differenzgeschäfte. Berlin 1909. — Warschauer, Bank- und Börsengesetzgebung in Deutschland. Berlin 1908. — Warschauer, Die banktechnische Ausbildung der Juristen. Berlin 1908. — Zentralverbandskommentar, bearbeitet auf Veranlassung des Zentralverbandes des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes von Rehm, Trumpler, Dove, Neukamp, Schmidt-Ernsthausen, Breit mit einem Vorworte von Rießer. Berlin 1909.

II. Übersichten über die Novelle bzw. den Entwurf 1907 geben: Merzbacher, Die Reform des Börsengesetzes, R. **08** 188. — Weber, Die Novelle zum Börsengesetze, DJZ. **08** 609—615.

III. Geschichtliches: Trumpler, Zur Geschichte der Frankfurter Börse, BankA. **9** 81—84, 100—101.

IV. Literaturbesprechungen: Hagens, Besprechung von Nußbaum, R. **10** 38. — Kahn, Besprechung des Zentralverbandsk., GoldschmidtsZ. **65** 308—313. — Neukamp, Besprechung von Nußbaum und Kahn, BankA. **10** 94—95. — Philipsborn, Literatur zum Börsenrechte, JW. **11** 70, 613.

V. Vgl. ferner die Literaturangaben zu den einzelnen Paragraphen, insbesondere vor § 50.

I. Allgemeine Bestimmungen über die Börsen und deren Organe.

§ 1. Literatur: Marcuse, Die Entwickelung der Abrechnungsstellen in den Vereinigten Staaten von Amerika, BankA. **9** 308—312.

§ 8. Ausschluß von der Börse. Unzulässigkeit des Rechtswegs. BankA. **9** 173, SächsRpflA. **11** 81, R. **11** Nr. 1653 (Dresden). Da gegen Beschlüsse des Börsenvorstandes über Ausschließung von der Börse („solange sich Kläger dem Schiedsspruche nicht füge") gemäß § 33 BörsO. die Beschwerde an die Handelskammer als Rechtsmittel angeordnet ist, ist der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen (§ 13 GVG.). Dies gilt auch dann, wenn die Ausschließung wegen Nichtbefolgung des Schiedsspruchs eines Börsenschiedsgerichts erfolgt ist und die Klage des Ausgeschlossenen sich darauf stützt, daß der Schiedsspruch nicht gesetz- und ordnungsmäßig erfolgt ist.

§ 10. Vgl. unten §§ 88 ff.

§ 28. Literatur: Kisch, Die Unterwerfung unter das Börsenschiedsgericht, RheinZ. **1** 13—38.

1. Kisch. a) Die Zuständigkeit des Börsenschiedsgerichts ergibt sich nicht aus den Bestimmungen der Schiedsgerichtsordnungen, welche den Geschäftskreis dieses Gerichts näher regeln. Sie folgt auch nicht direkt aus den Vorschriften der Börsenordnung, nach denen die Parteien dem genannten Gericht unterworfen sind (arg. § 1026 ZPO.). Aber sie ergibt sich aus dem Umstande, daß (nach Ausweis jener Artikel der BörsO. oder der beigefügten „Satzungen") die Anrufung des Schiedsgerichts den Inhalt einer Usance bildet, die regelmäßig den Parteien bekannt ist, und aus dem Willen der letzteren, im besonderen Falle nach Maßgabe jener Usance zu kontrahieren. Zuständigkeitsgrund ist also nicht die Bestimmung der BörsO., sondern der Wille der Kontrahenten. — b) Personen, die nicht zu der im § 28 hervorgehobenen und bevorzugten Klasse gehören, können bezüglich künftiger Rechtsstreitigkeiten das Schiedsgericht überhaupt nicht zuständig machen, sondern immer nur bezüglich eines bereits entstandenen Streitfalls. Bezüglich der Termingeschäftsfähigen bleibt es bei den gewöhnlichen Regeln des Prozeßrechts, insbesondere bei § 1026 (vgl. a).

2. RheinA. **106** I 129 (Cöln). Die Bestimmung einer Börsenordnung, daß die Börsenbesucher bei Rechtsstreitigkeiten untereinander sich dem Börsenschiedsgerichte zu unterwerfen haben, begründet noch nicht die prozeßhindernde Einrede aus § 274 Abs. 2 Nr. 3 ZPO.

3. RheinA. **107** 159 (Düsseldorf). Die Bestimmung einer Börsenordnung, daß die Börsenbesucher bei Streitigkeiten untereinander sich dem Börsenschiedsgerichte zu unterwerfen haben, begründet nur eine Verpflichtung, bei etwaigen Streitigkeiten Schiedsverträge abzuschließen.

4. RheinA. **107** I 159 (Düsseldorf). An der Cölner Produktenbörse sind die Börsenbesucher auch nicht kraft Handelsbrauchs der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen.

II. Feststellung des Börsenpreises und Maklerwesen.

§ 29. Literatur: Richter, Kursfeststellung der Stadtobligationen an der Berliner Börse, BankA. **9** 132.

III. Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel.

§ 36. Literatur: Dove, Die Funktionen der Zulassungsstelle, BankA. **4** 177—179. — Dove, Der Einfluß der börsengesetzlichen Vorschriften auf die Zulassung ausländischer Wertpapiere zum Börsenhandel, BankA. **10** 223—225. — Friedeberg, Die Ablehnung der Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel auf Grund des § 36 Abs. III c BörsG., BankA. **8** 329—333. — Kahn, Die Verhinderung unerwünschter Anleiheemissionen, BankA. **9** 247—248. — Meyer, Aus welchen Gründen darf die Zulassungs-

stelle Emissionen ablehnen? BankA. 7 325—328. — Weißbart, Der Anspruch auf Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel, BankA. 10 91—93.

I. Dove, BankA. 10 223—225. Die Entscheidung über die Zulassung hat nur die Zulassungsstelle. Die Regierung kann nicht auf Grund der Börsenaufsicht für sich das Recht in Anspruch nehmen, aus Gründen des öffentlichen Interesses die Zulassung von Papieren, die dem öffentlichen Interesse zuwider zu sein scheinen, z. B. von ausländischen Wertpapieren, zu verhindern.

II. Friedeberg, BankA. 8 329—333, erörtert die Begriffe: „Schädigung allgemeiner Interessen" und „offenbare Übervorteilung des Publikums".

III. Darf die Zulassung nur aus den im § 36 Abs. 3 genannten Gründen verweigert werden? 1. Hierfür: a) Dove, BankA. 4 177—179. Versagung nur aus den gesetzlichen Gründen. b) Ebenso: Dove, BankA. 9 322 (vgl. § 44). c) Kahn, BankA. 9 247—248 und Kommentar § 36 Anm. 10. d) Meyer, BankA. 7 325—328. Die Zulassungsstelle darf nur aus den im Gesetz ausdrücklich angegebenen oder vorgesehenen Gründen ablehnen. Die Entstehungsgeschichte steht der Gegenmeinung als unüberwindliches Gegenargument entgegen.

2. Dagegen: a) Weißbart, BankA. 10 91—93. Im § 36 sind nur Zulassungsverbote und kein Zulassungsgebot enthalten. Die Antragsteller haben kein Recht auf Zulassung, falls die Versagungsgründe dieser Vorschrift nicht Platz greifen. Das Ermessen der Zulassungsstelle in der Ablehnung von Anträgen ist daher nicht beschränkt. Mit dem Schutze des Publikums, der der alleinige Zweck der Vorschriften über die Zulassung war, steht der Anspruch der Antragsteller auf Zulassung von Wertpapieren in keinem Zusammenhange. b) Apt, Kommentar, Bemerkungen vor § 36 I. c) Hemptenmacher, § 36 Anm. 7. d) Nußbaum, Kommentar § 36 I.

§ 43. **RG.** II. 2. 5. 11, BankA. 11 91, Korr. d. Ält. d. Kaufm. v. Berlin 11 138. Die Mitteilung von Preisen über außerhalb der Börse zustande gekommene Geschäftsabschlüsse fällt nicht unter das Verbot. Sind bei Ermittelung der Durchschnittspreise der in Frage kommenden Wertpapiere die Notierungen der Börse nur hin und wieder und in vereinzelten Fällen mitberücksichtigt, in der Hauptsache aber andere Preisbildungen zum Anhalte genommen, diejenigen nämlich, die sich im Handel mit den Papieren außerhalb der Börse vollzogen haben, so brauchen die so zustande gekommenen Kurse mit den Börsenkursen nicht zusammenzufallen. — Veröffentlichung der Preislisten über verbotene Termingeschäfte s. § 51 Abs. 2.

§ 44. Literatur: Dove, Die neuen Bundesratsbestimmungen über die Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel, BankA. 9 322—324.

1. Bekanntmachung des Bundesrats, betreffend die Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel, RGBl. 10 917—924, HoldheimsMSchr. 10 194—197, BankA. 9 312—314. — Vgl. hierzu Dove, BankA. 9 321—324.

2. **RG.** II. 12. 10. 11, R. 11 Nr. 3727. Zu den Umständen, welcher der Prospekt besonders im Hinblick auf die Bek. des RK. vom 11. Dezember 1896 § 7 Nr. 10 Erwähnung tun muß, gehört die Tatsache nicht, daß der Vorsitzende des Aufsichtsrats, der zugleich Mitbegründer war, seiner eigenen Gesellschaft nach der Gründung Lieferungen gemacht hat.

§ 45. Literatur: Dove, Die Haftung aus dem Prospekte nach § 45 BörsG., BankA. 9 18—20. — Heck, Aktionärpflicht und Prospekthaftung, LeipzZ. 08 917—919. — Moos, Die Schadensersatzansprüche des betrogenen Aktienerwerbers gegen die betrügerische Aktiengesellschaft, GoldschmidtsZ. 70 198 ff. — Werner, Prospekt für eigene Aktien und Anleihen, LeipzZ. 08 592.

I. Unrichtige Angaben. **RG.** II. 12. 10. 11, R. 11 Nr. 3727 a. Die einem Prospekte beigefügte Bilanz enthält auch dann keine zum Schadensersatze

verpflichtende unrichtigen Angaben, wenn Kommissionsware mit einer bestimmten Summe als Verkaufspreis im Debitorenkonto erscheint, während der Posten im Warenkonto hätte eingestellt werden sollen, wenn feststeht, daß die Ware unter dem Herstellungspreise bewertet wurde.

II. Kausalzusammenhang. **RG.** I. 19.10. 10, JW. **11** 66, WarnE. **11** 51, LeipzZ. **11** 155 Nr. 6 (= LeipzZ. **11** 65 Nr. 37), BankA. **10** 123. Da die Kläger die Aktien bereits erworben hatten, als der Prospekt erschien und zu ihrer Kenntnis gelangte, so ist es ausgeschlossen, daß sie durch den Prospekt zur Zeichnung und Abnahme der Aktien bestimmt worden sind. Der Anspruch aus § 45 setzt mindestens die Möglichkeit eines Kausalzusammenhanges zwischen den im Prospekt enthaltenen unrichtigen Angaben und dem Erwerbe der Aktien zu einem bestimmten Preise durch den Besitzer der Aktien, der den Anspruch erhebt, voraus. Wenn Kläger auch angenommen haben und berechtigterweise annehmen durften, daß der zu erlassende Prospekt diejenige Darstellung der Verhältnisse der Bank bestätigen werde, welche der der Generalversammlung vom Vorstand erstattete Bericht gegeben hatte, so sind sie doch nicht durch diesen Prospekt zur Zeichnung der Aktien bestimmt worden, sondern dadurch, daß sie auf die Wahrheit der im Bericht enthaltenen Darstellung bauten. — Auch die Klage aus dem Kaufvertrag ist unbegründet, weil der Beklagte bei dem Geschäfte keinerlei die Güte der Aktien betreffende Zusicherung abgegeben, auch nichts verschwiegen hat, zu dessen Offenbarung er nach Lage der Sache verpflichtet war. Wegen der Verpflichtung zur Prüfung der Bücher s. Nr. III.

III. Prüfung der Bücher? **RG.** I. 19. 10. 10, WarnE. **11** 51, LeipzZ. **11** 155 Nr. 6 (= LeipzZ. **11** 65 Nr. 38), R. **11** Nr. 251. Es besteht keine allgemeine gesetzliche Verpflichtung oder Gepflogenheit der Emissionsbanken, die Buchführung eines Unternehmens vor Einführung seiner jungen Aktien nachzuprüfen. Das Gesetz statuiert lediglich die eventuelle Haftung aus dem unrichtigen Prospekt, enthält aber keine Normen darüber, welche Maßnahmen zu treffen sind, um die Unrichtigkeit zu verhüten.

IV. Haftung einer Aktiengesellschaft für die von ihr ausgehenden Prospekte. Unterschied zwischen Aktienzeichner und Aktienkäufer. 1. **RG.** I. 28. 4. 09, **71** 97, JW. **09** 433. Wer durch unrichtige Angaben in dem von der Aktiengesellschaft ausgehenden Prospekte zum Ankaufe von Aktien veranlaßt worden ist, kann die Aktiengesellschaft selbst haftbar machen. Der Grundsatz des **RG. 54** 128, **62** 29, daß ein Aktionär Ansprüche gegen die Aktiengesellschaft nicht verfolgen kann, die sich auf seine Beteiligung an der Aktiengesellschaft gründen und diese zur Voraussetzung haben, findet hier keine Anwendung. Eine Ausdehnung des Grundsatzes auf Fälle, in denen die Beteiligung an der Aktiengesellschaft in anderer Weise als durch Zeichnung oder Übernahme des ursprünglichen oder des erhöhten Grundkapitals bewirkt wurde, ist abzulehnen. Der Aktionär, der eigene Aktien der Gesellschaft von ihr erworben hat, macht die Ansprüche aus der Prospekthaftung nicht in seiner Eigenschaft als Gesellschafter, sondern in seiner Eigenschaft als Käufer der Aktien geltend.

2. Dove, BankA. **9** 18—20, bespricht die Entscheidung zu 1 zustimmend mit Rückblicken auf die frühere Judikatur und Literatur.

3. Hiergegen: Moos, Die Schadensersatzansprüche des betrogenen Aktienerwerbers gegen die betrügerische Aktiengesellschaft, GoldschmidtsZ. **70** 198 ff.

4. Ältere Literatur. **a)** Werner, LeipzZ. **08** 592. Gegen Haftung und gegen Zulassung derartiger Prospekte. **b)** Vgl. hierzu Heck, LeipzZ. **08** 917—919. Für Haftung. Die reichsgerichtliche Norm muß zurücktreten und die Gesellschaft auch dem eigenen Aktionär haften.

IV. Börsenterminhandel.

Literatur: Vgl. Allgemeine Literatur oben vor § 1. — Ferner: Breit, Der Berliner Kupferterminhandel, LeipzZ. **11** 657—666, 740—747, 813—818, 899—915. — Cohn, Der Entwurf eines Züricherischen Gesetzes betreffend den gewerbsmäßigen Verkehr mit Wertpapieren, BankA. **10** 85—91. — Danz, Die Grundsätze von Treu und Glauben und ihre Anwendung auf die Rechtsverhältnisse des Bankverkehrs. Berlin 1909. — Danz, Auslegung und Naturalobligation. Festgabe der juristischen Fakultät Jena für A. Thon. Jena 1911, 179—196. — Hoeniger, Börsenaufträge zum Anfangskurs, BankA. **10** 73—75. — Hoeniger, Abweichungen des Kommissionärs von der Order des Kommittenten, insbesondere im Börsenverkehre, BankA. **10** 297—300. — Jacusiel, Der Börsenterminhandel in Wertpapieren unter dem neuen Börsengesetze, LeipzZ. **08** 570 bis 580. — Netter, Über die Metallbörse RuW. **1** 95—97. — Nußbaum, Über Prämiengeschäfte zwischen Bankier und Kunden, HoldheimsMSchr. **10** 1—10. — Nußbaum, Die Eigenhändlerklausel in den Geschäftsbedingungen der Bankiers, HoldheimsMSchr. **10** 161—164. — Nußbaum, Ist der bucket shop ein Bankier? BankA. **10** 359—361. — Nußbaum, Unlautere Geschäftsformen im Bankiergewerbe und ihre rechtliche Beurteilung mit besonderer Berücksichtigung des Bucket-shop-Systems. Berlin 1910. — Nußbaum, Zur Praxis des neuen Börsengesetzes, JW. **11** 297. — Nußbaum, Der Handel in englischen Minen-Shares nach deutschem Rechte, DJZ. **11** 1252—1256. — Oehlmann, Die juristische Behandlung und die wirtschaftliche Bedeutung der Effektentermingeschäfte. Hannover. — Pöschl, Das Reportgeschäft an der Wiener Börse, BankA. **7** 37—40, **9** 72—76, 87—91. — v. Speyr, Über die Abwickelung der Effekten-Termin-Transaktionen, BankA. **9** 79—80. — Derselbe, Die Theorie des Prämiengeschäfts, BankA. **9** 62—63.

Vor **§ 50.** A. Börsengeschäfte im allgemeinen. I. Auslegung. Berufung auf Treu und Glauben. 1. Danz, Die Grundsätze von Treu und Glauben. — Vgl. hierüber Brodmann, GoldschmidtsZ. **66** 414—416.

2. Danz, Auslegung und Naturalobligation. — Vgl. § 57.

3. **RG.** I. 21. 11. 08, HoldheimsMSchr. **09** 166, R. **09** Nr. 381. Der Berufung auf die Verbots- und Abhaltungsbestimmungen des BörsG. kann nicht entgegengehalten werden, daß sie gegen die guten Sitten (§ 826 BGB.) verstoße.

4. **RG.** II. 9. 11. 11, **77** 277. Die Berufung auf die Schutzvorschriften des BörsG. kann nicht gegen Treu und Glauben verstoßen.

5. **RG.** I. 9. 5. 08, HoldheimsMSchr. **09** 81. Der Auftraggeber kann sich auf die Unwirksamkeit des Börsentermingeschäfts auch dann berufen, wenn er selbst als Vertreter des Beauftragten in dessen Namen an der Börse die Geschäfte abgeschlossen hat, auf deren Vollziehung sein Auftrag lautete (zu § 66 Abs. 2 BörsG. aF.).

II. Börsenaufträge zum Anfangskurse. 1. Hoeniger, BankA. **10** 73—75. Der Börsenauftrag zum Anfangskurse bedeutet grundsätzlich eine Order, die nur in den Anfangskurs hineingegeben und nicht später ausgeführt werden darf (so das Berliner Börsenschiedsgericht vom 22. Oktober 1910, BankA. **10** 48). Aus den Umständen des Einzelfalls kann sich jedoch die Bedeutung ergeben, daß der Kommissionär berechtigt ist, den Auftrag auch später, wenn der Anfangskurs wieder erreicht wird, auszuführen. Derartige Umstände liegen insbesondere vor, wenn der Auftrag in den bisherigen Geschäftsbeziehungen der Parteien im letzteren Sinne ausgeführt worden ist oder wenn der — z. B. aus der Provinz stammende — Auftrag so kurz vor der Börsenzeit aufgegeben ist, daß der Auftraggeber mit dem verspäteten Eintreffen rechnen mußte (vgl. hierzu BankA. **10** 48, 63, 338.

2. In einer Fortsetzung behandelt Hoeniger, BankA. **10** 297—300, die Frage, ob und wann der Bankier von der Kommissionsorder abweichen darf. Dies richtet sich nach §§ 385 HGB., 665 BGB. Darf der Bankier nach den gesamten Umständen annehmen, Wille und Interesse seines Kunden gehe auf Ausführung des Geschäfts gerade an dieser Börse, so darf er die aus sonstigen Gründen notwendige und berechtigte Abweichung von der Order ohne vorherige Rückfrage an den Kommittenten vornehmen, es sei denn, daß ganz ausnahmsweise

Umstände vorliegen. Mit anderen Worten: im Börsenverkehr ist mit dem Aufschube regelmäßig Gefahr im Sinne des § 665 BGB. verbunden. Auch hat umgekehrt wie sonst der Kunde die Beweislast dafür, daß die Rückfrage erforderlich war. Unter Umständen ist der Kommissionär zur Abweichung sogar verpflichtet.

III. Ausland. Cohn, BankA. **10** 85—91, bespricht den Züricher Entwurf eines Gesetzes, der insbesondere mit der weiten Ausdehnung der Konzessions- und Kautionspflicht betreffend die Börsengeschäfte eine äußerst bedenkliche Einschränkung der Gewerbefreiheit darstellt.

B. Spiel- und Differenzeinwand (§§ 762, 764 BGB. — Vgl. auch dort). 1. Differenzgeschäft trotz vereinzelter Effektivlieferung. **RG.** II. 24. 9. 09, BankA. **9** 45. Der Feststellung, daß es sich um reine Ultimo-Differenzgeschäfte handle, steht der Umstand nicht entgegen, daß im Verhältnisse zu der großen Menge und bedeutenden Höhe der reinen Differenzgeschäfte eine verschwindend kleine Anzahl von Geschäften von nicht erheblichem Umfang effektiv erfüllt worden ist. Mit einer solchen in ganz bestimmten Ausnahmen, aus besonderem Anlasse stattgehabten effektiven Erfüllung ist das stillschweigende Übereinkommen der Parteien, daß effektive Lieferung ausgeschlossen sein solle, durchaus vereinbar; es stand trotz jenes Übereinkommens nichts im Wege, daß auch hin und wieder einmal bei gegenseitiger Übereinstimmung effektive Erfüllung, also Erfüllung in anderer Weise als der vereinbarten, statthatte.

2. Kassageschäft. **RG.** I. 1. 2. 11, BankA. **10** 239. Der Spielcharakter eines Effektengeschäfts ist zu verneinen, wenn die Papiere durch Kassageschäft erworben und von dem Bankier durch Einziehen der Dividenden und Ausübung des Bezugsrechts für den Kunden verwaltet worden sind.

3. Kenntnis des Agenten von der Spielabsicht des anderen Teiles. **RG.** II. 21. 1. 10, GruchotsBeitr. **54** 962, JW. **10** 234, LeipzZ. **10** 293 Nr. 20, HoldheimsMSchr. **10** 93, BankA. **10** 175, R. **10** Nr. 889. Bei Zeitgeschäften auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren muß der Bankier oder Kaufmann, der diese Geschäfte durch Vermittelung eines Agenten abschließt, dessen Kenntnis von der Spielabsicht des anderen Vertragsteils gegen sich gelten lassen, und zwar auch dann, wenn zwischen den Vertragsteilen unterschriftlich vollzogene Schlußscheine gewechselt sind und diese auf effektive Lieferung lauten. Der Geschäftsherr muß mit der Erfahrung des täglichen Lebens rechnen, wonach reine Differenzgeschäfte regelmäßig unter der Form der wirklichen Käufe oder Verkäufe verdeckt werden, und er kann den Schlußschein nicht anders als in dem Sinne annehmen, in dem dieser seinem Agenten von dem anderen Vertragsteile, dem Agenten erkennbar, ausgehändigt ist.

C. Börsentermingeschäfte. I. Kassa- oder Termingeschäft? **RG.** I. 28. 9. 10, LeipzZ. **11** 67, BankA. **10** 78, R. **10** Nr. 4030. Nimmt der Käufer die per Kassa gekauften Wertpapiere nicht per Kassa ab und erklärt sich der Bankier deshalb bereit, die Geschäfte wie Kontogeschäfte zu behandeln und dem Käufer den Kaufpreis nebst Zinsen bis Ende des auf den Kaufmonat folgenden Monats gegen Provision zu stunden, so werden die Geschäfte dadurch nicht zu Börsentermingeschäften. Der Bankier hat sich lediglich durch Erteilung entsprechender Abrechnungen zur Stundung bis nächsten Ultimo bereit erklärt. Dies hätte den Käufer nicht gehindert, die Papiere auch schon vorher gegen Zahlung zu verlangen. Der Umstand, daß der Käufer nicht über erhebliches Vermögen verfügt und daß dem Bankier bekannt war, er könne den Kaufpreis nicht bar bezahlen, läßt sich lediglich für die Spekulationsabsicht, nicht aber gegen die Annahme eines ernstlich gemeinten Kassageschäfts verwerten.

II. Handelsrechtliche Lieferungsgeschäfte mit Nachfristklausel auf Grund des Schlußscheins der wiederher-

gestellten Berliner Produktenbörse. a) RG. II. 23. 10. 08, LeipzZ. **08** 947, BankA. **8** 78. Die auf Grund des Schlußscheins der wiederhergestellten Berliner Produktenbörse abgeschlossenen Geschäfte fallen nicht unter den Begriff des Börsentermingeschäfts. Da nach den Bedingungen des Schlußscheins der Nichtsäumige dem Säumigen zur Bewirkung der Leistung unter allen Umständen eine angemessene Frist gemäß § 326 BGB. setzen muß, ist der für den Begriff des Börsentermingeschäfts erforderliche Charakter des Fixgeschäfts ausgeschlossen. **b)** Ebenso **RG.** II. 27. 4. 09, BankA. **8** 364, R. **09** Nr. 1937. Kein Börsentermingeschäft, da nach dem Berliner Schlußschein unter allen Umständen eine Frist gesetzt werden muß. Wenn auch derartige Bestimmungen häufig getroffen werden, um wirkliche Termingeschäfte zu verdecken, so ist doch nichts dafür beigebracht, daß dieses auch vorliegend der Fall sein sollte. — Wohl kann aber ein Differenzgeschäft vorliegen.

III. Termingeschäft außerhalb der Börse. **RG.** (Strafs.) II. 16. 9. 10, **44** 55, BankA. **10** 43, R. **11** Nr. 2269. Börsentermingeschäfte sind nicht nur solche Termingeschäfte in Waren oder Wertpapieren, die an der Börse abgeschlossen sind. Es genügt, daß das Termingeschäft zu einem Preise geschlossen wird, wie er sich infolge des Zusammentreffens von Börsenbesuchern an der Börse zu bilden pflegt. Wie der Preis ermittelt wird, ist gleichgültig. Selbst ohne jede Kursnotierung kann sich ein Börsenpreis bilden. Als solcher würde derjenige Durchschnittspreis zu gelten haben, zu dem das betreffende Papier für Ultimo an der Börse gehandelt wird (vgl. § 51 Abs. 2).

IV. Ultimoliquidation. v. Speyr, BankA. **9** 79—80, schildert das Berliner und das Pariser Verfahren zur Abwickelung der Termingeschäfte (Ultimoliquidation).

V. Der Berliner Kupferterminhandel. 1. Breit, LeipzZ. **11** 657—666, 740—747, 813—818, 899—915, schildert die historische Entwickelung der „Metallbörse" und den jetzigen Rechtszustand (geduldeter Terminhandel, Interessentenverein, Schlußschein, Regulativ und Stellung der Kommerz- und Diskontobank, Liquidation, Andienung).

2. Netter, RuW. **1** 95—97, legt die Vorteile der Metallbörse für den deutschen Kupfermarkt dar (Unabhängigkeit von England).

D. Prämiengeschäft. Reportgeschäft. 1. v. Speyr, Die Theorie des Prämiengeschäfts, BankA. **9** 62—63, bespricht Vorprämie, Rückprämie und Stellage und insbesondere die Unterschiede, die sich für den Börsenhandel in Paris daraus ergeben, daß dort die Prämiensätze im voraus festgesetzt sind (1,25; 2,50; 5,—; 10,—; 40,— Fr.).

2. Pöschl, Das Reportgeschäft an der Wiener Börse, BankA. **7** 37—40, **9** 72—76, 87—91.

3. Prämiengeschäfte als Termin- und Differenzgeschäfte. Nußbaum, HoldheimsMSchr. **10** 1—10. Prämiengeschäfte sind in der Regel Termingeschäfte. Sie können auch Differenzgeschäfte sein, doch hauptsächlich nur im Verkehre zwischen Bankier und Kunden; nach der Rechtsprechung des RG. kommt hier insbesondere das Mißverhältnis zwischen dem Vermögen des Kunden und den aus der Prämie zu beziehenden Effekten in Betracht. Praktisch kommt der Differenzeinwand nur dann in Betracht, wenn 1. die gehandelten Werte zum Terminhandel an einer inländischen Börse nicht zugelassen sind — so bei dem deutschen inoffiziellen Terminhandel und bei dem Terminhandel unter Zugrundelegung eines ausländischen Erfüllungsorts und ausländischer Börsenusancen (z. B. bei dem Handel in Minenshares) — und wenn 2. beide Kontrahenten termingeschäftsfähig sind oder eine Sicherheit gemäß § 54 gestellt ist, denn ohne die zweite Voraussetzung würden die Geschäfte von vornherein als Termingeschäfte unwirksam sein.

4. Berechnung des billigsten Prämiensatzes. Nußbaum, HoldheimsMSchr. **10** 9. Der Bankier ist zum Schadensersatze verpflichtet, wenn er den Kunden, dem die geschäftliche Bedeutung der schiefen Prämienmitte und der Hinausschiebung des Termins (Report) und der Einfluß dieser Modalitäten auf den Prämiensatz unbekannt ist, veranlaßt, derartige Geschäfte zu machen. Der Schaden des Kunden im Falle des Verlustes ist die Differenz, die sich zwischen dem vereinbarten Prämiensatz und den am Tage des Geschäftsabschlusses auf der Basis des Tageskurses für den nächsten Ultimo maßgebend gewesenen normalen Sätzen ergibt. Bei Arglist eventuell Anfechtung wegen Täuschung und Anwendung der §§ 94 BörsG., 823 Abs. 2, 826 BGB.

5. Herabsetzung der Prämie. Korresp. d. Ält. d. Kaufm. v. Berlin **11** 145 (Schiedsspruch vom 28. 4. 11). Herabsetzung der Prämie durch Urteil gemäß § 315 BGB., wenn die Preisberechnung nicht der Billigkeit entspricht.

6. Vgl. auch E.

E. Unlautere Börsengeschäfte. Bucketshop-System. I. Das Prinzip des Bucketshop. Nußbaum, Unlautere Geschäftsformen im Bankiergewerbe. Das wesentliche Geschäftsprinzip des Bucketshops liegt darin, daß er es fortdauernd und planmäßig unterläßt, für die Aufträge seiner Kunden Deckung zu suchen. Indizien zur Feststellung, ob ein Bucketshop vorliegt oder nicht, vgl. 15 ff. Das Anreißertum 20 ff. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, welche im Verschweigen des Bucketshop-Charakters des Geschäftsbetriebs und in der Erregung des Irrtums liegt, daß die Geschäfte an der Börse ausgeführt seien 29 ff. Mißbrauch der Eigenhändlerklausel 36 ff.

II. Der Selbsteintritt bei Prämiengeschäften und die Eigenhändlerklausel der Bucketshops. 1. Nußbaum, HoldheimsMSchr. **10** 7. An sich ist bei Prämiengeschäften der Selbsteintritt unzulässig, denn auf die spezielle Geschäftsform des Prämiengeschäfts erstreckt sich die amtliche Kursnotiz nicht. Die Zulässigkeit des Selbsteintritts ergibt sich jedoch aus der Parteivereinbarung. Hierdurch ist der Kommittent im wesentlichen auf die Zuverlässigkeit des Kommissionärs angewiesen. Durch die Eigenhändlerklausel versuchen die Bucketshops überhaupt die Rechtsstellung des Kommissionärs mit der bequemeren des Käufers bzw. Verkäufers zu vertauschen, der seinem Gegenkontrahenten die Wahrung der eigenen Interessen getrost überlassen darf. Diese Klauseln widersprechen Treu und Glauben. Das Geschäft ist als Kommissionsgeschäft gewollt.

2. Nußbaum, HoldheimsMSchr. **10** 161—164. Es gibt zwei verschiedene Formen der Eigenhändlerklausel, die spezielle und die allgemeine. Der reelle Bankier pflegt sich die Rechte des Eigenhändlers nur für solche Werte auszubedingen, die an der Börse nicht amtlich notiert werden. Die allgemeine Eigenhändlerklausel dagegen in den Geschäftsbedingungen vor allem der Bucketshops entzieht dem Kunden ohne wirtschaftlich berechtigten Grund den Schutz der §§ 383 ff. HGB., 95 BörsG. Bei amtlich notierten Werten schlägt die Klausel den Interessen des Kunden geradezu ins Gesicht. Der Bankier ist daher nach Treu und Glauben verpflichtet, den unerfahreren Kunden über die Klausel aufzuklären. Geschieht dies nicht, so verstößt er gegen die guten Sitten (§ 138) und täuscht ihn arglistig (§ 123).

III. Anfechtung der mit einem Berliner „Bankier" geschlossenen Börsengeschäfte wegen arglistiger Täuschung. 1. JW. **12** 554 II, BankA. **11** 89, ZAktWes. **11** 206 (KG.). Die arglistige Täuschung liegt darin, daß der Bankier, der an der Berliner Börse nicht zugelassen war und grundsätzlich keine Deckungsgeschäfte abschloß (Bucketshop-System), dem Kunden die Nichtzulassung an der Börse und die Unlauterkeit seiner Ratschläge über die vorzunehmenden Börsengeschäfte arglistig verschwiegen hat.

2. Ebenso schon vorher: Nußbaum, HoldheimsMSchr. **10** 5. Prämiengeschäfte sind wegen arglistiger Täuschung anfechtbar, wenn der Bankier als Bucketshop fortdauernd und planmäßig die Ausführung von Gegengeschäften unterläßt, die Geschäfte mit dem Kunden nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich in sich macht. Hierdurch wird der Bankier zum Gegenspieler des Kunden und — im Gegensatze zu dem reellen Bankier, der grundsätzlich nur an der Provision verdient — an dem Verluste des Kunden unmittelbar interessiert.

3. Korresp. d. Ält. d. Kaufm. v. Berlin **11** 164 (Gutachten „Bankgeschäft" vom 8. Juni 1911). Für die Kunden ist es von wesentlicher Bedeutung, zu wissen, ob der Bankier als sog. Bucketshop seine Geschäfte macht, d. h. die Ausführung der Kundenaufträge planmäßig unterläßt; im allgemeinen wünscht die Kundschaft, mit Bucketshops Geschäfte nicht abzuschließen. Dies ist nicht nur für Berlin, sondern im allgemeinen zutreffend und gültig.

IV. Ist der Bucketshop ein Bankier? a) Finger, Unlauterer Wettbewerb durch Mißbrauch der Bezeichnung Bankgeschäft, BankA. **10** 279—282. Der Bucketshop ist nur Scheinbankier. Abhilfe ist gemäß §§ 18 Abs. 2, 37 Abs. 2 HGB. und §§ 3—5, 13, 22, 25 UnlWG. möglich. b) Ebenso Nußbaum, BankA. **10** 359—361. Der Bucketshop ist nicht der sachverständige Berater und Vertrauensmann, den der Kunde in seinem „Bankier" sieht. Er bedient sich nur der Form des bankgeschäftlichen Betriebs. Ihm fehlt objektiv und subjektiv ein für den Begriff „Bankier" oder „Bankgeschäft" verkehrsüblich wesentliches Moment. c) Vgl. auch Wertheimer, Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und seine Bedeutung für den Bankierstand, BankA. **10** 135—136.

§ 51. Literatur: Dove, Zur Frage der Preislistenveröffentlichung über nicht zugelassene Wertpapiere, BankA. **10** 38—40.

1. Der Berliner Kupferterminhandel. Breit, LeipzZ. **11** 663 (vgl. vor § 50 C). Gemäß § 51 Abs. 1 Satz 3 ist der Berliner Kupferterminhandel zur Zeit geduldeter Terminhandel. Der Kupferterminhandel darf die Börseneinrichtungen benutzen, Kurszettel dürfen veröffentlicht werden und die Kursmäkler dürfen Geschäfte vermitteln. Nur der Ausschluß des Differenzeinwandes (§ 58) gilt nicht.

2. Abs. 2. Preislistenveröffentlichung. a) **RG.** (Straff.) II. 16. 9. 10, **44** 55, BankA. **10** 43. Die Bestimmung setzt nicht voraus, daß die Termingeschäfte an der Börse abgeschlossen waren (vgl. vor § 50 C III). Nur in dem einen Falle, wenn das Termingeschäft sich völlig außerhalb der Börse bewegte, so daß eine Beeinflussung der Preisbildung durch den Verkehr an der Börse undenkbar erschiene, könnte die Veröffentlichung vielleicht dem Strafgesetze (§ 90) entgehen (**RG. 52** 180). Die Veröffentlichung von Preislisten über Geschäfte in Anteilen von Bergwerksunternehmungen ist daher strafbar, wenn diese Geschäfte zwar außerhalb der Börse abgeschlossen sind, sich aber gleichwohl als verbotene Börsentermingeschäfte darstellen. b) Vgl. hierzu Dove, BankA. **10** 38—40. Die Entscheidung (a) führt zu dem bedenklichen Resultate, daß bei einem überhaupt nicht zum Börsenhandel zugelassenen Papier ein freier Terminmarkt sich bilden und dessen Preisbildung veröffentlicht werden darf, wenn dagegen zwar die Zulassung zum Börsenhandel, aber nicht zum Börsenterminhandel erfolgt ist, die Schutzvorschrift des § 51 Abs. 2 wirksam werden kann.

§ 52. Über die Unklagbarkeit des Börsentermingeschäfts s. § 55 Nr. I.

§ 53. 1. Über die beschränkte Wirksamkeit des unverbindlichen Börsentermingeschäfts s. § 55 Nr. I.

2. JW. **11** 729 (KG.). Die Nichteintragung eines Kaufmanns in das Handelsregister kann nicht als verschuldete und gesetzwidrige Unterlassung der Eintragung und als Verstoß gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.

geltend gemacht werden. Die Vorschriften des HGB. über die Verpflichtung zur Eintragung in das Handelsregister sind zwar Ordnungsvorschriften, aber kein Schutzgesetz, namentlich dienen sie nicht dem Schutze des Bankiers gegen Schädigungen aus dem Abschlusse von Börsentermingeschäften mit termingeschäftsunfähigen Personen.

3. *Nußbaum, JW. **11** 297. Wird im Wechselprozeß ein Wechsel geltend gemacht, der erweislich auf Börsentermingeschäfte gegeben ist, so muß der Kläger dartun, daß die Voraussetzungen des § 53 BörsG. vorliegen.

§ 54. Literatur: Loewenberg, Wertpapiere als Sicherheit für Börsentermingeschäfte, BankA. **11** 284.

Loewenberg. „Kurshabende" Wertpapiere sind alle Wertpapiere, für die sich im Handel ein Preis gebildet hat, z. B. auch „Bohranteile". Weder ist die offizielle Zulassung zum Börsenhandel nötig, noch überhaupt ein Börsenhandel, wie die herrschende Meinung annimmt.

§ 55. I. Rechtswirkungen des unverbindlichen Termingeschäfts. Naturalobligation. 1. **RG.** I. 29. 3. 11, **76** 81, JW. **11** 554, LeipzZ. **11** 461 Nr. 32, BankA. **10** 273, R. **11** Nr. 2395, 2396. Ein nicht verbotenes Börsentermingeschäft zwischen einem Bankier und einer nicht börsengeschäftsfähigen Person ist nicht nichtig, sondern beschränkt wirksam. Es liegt ein Vertrag mit bestimmten rechtlichen Folgen vor, Folgen, die zwar die Klagbarkeit nicht einschließen, wohl aber andere rechtliche Wirkungen: Realisierbarkeit bestellter Sicherheiten, Kondiktionsfreiheit des Geleisteten, beschränkte Aufrechnungsfähigkeit. Auch durch solchen Vertrag wird ein Rechtsverhältnis erzeugt, das nach dem Grundsatze von Treu und Glauben und durch die Rücksicht auf die Verkehrssitte beherrscht wird (§ 157 BGB.). Es ist daher zulässig, das Schweigen des Kunden auf die Erfüllungsanzeige als Zustimmung zu behandeln (vgl. § 57).

2. *Reichel, Unklagbare Ansprüche 27 ff. Das Börsentermingeschäft erzeugt einen „unklagbaren Anspruch"; Ausweis §§ 56, 57.

II. Bedeutung des § 55. *Nußbaum, JW. **11** 297. Ein Bankier, der auf Grund unwirksamer Börsentermingeschäfte vom Kunden Zahlung erhalten hat, ist ungerechtfertigt bereichert, soweit die Geschäfte einen Saldo für den Kunden ergeben. Behufs Ermittelung der Saldos ist der Bankier zur Glattstellung der Engagements verpflichtet.

III. Leistung im Sinne von § 55 und von § 66 Abs. 4 aF. 1. Umwandlung in Darlehen keine Erfüllung. a) **RG.** I. 11. 1. 08, HoldheimsMSchr. **09** 107, R. **08** Nr. 868. Umwandlung eines unwirksamen Börsentermingeschäfts in eine Darlehnsschuld (durch Unterzeichnung eines Darlehnsscheins) ist keine Erfüllung (§ 66 Abs. 4 BörsG. a. F). b) **RG.** I. 17. 5. 11, HansGZ. **11** Hptbl. 276 — in Bestätigung von HansGZ. **10** Hptbl. 37 (Hamburg 4. 12. 09). — Wenn der Bankier dem Kunden auf die für ihn eingekauften Effekten Vorschüsse gibt, mit diesen Vorschüssen die Kaufschuld begleicht und als Sicherheit für die Rückzahlung der Vorschüsse die Effekten in Depot nimmt, so liegt hierin keine Erfüllung im Sinne des § 66 Abs. 4 a. F. Die Kaufschuld wurde durch die Gewährung der Vorschüsse lediglich in eine Darlehnsschuld umgewandelt. Eine Zahlung, die mit Vorschüssen erfolgt, welche der Kunde von seinem Gläubiger selbst erhält, kann nicht als zu Erfüllungszwecken geleistet angesehen werden.

2. Bedeutung der zur Verringerung des Debets innerhalb der Kontokorrentperiode gemachten Einschüsse. **RG.** I. 10. 4. 11, LeipzZ. **11** 455 Nr. 5, BankA. **10** 334. Die dem Bankier vom Kunden gemachten Einschüsse gelten ebenso wie die ihm gutzubringenden Erlöse aus Effektenverkäufen während der Dauer der Kontokorrentperiode nur als Leistungen zur Begründung von Aktivposten (**RG. 38** 232, **56** 23, JW. **04** 151). So richtig es ist, daß

die Parteien mit jenen Einschüssen eine Verringerung des Debets des Kunden bezweckt haben, so soll doch dieser Erfolg nach dem Wesen des Kontokorrents erst durch Verrechnung bei der Saldoziehung herbeigeführt werden. Leistungen aber, die im voraus auf den künftigen Saldo im allgemeinen erfolgen, sind keine Leistungen zur Erfüllung eines bestimmten Geschäfts im Sinne des § 66 aF.

3. Völlige Abwickelung des Geschäfts durch erfolgte Prolongation. HansGZ. **09** Hptbl. 237 (Hamburg). Es ist nicht die Erfüllung der abgeschlossenen Geschäfte von Monat zu Monat hinausgeschoben, sondern es sind nach Abwickelung der Geschäfte des einen Monats immer wieder neue Geschäfte zustande gekommen, die schließlich zu dem Ergebnisse geführt haben, daß die von dem Kunden ins Depot gegebenen Werte unter seiner nachträglichen Anerkennung verbraucht und demnach als Leistung auf die abgewickelten Geschäfte anzusehen sind.

4. Hingabe von Wechselakzepten zahlungshalber. — Weiterbegebung. a) **RG.** II. 9. 11. 11, **77** 277. Keine Leistung im Sinne des § 55 liegt vor, wenn der Terminschuldner dem Gläubiger sein Blankoakzept zur Deckung der Terminschuld zahlungshalber gegeben hat; denn hier ist eine Leistung erforderlich, die das Schuldverhältnis unwiderruflich und so löst, daß keine persönliche Verbindlichkeit mehr übrig bleibt (vgl. auch **RG. 71** 292). Ebensowenig, wenn der Gläubiger das Akzept im Einverständnisse mit dem Terminschuldner weiterbegeben und die Valuta erhalten hat; der Terminschuldner erfüllt nur, wenn er freiwillig erfüllt; er hat vorliegend die Akzepte aber nicht eingelöst (vgl. auch § 59). b) Ebenso BankA. **9** 266, HansGZ. **10** Hptbl. 69 (Hamburg 27. 11. 09). Die Hingabe eines Wechsels zum Zwecke der Erfüllung einer Schuld aus einem klaglosen Börsentermingeschäft ist keine Leistung im Sinne des § 55; der Wechselgläubiger ist zur Herausgabe des Wechsels (§ 812 BGB.) und, wenn er ihn weiterbegeben hat, gemäß §§ 819, 292, 989 BGB., da er bei Empfang des Wechsels den Mangel des Rechtsgrundes kannte, zum Schadensersatz, also zur Erstattung der von dem Wechselschuldner gezahlten Wechselsumme verpflichtet. c) Ebenso R. **11** Nr. 2228 (Hamburg 20. 3. 11).

5. Kann die im voraus von einem Termingeschäftsunfähigen geleistete Prämie zurückgefordert werden? a) Bejaht von JW. **11** 729 [730 II], BankA. **10** 384 (KG. V. 11. 2. 11). Die auf ein Prämiengeschäft im voraus gezahlte Prämie kann von dem börsentermingeschäftsunfähigen Kunden zurückgefordert werden. Die Prämie ist nicht auf Grund des Geschäfts geleistet. Die Vorprämie ist Reugeld für das dem Käufer eingeräumte Rücktrittsrecht. Ihre Vorauszahlung bei Abschluß des Geschäfts hat den Zweck, den Verkäufer wegen des ihm zugesagten Reugeldes, als einer Nebenverpflichtung, zu sichern, bedarf mithin der Form des § 54. Wie nach dem früheren BörsG. § 66 Abs. 4 die Unzulässigkeit der Zurückforderung auf das „bei oder nach vollständiger Abwickelung Geleistete" beschränkt war, so gilt dasselbe auch für die Novelle § 55, da die Änderung im wesentlichen redaktioneller Natur ist. Von der Rückforderung ausgeschlossen ist nur das zur wirklichen Erfüllung des Hauptgeschäfts Geleistete, nicht eine Leistung, welche die Erfüllung bloß sicherstellen soll. — b) Ebenso — allerdings noch gemäß § 66 Abs. 4 aF. — von **RG.** I. 13. 3. 09, WarnE. **09** 338. Vorauszahlungen der oder auf Vorprämien sind, wie RG. wiederholt ausgesprochen hat, weil die Vorprämie ein Reugeld für die Einräumung eines Rücktrittsrechts ist, keine Leistung, die „bei oder nach völliger Abwickelung des Geschäfts zu seiner Erfüllung" erfolgt. Und c) **RG.** I. 12. 2. 08, LeipzZ. **08** 304 Nr. 35. Beim Vorprämiengeschäfte hat die Prämie den Charakter eines Reugeldes für die Einräumung des Rücktrittsrechts. Ist sie bei Eingehung des Geschäfts alsbald beglichen, so liegt darin keine Leistung zur Erfüllung vor oder nach Abwickelung des Geschäfts. d) Verneint dagegen von JW. **12** 553.

Die im voraus gezahlte Prämie kann nicht zurückgefordert werden. § 55 hat eine andere Tragweite als § 66 Abs. 4 aF. Es ist jetzt jede „zwecks Erfüllung des Geschäfts" gemachte Leistung rechtswirksam. Nach den Bräuchen der Berliner Fondsbörse ist die Vorprämie nicht Reugeld, sondern Vergütung für die Einräumung des Rücktrittsrechts. Nimmt man nun eine selbständige Nebenabrede an, so ist diese durch die Vorauszahlung der Prämie vollständig erfüllt, eine Erfüllung auf die Nebenabrede ist auch eine Leistung auf Grund des Geschäfts. Die Sicherheit, die der Gläubiger erhält, ist nur eine wirtschaftliche, nicht eine im Rechtssinne. Es ist aber überhaupt bedenklich, das einheitliche Geschäft in zwei Abreden auseinanderzureißen. Nach der Auffassung der Börse wird die Prämie als ein Teil des Kaufpreises angesehen, ihre Vorauszahlung ist eine Anzahlung auf den Kaufpreis der zu liefernden Wertpapiere. Die abweichenden Entscheidungen des **RG. 38** 238, JW. **02** 101 Nr. 50, **04** 124 Nr. 31, DJZ. **09** 1267, LeipzZ. **08** 304 Nr. 35 beruhen auf dem alten § 66 Abs. 4. **e**) Ebenso Nußbaum, HoldheimsMSchr. **10** 4. Die Prämie kann nicht zurückgefordert werden. Denn da von vornherein feststeht, daß der Kunde mindestens den Betrag der Prämie zu zahlen hat (nämlich event. als Anzahlung auf den Kaufpreis), so erfolgt die Zahlung stets zur Ausgleichung einer bereits vorhandenen Verbindlichkeit. Die Prämie wird also auf Grund des Geschäfts „geleistet", mag sie bei Abschluß des Geschäfts oder erst nach Verfall gezahlt werden. — Nicht ausgeschlossen ist die Rückforderung auf Grund einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (Bucketshop, vgl. vor § 50 E III) oder gemäß § 94 BörsG., §§ 823 Abs. 2, 249 BGB. — § 57 ist auf die Prämienzahlung nicht anwendbar. Aus der Prämienzahlung folgt nicht die Wirksamkeit des ganzen Geschäfts. **f**) Ebenso Pfeiffer, Prämiengeschäfte, HoldheimsMSchr. **11** 313 bis 315. **g**) Bernstein, BankA. **10** 385. **h**) Vgl. hierzu BankA. **10** 78, DJZ. **10** 1301 (KG. 28. 1. 10). Nach Berliner Börsenusancen stellt gemäß der Auskunft der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin (Gutachten II [Apt 1910] 84 Nr. 8) die Vorprämie nicht die Vergütung für die Ausübung des Rücktrittsrechts, sondern für die Einräumung desselben dar. Sie steht also dem Verkäufer auch dann zu, wenn der Käufer vom Rücktrittsrechte keinen Gebrauch macht, sondern die den Gegenstand des Geschäfts bildenden Papiere abnimmt.

6. **RG.** I. 30. 6. 09, DJZ. **09** 1267. Bei Börsentermingeschäften entbehrt die Vorausbezahlung der Gültigkeit (zu § 66 Abs. 4 aF.).

7. Verhältnismäßige Verrechnung bei Saldoziehung. **a**) **RG.** I. 10. 4. 11, BankA. **10** 334, LeipzZ. **11** 455 Nr. 4. Bei verhältnismäßiger Verrechnung der klagbaren und unklagbaren Geschäfte ist der Gläubiger des Saldo berechtigt, ihn auf neue Rechnung vorzutragen. Hat die neue Kontokorrentperiode wiederum mit einem Saldoanerkenntnisse geendet, so erstreckt sich die tilgende Kraft dieses Vorganges gleichmäßig auf die in die Periode übertragenen Reste älterer Forderungen aus unklagbaren Geschäften wie auf die darin neu entstandenen Forderungen dieser Art. **b**) Nußbaum, Ein irrevisibles börsenrechtliches Urteil, BankA. **9** 190—191, erörtert eine Entscheidung, welche den Saldo falsch berechnet hat. **c**) Danz, Die Grundsätze von Treu und Glauben und ihre Anwendung auf die Rechtsverhältnisse des Bankverkehrs (Berlin 1909). Die verhältnismäßige Aufrechnung, welche das RG. in dem Falle vornimmt, daß sich Posten aus klaglosen Börsentermingeschäften im Kontokorrent befinden, ist unzulässig. Die Annahme eines derartigen Aufrechnungsvertrags widerspricht Treu und Glauben, der Verkehrssitte und den kaufmännischen Gewohnheiten.

§ 57. 1. Stillschweigende Zustimmung des Kunden zur Erfüllungsanzeige des Bankiers. **RG.** I. 29. 3. 11, **76** 81, JW. **11** 554, LeipzZ. **11** 461 Nr. 32, BankA. **10** 273, R. **11** Nr. 2395, 2396. Das Einverständnis mit der Bewirkung der Leistung durch den anderen (Bankier) kann

auch stillschweigend erklärt werden. Eine solche stillschweigende, aus den Umständen zu folgernde Erklärung liegt vor, wenn der Kunde die Erfüllungsanzeige unbeantwortet läßt. Daß ihm der Bankier dieses Präjudiz sogar ausdrücklich angedroht hat, ist dabei nicht wesentlich. Bei der Erfüllungsanzeige handelt es sich nicht um den Abschluß eines neuen Vertrags, sondern um die Vornahme eines Rechtsgeschäfts, das auf einen bereits bestehenden, wenn auch nur beschränkt wirksamen Vertrag Bezug hat und gemäß § 157 zu beurteilen ist (vgl. § 55 Nr. I 1).

2. Anders Neukamp, Verbandskommentar Anm. 11 und BankA. **10** 94. Bis zu dem Zeitpunkte des Gültigwerdens durch Einverständnis und Leistung von der einen Seite liegt überhaupt ein Nichts vor, da bisher kein klagbarer Anspruch entstanden ist. Daher steht die Schließung eines neuen Vertrags in Frage und die Einverständniserklärung ist empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne des § 130 BGB. Eine „stillschweigende" Erklärung würde zwar genügen, sie muß aber dem anderen Teile zugehen. Daher ist es unrichtig, daß, wenn der Bankier dem Kunden das Stückverzeichnis übersandt hat, im allgemeinen ein stillschweigendes Einverständnis des Kunden nach § 57 angenommen werden müsse, wenn dieser nicht unverzüglich widerspreche.

3. Hiergegen a) Düringer, BankA. **10** 126. **b**) Danz, Die Grundsätze von Treu und Glauben und ihre Anwendung auf die Rechtsverhältnisse des Bankverkehrs. Sendet der Bankier dem Kunden die Wertpapiere zu und behält sie letzterer oder schweigt er auf die Anzeige der Erfüllung durch Hinnahme der Stücke ins Depot, so hat sich der Kunde stillschweigend mit dem Bewirken der vereinbarten Leistung einverstanden erklärt. **c**) Danz, Auslegung und Naturalobligation. Festgabe der Juristischen Fakultät Jena für Thon (Jena 1911) 179 bis 196, erwidert auf Neukamp, BankA. **10** 94. Auch wenn ein nicht mit Klage versehener rechtsgeschäftlicher Tatbestand vorliegt (eine sog. Naturalobligation), hat man bei der Auslegung stets auch diesen nicht klagbaren Tatbestand in Berücksichtigung zu ziehen, um zu einem richtigen Resultate zu gelangen. Auch er gehört mit zu den „Umständen des Falles", die bei jeder Auslegung zu berücksichtigen sind. — Daher ist das Schweigen auf die Anzeige Einverständniserklärung.

4. Nußbaum, HoldheimsMSchr. **10** 6. § 57 ist auf die Prämienzahlung nicht anwendbar. Aus der Prämienzahlung folgt nicht die Wirksamkeit des ganzen Geschäfts.

§ 58. Auf ausländische Differenz- und Spielgeschäfte ist § 58 nicht anwendbar. 1. **RG.** I. 14. 6. 11, **76** 371, BankA. **11** 11, JW. **11** 782, LeipzZ. **11** 701 Nr. 26, R. **11** Nr. 2993. Auf an ausländischen Börsen abgeschlossene Geschäfte ist § 58 nicht anwendbar. Selbst wenn eine Auslandsbörse hinsichtlich der Zulassung zur amtlichen Notierung ähnliche Kautelen hätte wie die deutschen, so wäre damit vom Standpunkte des deutschen Gesetzgebers aus doch nicht die gleiche Garantie geboten, welche nur die Organe des eigenen Staates bieten. Gegenüber diesem ausschlaggebenden Gesichtspunkte kommt das aus der Fassung des § 61 BörsG. geschöpfte Argument nicht in Betracht. Der Spieleinwand ist also zulässig (ebenso Bernstein 261, Staub, Nachtrag 43 Anm. 81 c, Jacusiel, LeipzZ. **08** 580. Dagegen: Apt § 58 Anm. 2, Verbandskomm. [Neukamp] § 61 Anm. 6; Vermittelnd: Nußbaum 292 C).

2. BankA. **10** 190 (Dresden 21. 2. 11). Der Spiel- und Differenzeinwand ist nur dann ausgeschlossen, wenn die Papiere an einer deutschen Börse zum Börsenterminhandel zugelassen sind. Börsentermingeschäfte in Shares, welche nur an der Londoner Börse zum Börsenhandel zugelassen sind, sind inoffizielle Börsentermingeschäfte denen gegenüber die Berufung auf §§ 762, 764 BGB. auch einem eingetragenen Vollkaufmanne nicht versagt ist.

3. KGBl. **11** 59 (KG. 11. 2. 11). Im Auslande geschlossene oder zu erfüllende Börsentermingeschäfte fallen unter den inoffiziellen Terminhandel im Sinne des § 51 BörsG. und sind daher dem Schutze des § 58 BörsG. in bezug auf die Einwendungen aus §§ 762, 764 entzogen. Die Zulassung an einer ausländischen Börse (London) ist keine Zulassung im Sinne von § 50.

4. *Nußbaum, Der Handel in englischen Minenshares nach deutschem Rechte, DJZ. **11** 1252—1256, bejaht die Anwendbarkeit des § 764 auf Geschäfte in Minenshares nach Londoner Usance.

§ 59. 1. **RG.** II. 9. 11. 11, **77** 277. Gibt der Terminschuldner zur Deckung einer unwirksamen Schuld seinem Gläubiger ein Akzept, das letzterer weiterbegibt, so haftet der Schuldner dem gutgläubigen Nachmanne nach wechselrechtlichen Grundsätzen. Dem ersten Gläubiger gegenüber darf er aber auf die Unwirksamkeit des Termingeschäfts zurückgehen.

2. Hingabe des Wechsels keine Leistung im Sinne des § 55. Vgl. dort Nr. III 4.

3. *Nußbaum, JW. **11** 297, erörtert verschiedene Formen der Umgehung des Gesetzes sowie der zulässigen Garantieübernahme.

§ 61. I. Ausländische Börsentermingeschäfte. 1. Nußbaum, DJZ. **11** 1252. Die Geschäfte, für welche nach Londoner Usancen Ultimo oder Medio Liquidationstag ist, sind Börsentermingeschäfte. Dies gilt in der Regel für die Geschäfte in Minenshares. Doch kommen auch Kassageschäfte Shares vor. Hier gewährt weder das BörsG. noch § 764 BGB. Schutz (vgl. § 58).

2. Vermerk in der Schlußnote: „Lieferungstermin per Kassa" und gleichzeitig „Sonstige Bemerkungen: In Gemäßheit der Usancen der Londoner Stock-Exchange". **RG.** I. 17. 5. 11, BankA. **10** 317. Hat ein deutscher Kunde seinen deutschen Bankier zum Ankaufe von englischen Shares beauftragt und enthält die Schlußnote den Vermerk: „Lieferungstermin per Kassa" und später „Sonstige Bemerkungen: In Gemäßheit der Usancen der Londoner Stock-Exchange", so ist Lieferung per Kassa vereinbart und der Hinweis der Londoner Usancen kann sich nicht auf die Erfüllungszeit, sondern nur auf andere Modalitäten beziehen, z. B. auf die Verhältnisse des Transfers, der Spesen, der Nichtabnahme. Der Umstand, daß die Papiere nur an der Londoner Börse gehandelt und nur nach den Usancen dieser Börse käuflich seien, schließt — wenn er tatsächlich richtig wäre — im Verhältnisse der Parteien nicht ohne weiteres den Abschluß eines Geschäfts mit sofortiger Erfüllungspflicht aus; namentlich ergibt sich allein aus dem negativen Momente der Unfähigkeit des Kommissionärs zu sofortiger Lieferung noch nicht ein Kauf- oder sonstiges Anschaffungsgeschäft auf eine festbestimmte Lieferungszeit oder mit einer festbestimmten Lieferungsfrist. Doch kann in der Tat die Vereinbarung über den Lieferungstermin per Kassa nur zum Schein in die Schlußnoten aufgenommen worden sein.

3. **RG.** I. 17. 5. 11, HansGZ. **11** Hptbl. 276 — in Bestätigung von HansGZ. **10** Hptbl. 37 (Hamburg 4. 12. 09). Ungültigkeit von nach den Rules der Londoner Stock-Exchange abgeschlossenen Termingeschäften nach dem alten Börsengesetze.

II. Ausländische Differenz- und Spielgeschäfte. Vgl. § 58.

§ 63. SächsRpflA. **11** 83, BauersZ. **18** 162, R. **11** Nr. 1654 (Dresden 16. 12. 09). Börsentermingeschäfte in Otavi-Minenshares fallen unter § 63. Denn diese Bestimmung ist nach ihrem Zwecke (Schutz vor schädlichem Einflusse der Börse) auch auf solche Unternehmungen zu beziehen, die nicht ausschließlich oder vorwiegend auf Bergbau gerichtet sind, sofern nur der Bergwerksbetrieb zu ihren wesentlichen oder gewöhnlichen Geschäften gehört.

§ 64. Kondiktionsanspruch aus der Zeit vor der Novelle. **RG.** I. 15. 6. 10, BankA. **10** 13, WarnE. **10** Nr. 344, R. **10** Nr. 3172.

Aus § 64 Abs. 2 folgt nicht, daß die Erfüllung verbotener Börsentermingeschäfte allgemein oder wenigstens für einen Kaufmann einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht, und daß mithin einer vor dem Inkrafttreten der Novelle erhobenen Rückforderungsklage aus letzterem Gesichtspunkt Einwendungen gemäß § 814 BGB. entgegengesetzt werden können. § 64 Abs. 2 hat rückwirkende Kraft nur nach Maßgabe von Art. V der Novelle 1908.

§§ 66 ff. BankA. **9** 142, HansGZ. **10** Hptbl. 7 (Hamburg 25. 6. 09). Die Bestimmungen des BörsG. über verbotene Getreidetermin- und Getreidedifferenzgeschäfte finden auf im Ausland abgeschlossene Geschäfte keine Anwendung. Die Anwendbarkeit auf ausländische Geschäfte ist im § 61 erschöpfend geregelt.

§§ 67, 68. Literatur: Nußbaum, Der börsenmäßige Getreidezeithandel in der Praxis des neuen Börsengesetzes, GoldschmidtsZ. **69** 427—460.

*Nußbaum. Bankiers sind zur Teilnahme am Getreidelieferungshandel befugt, wenn nach der konkreten Gestaltung des einzelnen Betriebs die Beleihung oder der Ankauf und Verkauf von Getreide und Erzeugnissen der Getreidemüllerei in den Rahmen des Geschäfts fallen (428 ff.). Bei Nachholung der Leistung innerhalb der Nachfrist bleibt die Schadensersatzpflicht des Säumigen unberührt (432). Besonderheiten ergeben sich, wenn die Rücktrittserklärung in die Zeit nach Ablauf des Lieferungsmonats fällt (433 ff.). Bei Erhebung des Differenzeinwandes ist der andere Teil zur Zwangsregulierung berechtigt (436). Die Einführung von sog. Kündigungseinrichtungen, wie sie für Danzig getroffen ist, muß auch für Berlin als gesetzlich zulässig erachtet werden (435 ff.). Bei sog. Arbitragegeschäften der Produktenbörse ist der Differenzeinwand nicht statthaft. Einem Getreidehändler gegenüber kann der Börsenkommissionär davon ausgehen, daß der Händler mit seinen Börsenaufträgen wirtschaftlich berechtigte Zwecke verfolge (439 ff.) dadurch, daß bei Getreidegeschäften an ausländischen Börsen der Differenzeinwand nicht ausgeschlossen ist (443 ff.). Die Schiedsgerichte über Streitigkeiten aus dem Gebiete des börsenmäßigen Getreidezeithandels sind von fragwürdigem Nutzen, da die schiedsgerichtliche Entscheidung über die Berechtigung des Differenzeinwandes der Nachprüfung durch das ordentliche Gericht ausgesetzt ist (445 ff.). Einzelfragen bezüglich der Zuständigkeit der Schiedsgerichte (448 f.).

§ 67. 1. BankA. **10** 303 (KG.). Es kommt nicht darauf an, ob der Vertragschließende gerade in dem Zweige kaufmännisch tätig ist, in dem er das Geschäft gemacht hat, sondern es kommt nur darauf an, daß er überhaupt zu den unter Ziff. 2 des § 67 aufgeführten Personen gehört. Daher können Kaufleute, zu deren Geschäftsbetriebe der An- und Verkauf von Getreidemehl gehört, Zeitgeschäfte im Sinne des § 67 auch in Getreide abschließen.

2. BankA. **10** 303 (KG.). Ist nach dem Schlußscheine die Zulässigkeit der Zwangsregulierung von der Zahlungseinstellung des Gegners abhängig, so läßt sich für diese Feststellung eine in der Börsenordnung gegebene ausdehnende Bestimmung des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit als Grund der Ausschließung vom Börsenbesuche nicht verwerten.

VI. Straf- und Schlußbestimmungen.

Literatur: Henggeler, Beiträge zur Lehre vom Börsenstrafrechte. Aarau 1909. — Henggeler, Strafbestimmungen gegen die Verleitung zu Börsengeschäften und zu dem Abschluß von Börsengeschäften, SchweizZfStrafrecht **24** 1—16.

§§ 88 ff. Henggeler gibt eine historische Entwickelung der Börsenstrafgesetzgebung der Schweiz und des Auslandes und eine dogmatische Darstellung des Börsenstrafrechts. Er unterscheidet zwischen Abschlußverboten, wie z. B. als ehrengerichtlich strafbare Handlungen von den Motiven zu § 10 der deutschen Börsengesetznovelle unter Ziff. 6 u. 7 Geschäftsabschlüsse mit Angestellten

und Unerfahrenen aufgeführt werden, und Verleitung und Ausbeutung, wie z. B. die Strafbestimmung des § 94 DeutschBörsenG. Strafrechtliche Abschlußverbote bestehen nur in den Kantonen Zürich und Baselstadt. Sie verbieten und bestrafen Termingeschäfte mit öffentlichen und privaten Beamten, mit Minderjährigen und Bevormundeten, mit Unbemittelten und Unbekannten. Henggeler bekämpft diese Abschlußverbote in ihrer jetzigen Form: Eine zwingende Notwendigkeit besteht für sie nicht und tatsächlich finden sie nur selten Anwendung. Ihre theoretische Konstruktion macht Schwierigkeiten und praktisch sind sie unzureichend.

§ 90. Vgl. § 51 Abs. 2.

Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen
vom 3. Mai 1909.

Vorbemerkung: Über das Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen wird im laufenden Jahrgang zum ersten Male berichtet. Es sind nur literarische Erscheinungen sowie die Rechtsprechung aus dem Jahre 1911 veröffentlicht. Eine Ergänzung findet sich in den §§ 823 und 831 BGB. Die Entscheidung des RG. über die Kraftfahrzeughalter ist nur erwähnt, ihr Inhalt wird im nächsten Jahrgang veröffentlicht.

Literatur: Eger, Die Beschränkung der Haftpflicht für Lastfahrzeuge nach § 8 Ziff. 2 des Kraftfahrzeugges. v. 3. Mai 1909, EisenbE. **27** 261. — Göz, Die rechtliche Natur der Anzeigepflicht des § 15 des Reichsgesetzes über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen, R. **11** 295. — Hallbauer, Das Vergehen der Führerflucht, R. **11** 457.

§ 2. 1. PrVerwBl. **32** 781 (PrOVG.). Die Verfügung, durch welche der Antrag auf Erteilung der Erlaubnis zur Führung eines Kraftfahrzeugs abgelehnt wird, stellt eine verkehrs- und sicherheitspolizeiliche Verfügung dar; der Rechtsmittelzug regelt sich nach § 5 G. in Verbindung mit den §§ 127, 128 LandesverwG. — Der Kreis der Tatsachen, welche die Annahme rechtfertigen sollen, daß jemand ungeeignet zum Führen von Kraftwagen sei, ist zeitlich nicht beschränkt. — Die Prüfung der Frage, ob solche Tatsachen vorliegen, ist in jedem Einzelfalle besonders vorzunehmen. Als Unterlage für ihre Vornahme genügt nicht die bloße Tatsache der Bestrafung; es muß vielmehr festgestellt werden, weshalb die Bestrafung erfolgt ist und ob die Straftat als Tatsache im Sinne des AutoG. anzuerkennen ist. — Eine lange vorwurfsfreie Lebensführung kann unter Umständen die aus der Vergangenheit sich ergebenden Bedenken beseitigen. — Vgl. OVG. **58** 275, OVG. PrVerwBl. **33** 217.

2. SächsOVG. **17** 100 (SächsOVG.). Versagung eines Führerscheins wegen Eigentums- und Roheitsvergehen.

§ 7. 1. HansGZ. **11** Beibl. 200 (Hamburg). Der Autoführer hat, wo seine Fahrstrecke durch hohe daneben fahrende Lastwagen unübersichtlich geworden ist, mit äußerster Langsamkeit zu fahren, um sofort anhalten zu können. — Kein konkurrierendes Verschulden eines Passanten (besonders eines Kindes) liegt darin, daß dieser im Schreck vor dem Auto nach vorn zu springen sucht. — Der Halter des Autos hat trotz seiner Haftung nach dem AutoG. Schmerzensgeld nur dann zu zahlen, wenn ihn selbst ein Verschulden (z. B. in der Auswahl des Autoführers) trifft.

2. R. **11** Nr. 1876, EisenbE. **28** 108 (KG.). Wer einen Kraftomnibus nicht an einer Haltestelle, sondern während der Fahrt oder doch während eines zufälligen durch Verkehrshindernisse veranlaßten Haltens besteigt und hierbei einen Unfall erleidet, hat keinen Anspruch auf Schadensersatz.

3. Über den Begriff des Kraftfahrzeughalters vgl. **RG. 78** 179.

4. MecklZ. **29** 208 (Rostock). Der Mangel einer zweiseitig wirkenden Bremse ist nicht als ein Fehler in der Beschaffenheit des Fahrzeugs anzusehen. Für § 7 Abs. 2 kommt jedes ursächliche wirkende Verhalten des Verletzten, auch das nicht schuldhafte, als genügend in Betracht.

5. SchlHolstAnz. **11** 219 (Kiel). Dem Chauffeur war verboten, ohne Genehmigung des Halters Touren, die länger als 40 km seien, ohne seine Genehmigung zu fahren. Der Halter wendet § 7 Abs. 3 AutoG. ein: Ist der Beginn der Betriebstätigkeit des Automobils durch dessen Führer nicht ohne Wissen und Willen des Halters geschehen, so kommt ein etwa entgegenstehender Wille des Halters bezüglich der Art und Weise der Ausführung der Fahrt durch den Führer für die Frage der Befreiung des Halters von der Haftung für einen auf der Fahrt durch den Führer verursachten Unfall gemäß § 7 Abs. 3 nicht in Betracht. Die abweichende Ansicht, wonach der Halter nur für einen in jeder Beziehung seinem Willen entsprechenden Gebrauch haftet, würde zu dem selbstverständlich vom Gesetze nicht gewollten Ergebnisse führen, daß der Halter des Automobils, der seinem Chauffeur den Auftrag gibt, ihn an einer bestimmten Stelle mit dem Automobile zu erwarten, nicht haftet, wenn der Chauffeur etwas über diesen Punkt hinausfährt und sich bei dieser Weiterfahrt ein Unfall ereignet.

6. R. **11** Nr. 3766 (Colmar). Zum Ausschlusse der Haftung des Automobilhalters ist nicht erforderlich, daß der Chauffeur überhaupt keinen Auftrag hatte, das Fahrzeug in Betrieb zu setzen, sondern es genügt die Feststellung, daß er gerade diejenige Fahrt, bei der sich die Verletzung des Schadensersatzforderers ereignet hat, ohne Auftrag und ohne Wissen und Willen des Halters unternommen hat.

7. R. **11** Nr. 3756 (Colmar). Unter „anderer" im Sinne des § 7 Abs. 3 ist jede andere Person außer dem Fahrzeughalter, also auch der Chauffeur selbst zu verstehen.

8. Weitz, R. **11** 616, weist darauf hin, daß die widerrechtliche Benutzung von Kraftfahrzeugen in strafrechtlicher Beziehung durch das AutoG. nicht getroffen sei.

§ 8. Eger. Das Fahrzeug muß zur Beförderung von Lasten dienen. Ein Fahrzeug muß für den Unfall ursächlich sein, das seiner Natur nach nur zur Beförderung von Lasten bestimmt ist und auch im konkreten Falle nur Lasten trägt. Die Natur des Fahrzeugs als Lastfahrzeug wird nicht dadurch geändert, daß es von einer Person geführt wird. Ebenso kann auch das zum Auf- und Abladen nötige Hilfspersonal mitbefördert werden. Dagegen kann man nicht die Haftungsbeschränkung auch dann gelten lassen, wenn eine an dem Lastentransport unbeteiligte Person gelegentlich mitgenommen wird oder, wenn das nur für Lastentransport gebrauchte Fahrzeug einmal den Fabrikarbeitern zu einem Sommerausfluge überlassen wird und sich hierbei ein Unfall ereignet. Unter Lasten sind nur Güter zu verstehen.

§ 15. Göz. Die Anzeigefrist ist eine Ausschlußfrist, keine Verjährungsfrist, ihr Ablauf bringt den Anspruch zum Erlöschen. Der Ablauf der Frist ist vom Richter von Amts wegen zu berücksichtigen und es hat der Ersatzberechtigte als klagebegründende Tatsache zu behaupten und zu beweisen, daß er die Anzeige innerhalb der festgesetzten Ausschlußfrist erstattet habe. Der abweichenden Ansicht von Hallbauer, Krause und Eger ist nicht beizustimmen. Gleicher Ansicht wie Verf., Kirchner und Schmid-Wegner.

§ 22. 1. **RG.** (Strafs.) DJZ. **11** 763, JW. **11** 514. Der Angeklagte hat gewußt, daß er soeben einen Menschen überfahren hatte und daß dieser infolge des Unfalls sein Leben verlieren oder doch der Hilfe bedürftig sein könnte. Trotzdem ist er nicht an die Unfallstelle zurückgekehrt, sondern er hat sich mit seinem Fahrzeuge schleunigst entfernt. Darin liegt ein Verlassen des Verunglückten in hilfloser Lage

im Sinne des § 22 Abs. 2 AutoG. Das Liegenlassen eines Getöteten würde allerdings nicht darunter fallen.

2. ThürBl. 58 205 (Jena). Das Strafbedürfnis fällt fort, wenn der geflohene Täter nachträglich selbst Anzeige erstattet und die Feststellungen bewirkt. Bewirkt die Polizei die Feststellungen, so hat eben der Täter sie nicht bewirkt und er kann sie nun nicht mehr bewirken. In diesem letzten Falle ist der Täter zu bestrafen.

3. Hallbauer. Das Vergehen der Führerflucht setzt objektiv voraus einen Unfall im Sinne des Reichsgesetzes. Ein Unfall im Sinne des § 22 Abs. 1 liegt aber nicht vor, wenn nur ein Insasse des Automobils verletzt worden ist. § 22 Abs. 1 dient dem Schutze des auf den Straßen und Plätzen verkehrenden gefährdeten Publikums, dem es möglichst erleichtert werden soll, den Haftpflichtigen zu ermitteln. Wenn der Zusammenstoß keinen Schaden innerhalb des vom Führer geführten Fahrzeugs verursacht hat, kann eine Führerflucht nicht in Frage kommen. Es ist nicht nötig, daß die Flucht sofort nach dem Unfalle, daß sie von der Unfallstelle aus (Gordan 164) erfolgen müsse. Nur der kann das Vergehen der Führerflucht begehen, der im Zeitpunkte des Unfalls Führer war oder derjenige, der erst nach dem Unfalle die Führung ergriffen hat. Auch der Führer eines privilegierten Lastautomobils im Sinne von § 8 Ziff. 2 kann das Delikt begehen. Der durch das Fahrzeug beförderte Halter des Automobils kann sich als solcher nie der Führerflucht schuldig machen. Er kann aber als Anstifter oder als Gehilfe in Frage kommen. Der Führer muß die Absicht haben, sich der Feststellung des Fahrzeugs und seiner Person durch die Flucht zu entziehen. Zum subjektiven Tatbestande gehört auch die Kenntnis des Führers vom Unfalle. Da das strafbare Unternehmen darauf abzielt, sich der Feststellung zu entziehen, müssen die Umstände des Falles so liegen, daß eine Feststellung geplant oder doch wenigstens zu erwarten war. Diese Voraussetzung ist allemal dann vorhanden, wenn ein Polizeiorgan zur Stelle oder zu erwarten ist, das sich pflichtgemäß mit der Feststellung zu befassen hat. Diese Voraussetzung ist aber auch dann gegeben, wenn Publikum am Platze ist, das den Führer zum Halten aufgefordert oder von dem wenigstens eine derartige Maßnahme zu erwarten ist. Das Vergehen der Führerflucht liegt nur dann vor, wenn der Führer als Mittel, die Feststellung zu vermeiden, die Flucht mit dem Fahrzeuge benutzt. Das Unternehmen ist begonnen, das Delikt ist vollendet, sobald der Führer eine Handlung vorgenommen hat, die darauf abzielt, die Feststellung durch Flucht zu vereiteln. Über die Voraussetzung der Straflosigkeit vgl. 470 ff. Über Teilnehmer am Vergehen 475. Einen Versuch der Führerflucht gibt es nicht. Über Real- und Idealkonkurrenz 476. Die Einziehung des Kraftfahrzeugs ist grundsätzlich zulässig, da es zur Begehung der Führerflucht, eines vorsätzlichen Vergehens, gebraucht worden ist (§ 40 StGB.).

Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen.

Vorbemerkung zu § 1 ff.: Anschließend an den Bericht JDR. 8 1004—1031 wird jetzt berichtet über die Zeit von Anfang 1910 bis Anfang 1912. Das VAG. hat sich in der Zwischenzeit noch mehr eingelebt. Es hat die organisatorischen Grundlagen geschaffen. Auf ihnen bauend kann nun die Einführung des neuen VVG. leicht erfolgen. Diese Einführung aber war inzwischen die Hauptaufgabe des APV. und der Gesellschaften. Sie hatte zu erfolgen durch lange und schwierige Verhandlungen des APV. mit den Gesellschaften und ihren Verbänden wegen den neuen allgemeinen Versicherungsbedingungen, in selbständiger Schaffung solcher und in der Ausarbeitung von Mustersatzungen. Diese Arbeit nahm die Haupttätigkeit des Amtes und der anderen Beteiligten in Anspruch.

So kommt es, daß der Berichtsstoff sich weiter verringert hat. Immerhin fehlt es nicht an Neuauflagen bewährter Ausgaben des VAG. (s. unten) und auch nicht an neuen (allgemein gehaltenen aber doch tiefgehenden) Gesamtdarstellungen. Und auch an neuen Streitfragen, die zu den alten hinzugekommen sind, ist kein Mangel. Insbesondere ist auf die interessante Frage wegen des sog. Organisationsfonds zu verweisen (zu § 8) sowie ferner auf die Neuregelung der Deckung des Gründungsfonds (zu § 22). Im übrigen hat die hannov. VO. von 1828 mannigfach den Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen gebildet (s. zu § 121). Besondere Beachtung verdient die inzwischen erfolgte Neuordnung des Hilfskassenwesens (zu § 122).

Literatur: 1. Kommentare zum VAG. — Könige, Das VAG. 2. Aufl. 1910. — Rehm, VAG. 3. Aufl. München 1911. — 2. Gesamtdarstellungen: Manes, Grundzüge des Versicherungswesens. 2. Aufl. Leipzig 1911. — Moldenhauer, Versicherungswesen. 1. Allgemeine Versicherungslehre. Leipzig 1911. — 3. Einzeldarstellungen zum VAG. im allgemeinen: Fürst, Die Besonderheiten der Versicherungsaktiengesellschaften (Diss. Erlangen, 1907). — Grunwald, Einrichtung und Betrieb einer großen Versicherungsgesellschaft. 1912. — Meltzing, Geschichte der versicherungswissenschaftlichen Organisation in Deutschland, ZVersWes. 11 47. — 4. Entscheidungssammlungen: Gerhard, Praxis des Privatversicherungsrechts. Bd. III. 1911. — 5. Besondere Literatur zu den einzelnen Bestimmungen s. zu den einzelnen Paragraphen.

Zeitschriften, Periodika, Abkürzungen.

APV. = Kaiserl. Aufsichtsamt f. Privatversicherung.
VAPV. = Veröffentlichungen des APV.
VAPV. (Anhang) = Anhang der Entscheidungen zu den VAPV.
VAG. = RGes. über die privaten Versicherungsunternehmungen.
VVG. = RGes. über den Versicherungsvertrag.
VVaG. = Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit.
AssekJahrb. = Ehrenzweigs Assekuranzjahrbuch, Wien.
DVersZ. = Deutsche Versicherten-Zeitung, Leipzig.
JTVersZ. = Juristisch-technische Versicherungszeitschrift, Berlin.
MittöffFeuerversAnst. = Mitteilungen des Verbandes der öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, Kiel.
JahrböffFeuerversAnst. = Jahrbuch des Verbandes der öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, Kiel.
NeumJahrb. VersWes. = Neumanns Jahrbuch für Versicherungswesen im Deutschen Reiche.
ÖVersZtg. = Österreichische Versicherungszeitung mit Beilage „Versicherungsrecht", Wien.
ÖsterrVersZ. = Österreichische Zeitschrift privater und öffentlicher Versicherung, Wien.
ÖRevue = Österreichische Revue, Organ für Versicherung und Volkswirtschaft.
PraxPrV. = Gerhard, Praxis des Privatversicherungsrechts, Berlin.
VersAnn. = Annalen des gesamten Versicherungswesens, Leipzig.
MasVersRdsch. = Masius' Rundschau des Versicherungswesens.
VersRdsch. = Versicherungsrundschau, Beiblatt des „Nationalökonom".
VersSachv. = Der Versicherungssachverständige im Dienste der Versicherten.
WallmVersZ. = Wallmanns Versicherungszeitschrift, Groß-Lichterfelde.
ZVersWes. = Zeitschrift für Versicherungswesen, Berlin (Neumann).
ZVersWiss. = Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft, Berlin.

Ferner:

Versicherungsagent, Berlin.
Deutscher Versicherungskalender, Groß-Lichterfelde.
Versicherungspost, Groß-Lichterfelde.
Versicherungspraxis, Groß-Lichterfelde.
Allgemeine Versicherungspresse, Berlin.
Versicherungswelt, Groß-Lichterfelde.
Deutsche Versicherungszeitung, Berlin.
Saski'sche Zeitschrift f. Versicherungswesen, Leipzig.
Repertorischer Assekuranz-Almanach u. a. m.

I. Einleitende Vorschriften.

Vor § 1 ff. Literatur: Wertheimer, Die deutsche Steuergesetzgebung seit 1906 in ihrer Bedeutung für die Privatversicherung, ZVersWiss. **11** 293 ff., 498 ff., 844 ff., 1026 ff. — Fuld, Der Schutz der Geschäftsbezeichnungen der Versicherungsgesellschaften, ZVersWiss. **11** 525 ff.

I. Firmenschutz. 1. Fuld, Der Schutz der Geschäftsbezeichnungen der Versicherungsgesellschaften, ZVersWiss. **11** 525 ff. Die Versicherungsgesellschaften können gegen Firmen anderer Gesellschaften, besonders gegen solche von Hilfskassen, die zu Verwechslungen geeignet sind, sich schützen durch Klagen auf Grund von § 16 UnlWG. oder auf Grund von § 1 das. und § 1004 BGB.

2. Wegen unlauteren Wettbewerbes s. zu § 64.

II. Unternehmungsverbände. Über die Zulässigkeit des Zusammenschlusses von Versicherungsunternehmungen zu sog. Mitteilungsverbänden zwecks gegenseitiger Unterstützung bei Prüfung der eingereichten Versicherungsanträge s. VVG. vor §§ 16 ff.

III. Koloniales Versicherungswesen. 1. VersAnn. **11** 977 ff. Das VAG. und das VVG. gelten in den deutschen Schutzgebieten. Eine Anpassung derselben an die kolonialen Verhältnisse würde jedoch zweckmäßig sein.

2. Über die Versicherungsunternehmungen und die Kolonien vgl. auch VAPV. **11** 92.

IV. Ausländisches Versicherungsaufsichtswesen. 1. Italien. Über die Bestrebungen Italiens, ein staatliches Lebensversicherungsmonopol einzuführen, vgl. ZVersWiss. **11** 732 ff., 883 ff., 1108 ff. sowie eine größere Anzahl in den Fachzeitschriften enthaltene weitere Artikel.

2. England. VAPV. **10** 274 ff. geben das neue englische Versicherungsgesellschaftsgesetz (Assurance companies Act) wieder.

3. Norwegen. Über das neue norwegische VAG. vgl. ZVersWiss. **11** 1075.

4. Griechenland. VAPV. **10** 38 ff. gibt die Bestimmungen des neuen griechischen Versicherungsgesetzes wieder.

5. Vgl. auch vor § 1 VVG.

V. Behandlung deutscher Unternehmungen im Auslande. Lebrecht, BayRpflZ. **11** 362. In Österreich wird in ständiger Praxis den von deutschen Versicherungsgesellschaften in Deutschland gegen Österreichern erwirkten Urteilen aus Versicherungsverträgen die Anerkennung dann versagt, wenn die Versicherungsgesellschaften nicht auch in Österreich zum Geschäftsbetriebe zugelassen sind.

VI. Steuer- und Stempelwesen. 1. Wertheimer, Die deutsche Steuergesetzgebung seit 1906 in ihrer Bedeutung für die Privatversicherung, ZVersWiss. **11** 293 ff., 498 ff., 844 ff., 1026 ff. Eingehende Darstellung der Gesetzgebung aller Bundesstaaten, und zwar hinsichtlich der Staatsabgaben (Vermögens-, Einkommens-, Ertrags- und andere direkte Staatssteuern, Gebühren, Abgaben) und der Kommunalabgaben, soweit sie die Privatversicherung mit betreffen. Gesetzentwürfe sind berücksichtigt. Die Darstellung will Heft 6 der Veröffentlichungen des deutschen Vereins für Versicherungswissenschaft ergänzend fortführen. Behandelt sind Preußen, Bayern, Sachsen, Württemberg, Baden, Hessen, Mecklenburg, Oldenburg, Sachsen-Weimar, Braunschweig, Sachsen-Meiningen, Sachsen-Altenburg, Sachsen-Koburg, Sachsen-Gotha, Anhalt, Schwarzburg-Sondershausen, Schwarzburg-Rudolstadt, Waldeck, die beiden Reuß, Schaumburg-Lippe, Lippe, Hamburg, Bremen, Lübeck, Elsaß-Lothringen.

2. VAPV. **10** 257 ff. Die aus dem Überschuß einer Lebensversicherungsaktiengesellschaft dem Dividendenfonds der Versicherten zufließenden Beträge gehören ebenso wie die an den Prämienreservefonds zu leistenden Zahlungen nicht zum steuerpflichtigen Geschäftseinkommen der Gesellschaft (MecklKontributionsedikt von 1903 kam in Betracht).

3. PrVerwBl. **32** 25 (PrOVG.). Zu den in einer Gemeinde zu versteuernden Bruttoeinnahmen im Sinne von § 47 KommAbgG. gehören auch diejenigen, die durch die Tätigkeit einer Geschäftsstelle erzielt werden, die für sich allein nicht geeignet wäre, ein Steuerrecht zu begründen. Ebenso gehören dazu die bei den in der betreffenden Gemeinde bestehenden Generalagenturen durch Vermittelung der für sie arbeitenden Sonderagenturen eingehenden Beträge, selbst wenn diese Sonderagenturen in anderen Orten gelegen sind.

4. SächsOVG. **15** 355 sieht einen wegen Erhöhung der Versicherungssumme usw. ausgestellten Nachtrag zur Police stempelrechtlich als neue Police über die gesamte nunmehrige Versicherungssumme an, und lehnt die Verstempelung nur nach Maßgabe der Erhöhung der Versicherungssumme ab.

5. Wegen der Stempelpflichtigkeit von Zeitungsabonnementsversicherungen in ihren Beziehungen zwischen Verleger und Versicherungsgesellschaft und zwischen Verleger und Abonnenten nach sächsischem StempelsteuerG. vgl. Entsch. des SächsFinMin. im SächsRpflA. **11** 163.

6. Im übrigen s. zu den einzelnen Vorschriften des VAG. und VVG.

§ 1. Literatur: Hagen (Konrad), Zur Frage der sog. Abonnentenversicherung, ZVersWiss. **10** 277. — Schneider, Bemerkungen zu Hagens Aufsatz, ZVersWiss. **10** 286 ff.

I. Begriff der Unternehmung (s. IDR. **8** 1008, **5** 1088). 1. **RG.** (Straff.) **41** 231 (vgl. WürttZ. **52** 351). Für das VAG. kommen nur diejenigen Unternehmungen in Betracht, die einen Rechtsanspruch auf die Versicherungsleistungen gewähren. In dieser Weise ist daher für das VAG. der Begriff der Versicherungsunternehmung einzuschränken.

2. BraunschwZ. **10** 140 (Braunschweig). Kein Betrieb, das ist keine planmäßige auf die Dauer berechnete und auf fortlaufenden Abschluß einer unbestimmt großen Zahl von Versicherungen gerichtete Veranstaltung, liegt vor beim Zusammenschluß einer ganz geringen Menge von Personen, die fest geschlossen und individuell bestimmt ist. Dagegen ist es mit dem Begriff einer Versicherungsunternehmung vereinbar, wenn sie satzungs- oder bedingungsgemäß nur für einen (durch Beruf, Ort, Zugehörigkeit zu Verein oder Fabrikbetrieb usw.) fest bestimmten Personenkreis tätig sein darf.

3. VAPV. **10** (Anh.) 3 (BraunschwVerwGH.). Ein „Betrieb" von Versicherungsgeschäften liegt nicht vor bei einer „Organisten- und Opfermänner-Witwen- und Waisen-Pensionskasse", die auf die 12 Kirchengemeinden einer Stadt beschränkt ist und deren Mitglieder zwischen 15 und 26 schwanken können. Durch die enge Auslegung des Begriffes „Betrieb" im § 1 VAG. tritt die Bedeutung von § 53 sehr in den Hintergrund.

4. VAPV. **10** 32. Kein Versicherungsverein, weil keine Versicherungsunternehmung, ist ein Verein, der den Zweck hat, seinen Mitgliedern Versicherungen zu verschaffen und zu sichern, der aber nicht selber Träger dieser Versicherungspflichten wird, sondern lediglich den Abschluß der Versicherungen vermittelt und sie unter Umständen durch Zahlungen aus der Vereinskasse aufrechterhält.

5. VAPV. **10** 182. Kein „Betrieb von Versicherungsgeschäften" und daher keine aufsichtspflichtige Versicherungsunternehmung liegt vor, wenn für 20 Beamte eines Verbandes landwirtschaftlicher Genossenschaften und eine landwirtschaftliche Genossenschaftszentralkasse eine Pensionskasse gebildet wird, da eine ganz geringe und

individuell festbegrenzte Mitgliederzahl vorliegt, die Kasse nur formell ein von dem Hauptbetriebe getrenntes selbständiges Rechtssubjekt darstellt und nur eine besondere Ausgestaltung des Dienstvertrags vorliegt.

II. Ausschließung des Rechtsanspruchs ((JDR. **8** 1008, **5** 1089). **RG.** LeipzZ. **10** 165 (Ausschluß des Rechtsanspruchs bei Pensionskassen) s. JDR. **8** 1008, VAG. § 1 II 1.

III. Zeitungsabonnementsversicherung (JDR. **8** 1009, **5** 1090). 1. Hagen (Konrad), Zur Frage der sog. Abonnentenversicherung, ZVersWiss. **10** 277 (hierzu Bemerkungen von Schneider aaO. 286 ff.). Verf. schildert die volkswirtschaftliche Bedeutung der Abonnentenversicherung. Die Abonnentenversicherung ist bei großen Betrieben nicht mehr Nebenzweck, Zugabe. Vielmehr stehen sich zwei selbständige Betriebe gegenüber, die eine „Zeitungs- und Versicherungsorganisationsgemeinschaft" bilden, da die Versicherung die durch die Zeitung geschaffene Organisation ihren Zwecken dienstbar macht. Auch wenn diese Form der Versicherung nicht vorliegt, ist die Abonnentenversicherung vollgültig. Aber in ihrer unvollkommenen Form entbehrt sie der wünschenswerten Sicherheit. Denn ihr fehlt die Staatsaufsicht, da das RG. den § 1 VAG. unrichtig dahin auslegt, daß Unternehmungen, in denen Versicherungsgeschäfte nur nebenbei betrieben werden, nicht genehmigungspflichtig seien. Deshalb ist es geboten, den § 1 VAG. dahin zu fassen: „Privatunternehmungen, die den Betrieb von Versicherungsgeschäften als Haupt- oder Nebenbetrieb zum Gegenstande haben ...."

2. Über den Antrag des Zentrums im Reichstage, durch Gesetz jede Art Verbindung von Zeitung und Versicherung zu verbieten, s. ZVersWiss. **11** 549.

3. Vgl. auch zu § 5 VAG. sowie zu VVG. § 1 II 2 und IX 1.

IV. Besondere Versicherungsarten (JDR. **8** 1010, **5** 1087, 1088). Vgl. VVG. vor §§ 1 ff.

§ 2. (Vgl. JDR. **8** 1011, **5** 1093.) Wegen der preußischen Landesaufsichtsbehörden s. VAPV. **11** 2.

§ 3. Vgl. JDR. **5** 1094.

II. Zulassung zum Geschäftsbetriebe.

§ 4. Literatur: Josef, Versicherungsverträge nichtkonzessionierter Versicherungsunternehmungen, GoldschmidtsZ. **66** 101 ff.

I. Gründung und Betrieb. BraunschwZ. **10** 141 (Braunschweig). Zu scheiden ist die Gründung einer Versicherungsunternehmung vom „Geschäftsbetriebe". Nicht zu ersterer, sondern nur zum Beginne des Geschäftsbetriebs ist Genehmigung nach §§ 4 ff. VAG. nötig.

II. Verträge nichtkonzessionierter Gesellschaften (vgl. JDR. **8** 1011, **5** 1086, 1094, 1131). 1. Josef, Versicherungsverträge nichtkonzessionierter Versicherungsunternehmungen, GoldschmidtsZ. **66** 101 ff. Wie die Gewerbeordnung nur den Betrieb eines nichtkonzessionierten Schankgewerbes verbietet, nicht aber ein Verbot bestimmter Rechtsgeschäfte enthält, so enthält auch das VAG. vom 12. Mai 1901 nur das Verbot des Geschäftsbetriebs einer nichtkonzessionierten Versicherungsunternehmung, nicht aber das Verbot bestimmter Rechtsgeschäfte. Daher findet § 134 BGB., wonach ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig ist, nicht Anwendung auf Versicherungsverträge, die eine nichtkonzessionierte Versicherungsunternehmung abschließt. Auf diese Verträge kann übrigens der § 134 BGB. auch schon deshalb nicht Anwendung finden, weil sich das Verbot und die Strafvorschrift der §§ 4, 108 VAG. nur gegen die Versicherungsunternehmung, nicht gegen den Versicherungsnehmer richten, während § 134 nur die Fälle treffen will, wo das Verbot sich gegen beide Teile richtet. Dagegen enthält § 87 VAG., wonach ausländische Versicherungsunternehmungen zum

Geschäftsbetrieb im Inland der Erlaubnis des Reichskanzlers bedürfen, die dieser nach freiem Ermessen erteilt und in gleicher Weise der Bundesrat zurückziehen kann, nicht bloß eine wirtschafts- und gewerbepolizeiliche Vorschrift, sondern der § 87 hat politische Bedeutung und enthält nach Sinn und Zweck zugleich ein Verbot an Inländer; diesen ist hiermit untersagt, Versicherung bei ausländischen Unternehmungen durch deren inländische Vermittler zu nehmen, wofern der Reichskanzler nicht die Unternehmung im Inlande zugelassen hat. Ein diesem Verbote zuwider geschlossener Versicherungsvertrag mit der ausländischen Unternehmung ist also nach § 134 BGB. nichtig, wogegen ein solcher Vertrag mit der nichtkonzessionierten inländischen Unternehmung rechtsgültig ist.

2. Vgl. zu §§ 85 und 108.

§ 5. VAPV. **10** 10. Eine zum Betriebe der Unfallversicherung in einem eng begrenzten Bezirke zugelassene Unternehmung ist nicht befugt, die Abonnentenversicherung für eine Zeitschrift zu übernehmen, deren Vertrieb in ganz Deutschland erfolgen soll.

§ 6. (Vgl. JDR. **8** 1012, **5** 1095.) VAPV. **10** 21. Mietverlustversicherung, allein betrieben, stellt einen selbständigen Versicherungszweig dar. Wird sie aber in Verbindung mit der Feuer- oder Wasserleitungsschadenversicherung betrieben, so stellt dies nur eine nebensächliche Erweiterung und besondere Ausgestaltung des Versicherungsvertrags dar.

§ 7. (Vgl. JDR. **8** 1012, **5** 1095.) I. Im allgemeinen. JW. **11** 124, PrVerwBl. **31** 257 (PrOVG.). Es ist die Pflicht der Verwaltungsbehörde, nicht über die einzelnen der Zulassung entgegenstehenden Gründe nach und nach zu entscheiden, sondern sie tunlichst bald vollständig zusammenzufassen und zu ihnen Stellung zu nehmen.

II. Zu Ziff. 1. PrVerwBl. **31** 257 (PrOVG.). Die Nichtberücksichtigung der Vorschriften des VVG. in den Versicherungsbedingungen ist kein Grund zur Versagung der Zulassung.

III. Zu Ziff. 2. 1. Im allgemeinen. Wegen der Möglichkeit, den Vertrag wegen Irrtums über die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Versicherers anzufechten, s. PraxPrV. **3** 4 (Cöln): s. zu VVG. vor §§ 1 ff.

2. Sachversicherung. a) VAPV. **11** 17 ff. Eine entsprechende Anwendung von § 81 VVG. auf andere Zweige der Sachversicherung ist (entgegen der Senatsentscheidung) nicht für zulässig zu erachten (Rekursentscheidung). Wohl aber ist der dem § 81 VVG. zugrunde liegende gesetzgeberische Gedanke, die einseitige Bindung des Versicherungsnehmers nicht ungebührlich lange auszudehnen, zu verwerten bei Prüfung der Frage, ob eine zu lange Bindungsfrist die Interessen der Versicherten gefährdet (§ 7 Ziff. 2 VAG.). Demzufolge ist für die kleine Sachversicherung (Glas-, Sturmschaden-, Einbruchsdiebstahl- und Wasserschädenversicherung) eine längere als zweiwöchige Bindungsfrist abgelehnt worden (vgl. auch VAPV. **10** 90). b) VAPV. **11** 225. Verweigerung der Genehmigung zur Gebietserweiterung einer Feuerversicherungsgesellschaft wegen unzureichender Mittel.

3. Lebensversicherung. VAPV. **11** 14. Bei der Frage, wie bei einer Lebensversicherungsgesellschaft der auf ein Leben zu zeichnende Höchstbetrag zu begrenzen ist, kommt die Tragfähigkeit des Versicherungsbestandes und die Vermögenslage der Gesellschaft in Betracht. Daß die Gesellschaft Rückversicherung genommen hat, bietet allein keine genügende Sicherheit für die Exzedenten.

4. Unfallversicherung. a) VAPV. **10** 248 ff. versagt den Zusatzbedingungen für Unfallversicherung mit Prämienrückgewähr die Genehmigung wegen der nicht unbedenklichen Verbindung von Unfall- und eigenartigen Lebensversicherung. b) VAPV. **10** 246 ff. Ausschluß der Unfälle durch Ertrinken, insbesondere beim Baden und Schwimmen ist nicht gerechtfertigt. Derartige Aus-

schlüsse sind auf das unbedingt notwendige Maß zu beschränken. c) Wegen des Ausschlusses der Haftung bei traumatischer Neurose in der Unfallversicherung s. VVG. zu § 179.

5. Wegen der Betriebs-, Pensions- und Krankenkassen, insbesondere hinsichtlich des Schutzes der ausscheidenden Mitglieder s. VVG. vor §§ 159 ff.

IV. Zu Abs. 3. Scheel, Vorstand des VVaG. 7. Ob die Vorstandsmitglieder einen den Gesetzen und den guten Sitten entsprechenden Betrieb gewährleisten können, hat die Aufsichtsbehörde zu entscheiden. Als Eigenschaften, die eine Person unfähig zur Bekleidung des Amtes eines Vorstandsmitglieds machen, dürften u. a. Unfähigkeit und Unzuverlässigkeit, die auch aus dem Vorleben der betreffenden Persönlichkeit gefolgert werden können, anzusehen sein. Die Entscheidung muß sich auf Tatsachen stützen, nicht auf bloße Vermutungen und soll sich nach moralischen Durchschnittsansichten, nicht nach subjektivem Empfinden richten. Gehen der betreffenden Persönlichkeit nach der Meinung der Aufsichtsbehörde die zur Bekleidung des Amtes erforderlichen Eigenschaften ab, so ist die Aufsichtsbehörde berechtigt, den weiteren Geschäftsbetrieb zu untersagen oder, wenn der Verein erst gegründet werden soll, die Erlaubnis zum Geschäftsbetriebe zu versagen.

V. Wegen der Einzahlung des Gründungsfonds und des Aktienkapitals s. zu § 22.

§ 8. (Vgl. JDR. **5** 1096). Literatur: Böhmer, Die Bildung des Organisationsfonds bei der Gründung und Kapitalserhöhung einer Versicherungsgesellschaft, ZVers. Wiss. **11** 976 ff. — Simon, Gutachten betr. den Organisationsfonds der Preuß. Versicherungsaktiengesellschaft zu Berlin. Berlin 1911. — Derselbe, Organisationsfonds der Versicherungsgesellschaft, BankA. **10** 371.

Der Organisationsfonds der Versicherungsgesellschaften. 1. Simon, Organisationsfonds der Versicherungsgesellschaften, BankA. **10** 371. Wer junge Aktien einer Versicherungsgesellschaft für einen den Nennwert übersteigenden Betrag zeichnet, kann in rechtsgültiger Weise sich außerdem (also nicht im Sinne einer auf die Aktie zu leistenden Kapitaleinlage gemäß §§ 211, 281 Abs. 1 Ziff. 2 HGB.) verpflichten, einen Beitrag zum Organisationsfonds zu leisten, also Organisationskosten in einem bestimmten Betrage zu tragen. Es handelt sich insoweit nicht um eine gesellschaftliche Leistung, sondern um ähnliche Nebenleistungen wie die Rübenlieferung bei Rübenzucker-Aktiengesellschaften. Gegenleistung der Versicherungsgesellschaft soll nicht die Gewährung von Aktien, sondern die Verpflichtung der Gesellschaft sein, den Betrag zu Organisationszwecken zu verwenden.

2. Böhmer, Die Bildung des Organisationsfonds bei der Gründung und Kapitalserhöhung einer Versicherungsaktiengesellschaft, ZVersWiss. **11** 976 ff. Man muß bei § 262 Ziff. 2 HGB. scheiden zwischen Zahlungen, die die Aktionäre als Gegenwert für die Aktien leisten (Kapitalseinlagen) und solchen, die sie zur Erreichung eines vertraglich festgesetzten Sonderzwecks an die Gesellschaft bewirken. Nur auf erstere ist § 262 Ziff. 2 HGB. anwendbar. Die Versicherungsaktiengesellschaften können sich also bei der Gründung oder bei Kapitalserhöhung von den Aktionären zu besonderen Zwecken, insbesondere zu Organisationszwecken Mittel versprechen und gewähren lassen, die dem gesetzlichen Reservefonds nicht zugeführt zu werden brauchen, sondern bestimmungsgemäß zu Organisationszwecken verwendet werden.

3. VAPV. **11** 222 ff. Bei Versicherungsaktiengesellschaften werden durch die gründenden Aktionäre vielfach außer den Einzahlungen auf die Aktien noch besondere à fonds perdu-Zahlungen bewirkt zwecks Schaffung eines Organisationsfonds. Hinsichtlich dieser besonderen Zahlungen ist die Vorschrift des § 262 HGB.

nicht anwendbar. Es kann nicht die Einstellung der Beträge in den Reservefonds gefordert werden (vgl. **RG. 55** 43, **59** 426).

§ 9. (Vgl. JDR. **8** 1013, **5** 1096). Literatur: Ehrenberg, Müssen die allgemeinen Versicherungsbedingungen in der Police abgedruckt sein? ZVersWiss. **10** 373.

I. Begriff der allgemeinen Versicherungsbedingungen. VAPV. **10** 223 ff. Als allgemeine Versicherungsbedingungen sind nicht nur diejenigen Bestimmungen aufzufassen, die für die Gesamtheit der von einem Unternehmer abgeschlossenen Versicherungen Geltung haben. Zu ihnen müssen vielmehr auch alle diejenigen Vorschriften gerechnet werden, die zur gleichmäßigen Regelung die gegenseitigen Rechte und Pflichten für ganze Gattungen oder umfangreichere Gruppen von Versicherungen erlassen werden. So sind z. B. für die Landwirtschaft sog. „Zusatzbedingungen" erlassen worden. Den gleichen Charakter haben die für Fabriken und gewerbliche Anlagen erlassenen „allgemeinen Sicherheitsvorschriften". Auch sie können als „besondere Vereinbarungen" im Sinne von § 32 VVG. und § 9 Abs. 3 VAG. nicht angesehen werden.

II. Abdruck der allgemeinen Versicherungsbedingungen in der Police. 1. (§ 3 VVG.) Ehrenberg, Müssen die allgemeinen Versicherungsbedingungen in der Police abgedruckt sein? ZVersWiss. **10** 373. Nach VVG. besteht ein Zwang, die allgemeinen Versicherungsbedingungen in der Police abzudrucken, nicht. Doch ist der Abdruck zweckmäßig, weil andernfalls leicht die Verletzung von Obliegenheiten (§ 6 usw. VVG.) seitens des Versicherungsnehmers als entschuldigt angesehen werden könnte.

2. Über die Frage, ob die allgemeinen Versicherungsbedingungen in der Police abgedruckt sein müssen, vgl. ferner VAPV. **10** 84 und **11** 211.

III. Abweichungen von den allgemeinen Versicherungsbedingungen. 1. VAPV. **10** 14. Unter § 9 Abs. 3 VAG. fällt auch die sog. Wiederherstellungsklausel, d. h. diejenige Bestimmung, die die Zahlung der vollen Entschädigung von der Wiederherstellung des Gebäudes abhängig macht. Dasselbe gilt von der Vereinbarung teilweiser Selbstversicherung.

2. VAPV. **11** 90. Die dem Versicherungsnehmer auszuhändigenden allgemeinen Versicherungsbedingungen müssen alle Verpflichtungen erkennen lassen, die durch die Stellung des Antrags vom Versicherungslustigen übernommen werden. Besondere Vereinbarungen in den Antragsformularen sind unzulässig (vgl. VAPV. **07** 119, **09** 162).

IV. Zu Abs. 1 Ziff. 2. VAPV. **11** 29. Die Erhebung einer Gebühr neben der Prämie ist nur statthaft, wenn sie in den Versicherungsbedingungen ausdrücklich vorgesehen ist. Für Verlängerungsscheine bei sich stillschweigend je um ein Jahr verlängernden Feuerversicherungen kann eine Gebühr nur verlangt werden, wenn dies in den Bedingungen ausdrücklich bestimmt ist oder wenn der Versicherte einen Verängerungsschein verlangt. Denn jene Verlängerungsscheine sind vom privat- und öffentlich-rechtlichen Standpunkt aus unnötig.

V. Zu Abs. 1 Ziff. 4. 1. Über die Frage, ob und inwieweit die Bindungszeit an eingereichte Anträge nur in den Versicherungsantragsformularen oder auch in den allgemeinen Versicherungsbedingungen geregelt sein muß, vgl. VAPV. **11** 17 ff. (s. auch VAPV. **09** 100, 162).

2. Wegen der Zulässigkeit einer Gebühr für den Erneuerungsschein vgl. zu § 8 VVG.

VI. Zu Abs. 1 Ziff. 7. 1. PrOVG. **57** 183 (PrOVG.). Haben die bei einer Lebensversicherungsgesellschaft Versicherten Anspruch auf einen Teil des Gesamtgewinns, so darf bei Berechnung ihres Gewinnanteils das Einkommen aus Grundbesitz nicht aus den Gesamtüberschüssen des Versicherten ausgeschieden werden.

2. Wegen der Frage, wem der Anspruch auf Dividende im Falle der Veräußerung der versicherten Sache zusteht s. § 69 VVG. (Rehm).

VII. Zu Abs. 1 Ziff. 8. 1. VAPV. **10** 36 behandelt den Rückkaufswert von Versicherungen, die auf den Todesfall mit dem Vorbehalte des Rechtes auf Ermäßigung der Versicherungssumme geschlossen sind.

2. Wegen Versicherungsnahme nur zum Zwecke der Darlehnserlangung s. vor §§ 1 ff. VVG.

§ 10. (Vgl. JDR. **8** 1013, **5** 1099). 1. MittöffFeuerversAnst. **11** 382 (LG. Meiningen). Die Verletzung von § 10 VAG. hat keine zivilrechtliche Bedeutung für die Gültigkeit des Vertrags.

2. VAPV. **11** 90. Die vom Versicherungslustigen nach § 10 Abs. 1 VAG. auszustellende Bescheinigung ist von allen weiteren Erklärungen freizuhalten.

3. Vgl. zu § 9 III 2.

§ 11. Vgl. JDR. **8** 1014, **5** 1101.

§ 12. Vgl. JDR. **5** 1102.

§ 13. (Vgl. JDR. **8** 1014, **5** 1102.) 1. OLG. **19** 333, R. **10** Nr. 188 (Hamburg). Der Aufsichtsrat (Aktiengesellschaft) kann die Einführung neuer Versicherungszweige nicht beschließen, es sei denn, daß die Satzung einen entsprechenden Vorbehalt enthält.

2. Vgl. auch zu § 5 (Zeitungsversicherung).

§ 14. (Vgl. JDR. **8** 1014, **5** 1103 ff.) Literatur, Moldenhauer, Konzentrationsbestrebungen im deutschen privaten Versicherungswesen, ZVersWiss. **11** 254. — Schellwien, Die Fusion von Versicherungsgesellschaften in rechtlicher Beziehung, ZVersWiss. **11** 269 ff.

I. Fusion, Abtretung des Portefeuilles, Bestandsveränderung, Rücktrittsrecht, Sicherheitsleistung. 1. Schellwien, Die Fusion von Versicherungsgesellschaften in rechtlicher Beziehung, ZVers. Wiss. **11** 269 ff. Behandelt wird der Begriff der Fusion im versicherungsrechtlichen Sinne (269: Fusion ist jede Bestandsübertragung, mag sie mit Übertragung des sonstigen Vermögens verbunden sein oder nicht), sodann die allgemeinen Rechtsnormen über die Fusion, die einzelnen Formen der Fusion (bei Aktiengesellschaften: a) einfache Portefeuilleübertragung, b) handelsrechtliche Fusion nach §§ 303, 305, 306 HGB. [272 ff.], sowie bei Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit [288 ff.]), endlich die Kosten der Fusion (290 ff.). — Bei Aktiengesellschaften bestehen Widerspruchsrecht und Rücktrittsrecht des Versicherten nicht unbedingt, insbesondere dann nicht, wenn die übernehmende Gesellschaft geeignete Rückdeckung genommen hat und — wenn die Bestandsveränderung von der Behörde genehmigt ist (272 ff.); die Versicherten haben nach Ansicht des RG. ein Recht auf besondere Sicherheitsleistung auch dann, wenn die Bestandsveränderung aufsichtsbehördlich genehmigt ist (281 ff.). — Bei Gegenseitigkeitsvereinen ist Widerspruchs- und Rücktrittsrecht ausgeschlossen (290).

2. Biedermann, Der Einfluß der während der Vertragsdauer eintretenden Änderungen auf bestehende Versicherungsverträge, MittöffFeuerversAnst. **11** 719 ff. (722). Bei Versicherungsvereinen haben die Mitglieder bei einer Fusion kein Rücktrittsrecht und kein Widerspruchsrecht mindestens dann nicht, wenn die Satzung die Bestimmung der Art der Liquidation der Generalversammlung überläßt. Die Versicherten einer Aktiengesellschaft haben kein Rücktrittsrecht, aber ein Widerspruchsrecht bei Fusion ohne Sicherheitsleistung. Bei Verschmelzung mit Liquidation können sie sich weiter an den alten Versicherer halten. — Kein Rücktritts- und kein Widerspruchsrecht steht dem Versicherten bei Verschmelzung zweier öffentlicher Feuerversicherungsanstalten zu (vgl. PrG. vom 25. Juli 1910,

§ 13). — Bei Vereinigung von privaten und öffentlichen Unternehmungen müssen für jede Unternehmung die für sie bestehenden Vorschriften gewahrt werden.

3. VAPV. **10** 126. Wenn man mit dem RG. (aM. APV.) annimmt, daß bei Fusionen von Versicherungsaktiengesellschaften neben § 14 VAG. noch § 301 HGB. im Rahmen von § 306 HGB. fortbesteht, und daher die Versicherungsnehmer Sicherstellung verlangen können, so muß man daran festhalten, daß diese Sicherheitsleistung nach §§ 232 ff. BGB. erfolgen muß und nicht durch Verweisung auf die Prämienreserve ersetzt werden kann.

4. PrVerwBl. **31** 257 (PrOVG.). Im VAG. fehlt zwar eine ausdrückliche Vorschrift, die die Zulassungsbehörde verpflichtet, alle zurzeit erkennbaren Gründe, die der Zulassung entgegenstehen, anzugeben. Eine solche Verpflichtung besteht jedoch, da nach der Absicht des Gesetzes das Zulassungsverfahren ohne vermeidbare Kosten und Weiterungen so schnell, als es die Umstände gestatten, zu Ende geführt werden soll.

5. VersAnn. **11** 511 (BayObLG.). Die Vereinbarung über die Verschmelzung von Aktienversicherungsgesellschaften im Sinne von §§ 305, 306 HGB. muß bestimmen, in welchem Verhältnisse die Aktionäre der ihr Vermögen übertragenden Gesellschaft Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft werden. Ist über die Verteilung der als Gegenleistung zu empfangenden Aktion im Vereinigungsvertrage keine Bestimmung getroffen, so ist der Vertrag unvollständig und rechtsunwirksam. Eine Geldentschädigung statt Gewährung von Aktien ist ausgeschlossen.

6. PraxPrVers. **3** 13 (KG.). Der Versicherer (Verleger bei Abonnentenversicherung) kann nicht durch die einseitige Erklärung, daß die Versicherung auf eine andere Gesellschaft übertragen sei, bewirken, daß seine Passivlegitimation für Versicherungsansprüche erlischt. Das Schweigen der versicherten Abonnenten und der Weiterbezug der Zeitung sind nicht als Erklärung des Einverständnisses anzusehen.

II. Fusion öffentlicher Versicherungsunternehmungen. Hagen, JheringsJ. **59** 215 ff. Bei Fusion von öffentlichen Versicherungsanstalten mit Privatversicherungsunternehmungen müssen für beide Teile diejenigen Vorschriften gewahrt werden, die nötig wären, wenn eine Fusion mit einer gleichartigen Unternehmung in Frage stände. Über das Recht der Versicherten, der Fusion zu widersprechen oder Befriedigung bzw. Sicherstellung zu verlangen, ist nach allgemeinen Vorschriften wie in anderen Fällen zu entscheiden. Doch dürfte ein Rücktrittsrecht bei derartigen Fusionen ausgeschlossen sein.

III. Konzentrationsbestrebungen im allgemeinen. Moldenhauer, Konzentrationsbestrebungen im deutschen privaten Versicherungswesen, ZVersWiss. **11** 254 ff. Verf. kommt zu dem Ergebnisse, daß es in allen Versicherungszweigen eine genügend große Zahl lebensfähiger Gesellschaften gibt, die einem Aufsaugungsprozesse widerstreben. Volkswirtschaftliche Bedenken gegen eine fortschreitende Konzentrationsbewegung fehlen aber im Versicherungswesen.

IV. HansGZ. **11** Beibl. 137. Stempelpflichtigkeit der Übertragung des Portefeuilles nach HambStempelG. vom 11. Dezember 1903 verneint.

II. Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.

Vor §§ 15 ff. Vgl. JDR. **8** 1019, **5** 1106. Literatur: Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. (7). 1911 (behandelt den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit 821 ff.). — Meerkatz, Die Mitgliedschaft im Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit. Diss. Berlin 1910.

1. Über Vereine, die nicht selber Träger von Versicherungspflichten sind, sondern diese nur vermitteln und sichern, vgl. zu § 1 Ziff. I.

2. Wegen der Frage, welche Wirkung die Nichtigkeit einer einzelnen Satzungsbestimmung hat, s. VVG. vor §§ 159 ff. (Pensionskassen) und unten zu § 17.

3. Über die Frage, wem der Anspruch auf Dividende zusteht, wenn die versicherte Sache veräußert ist, s. zu § 69 VVG.

§ 16. Vgl. JDR. **8** 1019, **5** 1107. Literatur: Krönig, Die Unzuständigkeit des Kaufmannsgerichts für Streitigkeiten zwischen Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit und ihren Angestellten, DJZ. **10** 1291. — Mueller, Versicherungstermin auf Gegenseitigkeit und Kaufmannsgericht, VersRdsch. **10** 162 ff.

Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts. 1. Krönig, Die Unzuständigkeit des Kaufmannsgerichts für Streitigkeiten zwischen Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit und ihren Angestellten, DJZ. **10** 1291. Aus § 16 VAG. kann man zwar die Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen für Streitigkeiten der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit und ihren Angestellten herleiten (so die Mot. z. VAG.). Dagegen sind die Kaufmannsgerichte für solche Streitigkeiten nicht zuständig, weil die Versicherungsvereine keine Kaufleute sind (ebenso: KfmG. Berlin — Jahrb. des KfmG. Berlin **1** 300, 309 — und Hamburg; aM. Neumann, Jahrb. des KfmG. Berlin **1** 193 Anm. 10).

2. *Mueller, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit und Kaufmannsgerichte, VersRdsch. **10** 162 ff. Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit sind keine Kaufleute, ihre Angestellten keine Handlungsgehilfen, ihre Agenten keine Handlungsagenten. Daher keine Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte für Streitigkeiten zwischen Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit und ihren Angestellten und zwischen Agenten und deren Angestellten. Kein aktives und passives Wahlrecht dieser Personen bei den Beisitzerwahlen.

3. PraxPrVers. **3** 263 (LG. Dresden). Ein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit ist in prozessualer Hinsicht bezüglich der Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts den Kaufleuten nicht gleichzustellen.

4. MasVersRdsch. **22** 162 (LG. Dresden). § 16 VAG. ist so auszulegen, daß durch seine „entsprechende Anwendung" der Versicherungsverein seine Eigenschaft als Nichtkaufmann nie verliert. Demgemäß ist die Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts für Angestellte des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit zu verneinen.

5. Wegen der Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts für Angestellte von Gegenseitigkeitsgesellschaften vgl. auch VVG. vor §§ 43 ff. (Serini) und wegen der Zuständigkeit für Generalagenten ebendort.

§ 17. (Vgl. JDR. **5** 1108.) Ungültigkeit einzelner Satzungsbestimmungen. 1. VAPV. **11** Anh. 44 (Hamm). Die Ungültigkeit einer Satzungsbestimmung macht nicht die ganze Satzung und das ganze Versicherungsverhältnis unwirksam.

2. Vgl. auch oben vor §§ 15 ff.

§ 18. Vgl. JDR. **5** 1108.

§ 19. Vgl. JDR. **5** 1108.

§ 20. (Vgl. JDR. **8** 1019, **5** 1109.) I. Mitgliedschaft und Versicherung. 1. *Meerkatz, Die Mitgliedschaft im Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, Diss. (1910). Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit ist ein privater rechtsfähiger Verein, der auf Grund der mit den einzelnen Mitgliedern abgeschlossenen Verträge im Wege gegenseitiger Ausgleichung unter der Gesamtheit der Mitglieder gewisse im voraus bestimmte wirtschaftliche Nachteile zu seinen Lasten übernimmt. Der Vertrag zwischen Verein und Mitgliedern ist weder ein bloßer Aufnahme-, noch ein bloßer Versicherungsvertrag im technischen Sinne, sondern eine Kombination aus beiden, die einen contractus sui generis darstellt und den man „Versicherungsaufnahmevertrag" bezeichnen könnte. Zum Inhalte hat derselbe Versicherungs- und Mitgliedschaftsverhältnis in gleicher Weise. Unter Berücksichtigung dieser beiden Bestandteile läßt sich eine Definition des Vertrags folgendermaßen geben: Der Versicherungsaufnahmevertrag ist ein gegenseitiger Konsensual-

vertrag im Sinne des BGB., durch den der Versicherer, der Verein, verpflichtet wird, seinen Versicherungsnehmern, den Vereinsmitgliedern, unter Gewährung gewisser Vereinsrechte vor den Folgen bestimmter wirtschaftlich nachteiliger Ereignisse Deckung zu gewähren, während der Versicherungsnehmer verpflichtet wird, für seinen Teil unter Übernahme bestimmter Mitgliedschaftspflichten zur Ausgleichung der vom Versicherer gewährten Deckung durch Zahlung eines Entgelts (Prämie) beizutragen.

2. *Mueller, Das Pfandrecht an den Rechten aus einem Lebensversicherungsvertrage, ZVersWiss. **11** 13 ff. § 20 schließt nicht aus, daß ein Unterschied zwischen eigentlichen Mitgliedsrechten und den Versicherungsrechten gemacht wird. Letztere sind trotz § 38 BGB. abtretbar und verpfändbar.

II. Satzungswidrige Versicherung. **RG.** R. **10** Nr. 2755. Eine bei einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit genommene Versicherung ist nicht deshalb ungültig, weil sie satzungsgemäß „Handelswaren" von der Versicherung ausgeschlossen sein sollte, die Versicherung sich aber gleichwohl auch auf Handelswaren erstreckte.

III. Anfechtung des Beitritts zum Vereine. **RG.** R. **10** Nr. 1853. Die Grundsätze für die Anfechtung des Beitritts zu einer Genossenschaft (**RG. 68** 344) sind nicht auf den Beitritt zu einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit anwendbar. Jene Beschränkungen der Anfechtbarkeit gelten also für diesen nicht.

§ 21. (Vgl. IDR. **5** 1110.) Versicherung zu fester Prämie. VAPV. **11** 11 ff. (Senats- und Rekursentsch.). Nach § 21 VAG. soll die Versicherung zu festen Prämien bei Versicherungsvereinen einen Ausnahmezustand bilden. Die Abspaltung einer besonderen Pferdeunfallversicherung von der Pferdelebensversicherung ist grundsätzlich nicht zu billigen (deshalb Genehmigung der Pferdeunfallversicherung für Nichtmitglieder gegen feste Prämien nur unter bestimmter Begrenzung erteilt).

§ 22. (Vgl. IDR. **8** 1020, **5** 1110.) Beschaffung und Einzahlung des Gründungsfonds. 1. Im allgemeinen. VAPV. **10** 127. Es ist zulässig, den Gründungsfonds in der Weise zu beschaffen, daß von den Gründern einzelne lediglich an der Barzahlung, andere lediglich an der Hingabe von Wechseln sich beteiligen. — Sowohl den Bargründern wie den Wechselzeichnern kann eine laufende Vergütung zugebilligt werden. Doch dürfen gemäß § 22 VAG. die Ausgaben zugunsten derer, die den Gründungsfonds zur Verfügung stellen, insgesamt 6 pCt. des bar gezahlten Betrags nicht übersteigen.

2. Versicherungsaktiengesellschaften. VAPV. **10** 67 und BauersZ. **17** 57, **18** 9 behandeln Maßnahmen von Versicherungsaktiengesellschaften zwecks Sicherstellung der Rückstände an Einlagen auf das Aktienkapital ohne die bisher übliche Hingabe von Wechseln (wegen der erhöhten Stempelsteuern). Das APV. hält es mit den nach § 7 VAG. zu wahrenden Interessen der Versicherten für vereinbar, daß der nicht eingezahlte Teil des Aktienkapitals nicht durch Wechsel gedeckt wird, sondern daß abstrakte Schuldversprechen oder auch gewöhnliche Schuldscheine von den Aktionären gegeben werden; nur im Auslande wohnende oder dorthin verziehende müssen noch anderweite Sicherheit stellen.

3. Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit. VAPV. **10** 13. Anders als bei Aktiengesellschaften (vgl. §§ 218—221 HGB.) ist es bei Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit nicht möglich, den Zeichnern des Gründungsfonds die vertragsmäßige Hinterlegung der für den nicht eingezahlten Teil des Gründungsfonds zu gebenden Wechsel zu erlassen oder auf die Haftung jener Zeichner aus diesen Wechseln zu verzichten.

4. Wegen des Organisationsfonds s. zu § 8.

§ 24. Vgl. JDR. 8 1020, 5 1112.

§ 26. (Vgl. JDR. 8 1020, 5 1113.) Aufrechnung und Zurückbehaltung bei Prämienzahlung. 1. PraxPrV. 3 123 (KG.). Die Mitglieder eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit können gegenüber den Prämien weder aufrechnen noch ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Letzteres ist nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses ausgeschlossen. Denn die Prämie stellt nur einen Vorschuß auf die vom Vereine zu machenden Aufwendungen dar. Aus der Natur des Vorschusses ergibt sich, daß ein solcher schlechthin gezahlt werden muß. Der Verein bedarf der Prämien. Die Mitglieder sind daher vorleistungspflichtig.

2. MittöffFeuerversAnst. 11 449 (Colmar). Beim Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit folgt die Vorleistungspflicht des Mitglieds schon aus der Natur des Vereins und daraus, daß die Prämie als ein Vorschuß auf die Verwaltungskosten und die fälligen Schadensvergütungen in jedem Falle gezahlt werden muß und ein Zurückbehaltungsrecht begrifflich nicht denkbar ist.

§ 29. Vgl. JDR. 5 1114. Literatur: Heiß, Die Mitwirkung der Versicherungsnehmer an der Anstaltsleitung bei den privaten und öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, MittöffFeuerversAnst. 11 326 ff., 366 ff., 418 ff. — Löbner, Die Verwaltungsausschüsse im Kgl. Sächs. Brandversicherungsgesetz, LeipzZ. 11 519. — Sachße, Eignet sich die Generalversammlung als oberstes Organ der großen Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit? LeipzZ. 11 210. — ZVersWesen 10 293, Öffentlichkeit in den Generalversammlungen.

I. Generalversammlung oder Vertreterversammlung? Sachße, Eignet sich die Generalversammlung als oberstes Organ der großen Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit? LeipzZ. 11 210. S. verneint diese Frage wegen der Interesselosigkeit der Mitglieder und der Möglichkeit zu Einflüssen von Kliquen und Gesellschaftsorganen. Die Vertreterversammlung ist das allein richtige.

II. Löbner, Die Verwaltungsausschüsse im sächsischen Brandversicherungsgesetze, LeipzZ. 11 519. Die (im einzelnen ihrer Zusammensetzung und Wirksamkeit nach des näheren besprochenen) Verwaltungsausschüsse des SächsG. über die Landesbrandversicherungsanstalt vom 1. Juli 1910 stehen, was ihre Zuständigkeit anlangt, ungefähr dem obersten Organe, der Generalversammlung der privaten Versicherungsunternehmungen gleich. Ihre Mitwirkung bei der Verwaltung geht zum Teil weiter.

§ 30. Vgl. JDR. 8 1020, 5 1114.

§ 31. Vgl. JDR. 5 1115.

§ 34. Vgl. JDR. 8 1021, 5 1115. Literatur: Rehm, Der Begriff „Generaldirektor" im Aktien- und Versicherungsrecht, ZVersWiss. 10 1 ff., 287 ff. — Scheel, Der Vorstand des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit nach VAG. München 1911 (vgl. auch oben zu § 7 IV).

I. Zusammensetzung des Vorstandes. 1. Scheel, Vorstand des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit 4. Der Vorstand kann sowohl beim kleineren als beim eingetragenen Verein aus einer oder aus mehreren Personen (Vorstandsmitgliedern, Direktoren, stellvertretenden Vorstandsmitgliedern, stellvertretenden Direktoren ꝛc.) bestehen, die nicht Vereinsmitglieder zu sein brauchen. Dagegen können nicht mehrere Organe nebeneinander als Vorstand im Sinne des Gesetzes für den Verein tätig sein. Man wird dies daraus folgern dürfen, daß der § 29 Abs. 1 VAG. ausdrücklich zuläßt, daß das oberste Organ in mehrere Organe zerlegt wird, während eine gleiche Bestimmung bezüglich des Vorstandes und Aufsichtsrats nicht getroffen wird. Wenn also die Satzung die Einrichtung trifft, daß ein aus Vereinsmitgliedern gebildeter sog. Verwaltungsrat, der die ganze Verwaltung des Vereins in Händen hat, seinerseits einen Direktor ernennt, der nach seiner Anweisung die Geschäfte des Vereins zu führen hat, so ist es Tatfrage, ob

der sog. Direktor oder der sog. Verwaltungsrat als Vorstand im Sinne des Gesetzes anzusehen ist. Als solcher ist derjenige von beiden zu betrachten, dem die Satzung die Vertretung nach außen überträgt.

2. Scheel, Vorstand des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit 5. Soweit die erforderlichen Vorstandsmitglieder fehlen und ihre ordnungsmäßige Bestellung nicht erfolgt, kann die zuständige Aufsichtsbehörde in dringenden Fällen auf Antrag eines Beteiligten, worunter in diesem Zusammenhange z. B. auch andere Vereinsorgane, sowie Gläubiger des Vereins zu verstehen sind, die fehlenden Vorstandsmitglieder für die Zeit bis zur Behebung des Mangels bestellen. Ausdrücklich sagt das Gesetz dies nur für den kleineren Verein. Man wird die Bestimmung aber auch auf eingetragene Vereine ausdehnen dürfen, da die Zulässigkeit der analogen Anwendung der Bestimmungen des BGB. als der lex generalis auf eingetragene Versicherungsvereine an sich nicht zu bezweifeln ist, soweit nicht ausdrückliche Vorschriften der lex specialis (HGB., VAG.) entgegenstehen, und da ein sachlicher Grund für eine verschiedene Behandlung der beiden Arten von Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit in dieser Beziehung nicht zu ersehen ist.

II. Haftung des Vorstandes. Scheel, Vorstand des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit 29. Die Haftung erstreckt sich auf die Verletzung aller „Obliegenheiten" der Vorstandsmitglieder. Sie erstreckt sich demnach sowohl auf den Fall, daß die Vorstandsmitglieder die ihnen zustehende Vertretungsbefugnis überschreiten, wie auf den, daß sie innerhalb der Grenzen ihrer Vertretungsbefugnis ihre Obliegenheiten als Besorger der Vereinsgeschäfte, also als Leiter der inneren Vereinsverwaltung verletzen, gleichgültig, ob die Beschränkung ihrer Befugnisse durch Gesetz, Satzung, o. O., Anweisung des Aufsichtsrats oder durch den Dienstvertrag festgesetzt ist. Regelmäßig werden die Vorstandsmitglieder gedeckt sein, wenn sie sich mit ihren Handlungen innerhalb ihrer gesetzlichen und satzungsgemäßen Befugnisse bewegen und dabei zugleich den Anweisungen ihrer vorgesetzten Organe nachkommen. Über das Gesetz und die Satzung dürfen sie sich niemals hinwegsetzen, auch nicht auf Anweisung höherer Organe, über die Anweisungen höherer Organe dürfen sie es ausnahmsweise und zwar dann, wenn sie den Umständen nach annehmen durften, daß das betreffende Organ bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Dies wird stets dann anzunehmen sein, wenn das betreffende Organ sich bei der Erteilung der Anweisung in offenbarem Irrtume befunden hat.

III. Vorstandsmitglieder als Zeugen. ElsLothJZ. **10** 68 (Colmar). Die Mitglieder des Vorstandes eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit können in Prozessen desselben selbst dann nicht als Zeugen vernommen werden, wenn die Satzung bestimmt, daß der Verein durch den Vorsitzenden des Vorstandes vertreten werde.

IV. Der „Generaldirektor". Rehm, Der Begriff „Generaldirektor" im Aktien- und Versicherungsrechte, ZVersWiss. **10** 1 ff., 287 ff. Durch die geschichtliche Entwickelung der ursprünglich englisch-französischem Vorbilde folgenden Verfassung der Aktiengesellschaft und ihrer Änderung durch das AHGB. hat der Begriff „Generaldirektor" verschiedene Bedeutung angenommen. Er bezeichnet 1. ein Vorstandsmitglied besonderer Art und 2. überhaupt kein Vorstandsmitglied, sondern den obersten Berufsbeamten der Gesellschaft unter dem Vorstande. — Im einzelnen ergeben sich hiernach insgesamt sechs Bedeutungen: 1. Name für den Inhaber der nur aus einem Mitgliede bestehenden Vorstandsstelle. 2. Name für die Oberleitung. 3. Bezeichnung nur der Oberaufsicht. 4. Name des nur den Vorsitz im Vorstand innehabenden Vorstandsmitglieds. 5. Name für den unter dem Vorstande stehenden Betriebsleiter. 6. Name für den obersten der Direktoren einer dem Vorstand untergeordneten Betriebsleitung. — Also Scheidung danach,

ob der Generaldirektor A u ß e n direktor, d. h. zur Vertretung der Gesellschaft generell befugt ist, oder ob er nur, allein oder mit anderen, I n n e n direktor mit beschränkter Vertretungsmacht ist. — Nicht mehr möglich ist jetzt eine 7. Gestaltung, nämlich die, daß Generaldirektor nicht einen Beamten der Gesellschaft, sondern ein Vorstandsmitglied bezeichnet, dem der Vorstand generelle Vertretungsmacht verliehen hatte. — G e n e r a l d i r e k t o r bedeutet jetzt im Gegensatze zum G e n e r a l b e t r i e b s - d i r e k t o r den Unternehmungsleiter, der Generalvertretung besitzt.

§ 35. Vgl. JDR. **8** 1021, **5** 1116.

§ 36. Vgl. JDR. **8** 1021, **5** 1116. S. oben zu § 29.

§§ 37—39. Vgl. JDR. **5** 1116 ff.

§ 38. L i t e r a t u r : R e h m , Der Überschußanspruch bei Veräußerung der versicherten Sache, ZVersWiss. **10** 483. — F u l d , Die Veröffentlichung der Gewinn- und Verlustrechnung, ZVersWes. **11** 377.

I. Wegen der B e h a n d l u n g d e s D i v i d e n d e n a n s p r u c h s b e i V e r ä u ß e r u n g d e r v e r s i c h e r t e n S a c h e vgl. R e h m (s. oben) zu VVG. § 69.

II. Im übrigen s. wegen der D i v i d e n d e n v e r t e i l u n g oben zu § 9 Ziff. 7.

§ 39. I. Über die Frage, in welcher Form Aufsichtsratsbeschlüsse gemäß § 39 Abs. 2 und 3 VAG. zu ergehen haben, s. VAPV. **11** 20 ff. (APV. und LG. sind für Formfreiheit im Gegensatze zu einem AG.).

II. Wegen des Begriffs der Aufsichtsbehörde s. zu § 41.

§ 40. Wegen der S i e g e l u n g d e r G e n e h m i g u n g s u r k u n d e n d e s V A P. s. VAPV. **11** 20 f.

§ 41. (Vgl. JDR. 8 1021, 5 1117.) I. A u f s i c h t s b e h ö r d e. Unter Aufsichtsbehörde im Sinne von § 41 und ebenso von § 39 Abs. 3 VAG. ist nur die durch das VAG. berufene, also die d e u t s c h e , nicht eine ausländische Aufsichtsbehörde zu verstehen.

II. S a t z u n g s ä n d e r u n g u n d S o n d e r r e c h t e. 1. PosMSchr. **10** 163 (Posen). Der Umstand, daß der Regierungspräsident die Satzungsänderung, daß Kündigungen von Einwilligung der Hypothekengläubiger abhängig seien, genehmigt hat, bewirkt nicht, daß diese neue Bestimmung auch rückwirkende Kraft für bereits bestehende Verfügungen erlangt. Vielmehr bleibt es insoweit bei den Voraussetzungen des § 41 Abs. 3 VAG. Diese liegen nicht vor, wenn die Satzung nur sagt, daß die in der Versammlung nicht Erscheinenden gehalten sind, den Beschlüssen der Erschienenen beizutreten. Nötig wäre eine a u s d r ü c k l i c h e Erwähnung des Kündigungsrechts.

2. LeipzZ. **10** 875, VAPV. **11** Anh. 7 (Naumburg). § 41 Abs. 3 VAG. erfordert die ausdrückliche Zustimmung des Mitglieds auch für solche Satzungsänderungen, die a u ch das Versicherungsverhältnis betreffen. Gleichgültig ist es, ob die Änderungen dem Mitgliede günstig sind oder nicht. Die Zustimmung kann nur erklärt werden, solange die Mitgliedschaft besteht. Zu den das Versicherungsverhältnis m i t betreffenden Änderungen gehören die über die Beendigung des Mitgliedschaftsverhältnisses, weil sie notwendig auch das Versicherungsverhältnis berühren.

3. PosMSchr. **10** 163 (LG. Braunschweig). Zu den Sonderrechten gehört auch das Kündigungsrecht. Es darf nicht ohne Einwilligung des Versicherungsnehmers erschwert werden. Denn Sonderrechte sind alle Rechte, die ein Mitglied ausschließlich zu seinen eigenen Gunsten hat (vgl. **RG. 68** 212).

§ 42. S c h e e l , Vorstand des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit 37. Die Vorstandschaft, also der Vorstand als solcher, hört bei beiden, großen und kleinen, Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit mit der Auflösung des Vereins auf zu

existieren. Diese erfolgt stets vor der Eröffnung des Liquidationsverfahrens, wenn ein solches stattfindet.

§ 43. (Vgl. JDR. 8 1621.) Prüfungsrecht bei Genehmigung der Auflösung. 1. VAPV. **10** Anh. 45 (PrOVG.). Zur Auflösung (einer rechtsfähigen Witwenkasse) kann die Genehmigung nicht deshalb versagt werden, weil die Auflösung aus versicherungstechnischen Gründen nicht erforderlich sei.

2. PrOVG. **59** 376 (PrOVG.). Die nach § 43 Abs. 3 VAG. zur Auflösung erforderliche aufsichtsbehördliche Genehmigung darf nur dann versagt werden, wenn der Beschluß über die Auflösung formell oder materiell rechtswidrig ist, nicht aber deshalb, weil er unzweckmäßig oder unnötig war.

3. VersAnn. **10** 173 ff. (Genehmigung der Auflösung eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit). Die Vorschrift im § 43 Abs. 3 VAG. ist unzureichend. Sie bedarf der Klarstellung dahin, daß die Aufsichtsbehörde die Genehmigung zum Auflösungsbeschluß erteilen muß, wenn dieser satzungsgemäß zustandegekommen ist, und daß sie die sachlichen Gründe des Beschlusses nicht nachprüfen kann. Es müßte auch dem Verwaltungsgerichte die Befugnis zustehen, nicht nur den die Genehmigung ablehnenden Bescheid der (Landes)aufsichtsbehörde aufzuheben, sondern zugleich selbst die Genehmigung zu erteilen. Dieses Recht hat der Rekurssenat des APV. Gewährt man es dem Verwaltungsgerichte nicht, dann hat der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit kein Mittel, die Aufsichtsbehörde zur Erteilung der Genehmigung zu zwingen.

§ 45. Vgl. JDR. **5** 1119.

§ 46. (Vgl. JDR. **5** 1120.) Abweichungen von §§ 46 ff. VAPV. **10** Anh. 46 (PrOVG.). Zu einer Abweichung von den Vorschriften der §§ 46 ff. VAG. ist die Zustimmung aller Mitglieder nötig, wofern nicht die Satzung gestattet, Abweichungen durch Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung zu beschließen.

§ 47. Vgl. JDR. **8** 1020, **5** 1120.

§§ 48—50. Vgl. JDR. **5** 1120.

§ 49. Vgl. zu § 13 VVG. (Kirchberger).

§ 52. Vgl. JDR. **5** 1121.

§ 53. (Vgl. JDR. **8** 1021, **5** 1121.) 1. Über die Fälle, in denen das Vorliegen eines Betriebs von Versicherungsgeschäften geleugnet wird und in denen daher auch das Bestehen eines kleinen Versicherungsvereins ausgeschlossen ist, s. zu § 1.

2. Wegen der Betriebs-, Pensions- und Krankenkassen s. zu VVG. vor §§ 159 ff.

3. Wegen der Mitgliedschaft im Versicherungsvereine s. § 20 VAG.

IV. Geschäftsführung der Versicherungsunternehmungen.

1. Allgemeine Vorschriften. Rechnungslegung.

§ 54. (Vgl. JDR. **8** 1022, **5** 1123.) I. §§ 54 ff. und die Vertretungsmacht des Vorstandes des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit. Scheel, Vorstand des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit 16 ff. Ob die §§ 54 u. 59 Abs. 1 Ziff. 4 VAG., die auf den eingetragenen Verein und auf den kleinen Versicherungsverein Anwendung finden, eine gesetzliche Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandes Dritten gegenüber enthalten, erscheint zweifelhaft. a) Dafür, daß § 54 VAG. nur das Verhältnis zwischen Verein und Aufsichtsbehörde berührt, also nur verwaltungsrechtlichen Charakter hat, spricht der Umstand, daß das VAG. ein Überwachungs-(Polizei-)Gesetz ist und daher grundsätzlich nur öffentlich-rechtliche, nicht auch privatrechtliche Wirkungen hervorruft. Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften des Gesetzes und der Aufsichtsbehörde machen also den zivilrechtlichen Vertrag im Zweifel nicht ungültig. Nun ist aber die im § 54

Abs. 1 VAG. vorgeschriebene Genehmigung der Aufsichtsbehörde nach § 54 Abs. 2 VAG. an die Stelle der im Art. 86 EGBGB. vorgeschriebenen Genehmigung getreten. Wenn also feststehen würde, daß mangels der im Art. 86 vorgeschriebenen staatlichen Genehmigung der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag nichtig ist, so würde man auch für den Fall der Verweigerung der aufsichtsbehördlichen Genehmigung gemäß § 54 VAG. die Nichtigkeit des Vertrags zwischen Verein und Grundstückseigentümer folgern müssen. In diesem Falle würde das ganze Erwerbsgeschäft, also sowohl der obligatorische wie der dingliche Vertrag nichtig sein, da auch der erstere Erwerbshandlung ist. Nun erscheint es aber durchaus nicht feststehend, daß die landesgesetzlichen Vorschriften, von denen im Art. 86 EGBGB. die Rede ist, ihrerseits stets privatrechtliche Wirkungen ausüben, vielmehr läßt der Art. 86 hinsichtlich der Art, wie der Erwerb beschränkt werden soll, der Landesgesetzgebung vollständig freie Hand; die Landesgesetze können das Erwerbsgeschäft für ungültig erklären oder auch nicht. Sie können z. B. auch eine Beschränkung nur insofern eintreten lassen, als sie die juristische Person verpflichten, den erworbenen Gegenstand innerhalb einer bestimmten Zeit wieder zu veräußern. Danach wird man aber gerade mit Rücksicht darauf, daß die im § 54 Abs. 1 VAG. vorgeschriebene Genehmigung an die Stelle der im Art. 86 EGBGB. vorgeschriebenen Genehmigung getreten ist und demnach in ihren Wirkungen nicht weiter gehen darf als diese, entgegen der herrschenden Meinung dem § 54 VAG. soweit die privatrechtliche Bedeutung absprechen müssen, als den betreffenden Landesgesetzen eine solche nicht zukommt. b) Eine weitere Auslegungsschwierigkeit enthält der § 54 VAG., der nach § 85 aaO. auch für ausländische Versicherungsverträge auf Gegenseitigkeit gilt, insofern, als es zweifelhaft erscheinen kann, ob ausländische Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit außer der Genehmigung der Aufsichtsbehörde gemäß § 54 VAG. auch noch die nach Landesrecht für Ausländer zum Erwerbe von Grundstücken erforderliche Erlaubnis der zuständigen Landesbehörde gemäß Art. 88 EGBGB. einholen müssen. Damit Art. 88 EGBGB. als durch das VAG. aufgehoben gelten könnte, genügt es nicht, daß Art. 88 „nicht vorbehalten" ist, es müßte vielmehr eine ausdrückliche Bestimmung, daß Art. 88 EGBGB. durch § 54 VAG. aufgehoben sei, im VAG. enthalten sein, oder es müßte die Bestimmung des § 54 VAG. mit der des Art. 88 EGBGB. unvereinbar sein. Beides ist nicht der Fall. Es ist nicht einzusehen, warum es staatsrechtlich widersinnig sein soll, wenn der preußische Staat in Ausübung seines Retorsionsrechts im Wege der Landesgesetzgebung bestimmt, daß der Erwerb in Preußen belegener Grundstücke durch französische Staatsbürger unwirksam sei, obwohl vom Standpunkte der Aufsichtsbehörde gegen den Erwerb eines in Preußen gelegenen Grundstücks durch eine französische Versicherungsgesellschaft zum Zwecke des Geschäftsbetriebs mit Rücksicht auf §§ 54, 85 VAG. nichts eingewendet werden könnte. Ob allerdings durch Art. 88 EGBGB. die Vertretungsmacht des Vorstandes Dritten gegenüber beschränkt wird, ob also der zwischen dem ausländischen Versicherungsverein und dem Grundstückseigentümer geschlossene Vertrag mangels staatlicher Genehmigung des Grundstückserwerbes nichtig ist, wird sich hier, wie bei inländischen Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit nach der Natur des betreffenden Landesgesetzes richten, dem es freisteht, zu bestimmen, daß das Erwerbsgeschäft gültig oder ungültig sein soll.

II. Zivilrechtliche Folgen der Zuwiderhandlung gegen § 54. VAPV. **11** 112. § 54 VAG. beschränkt die Erwerbstätigkeit der Versicherungsunternehmungen. Die Genehmigung der Aufsichtsbehörde ist Voraussetzung für die Gültigkeit des Erwerbsgeschäfts. Ohne die Genehmigung wird das Grundbuch unrichtig. Bevor die Genehmigung nachgewiesen ist, muß das Grundbuchamt die Eintragung des Eigentumswechsels ablehnen. Ebenso: Könige, VAG. (2) 354 Anm. 7; Zehnter, VAG. 117 Anm. 2; Manes-Hagen, VAG

209 Anm. 2, Alexander-Katz, VAG. 129 und ZVersWiss. **3** 478; Zehnter, ABürgR. **20** 4; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht I 472; Oberneck, Grundbuchrecht II 602; Güthe, GBO. (2) 1599.

§ 55. (Vgl. JDR. **8** 1022, **5** 1125.) Anspruch der Mitglieder des Versicherungsvereins auf Rechnungslegung. R. **11** Nr. 899, VersAnn. **42** 163 (Naumburg). Durch § 55 VAG. ist ein Anspruch der Mitglieder des Versicherungsvereins auf Rechnungslegung ausgeschlossen. Die Mitglieder können lediglich jährlich einen Abdruck des Rechnungsabschlusses und des Jahresberichts fordern.

2. Besondere Vorschriften über die Prämienreserve bei der Lebensversicherung.

§ 56. Vgl. JDR. **5** 1126.

§ 57. Vgl. JDR. **8** 1022, **5** 1126.

§ 58. Vgl. JDR. **8** 1022, **5** 1127.

§ 59. Vgl. JDR. **8** 1022, **5** 1127. Literatur: Kapitalanlagen der Versicherungsanstalten in Staatspapieren. Vorträge von Müller, Bischof, Gruner usw. gesammelt im Heft XXII d. Veröffentlichungen des deutschen Vereins f. Ver.-Wissenschaft. — Müller, Zur Frage des Anlagezwanges, ZVersWiss. **11** 491 ff. — Meltzing, Staatspapiereanlegezwang und Versicherungsgesellschaft, BankA. **10** 882. — Bischoff, Zur Frage der Kapitalanlagen, ZVersWes. **11** 121 ff., 137 ff.

I. Wegen der Frage, ob § 59 Ziff. 4 eine Beschränkung der Vertretungsmacht des Vereinsvorstandes enthält, s. zu § 54.

II. *Mueller, Zur Beleihung von Erbbauberechtigungen Jahrb. d. Bodenreform **6** 91 ff. Bedeckung des Prämienreservefonds mit Hypotheken auf Erbbauberechtigungen ist nicht gestattet.

III. Wegen der zugelassenen Wertpapiere s. VAPV. **11** 2.

IV. Scheel, Vorstand des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit 21. Daß § 59 Abs. 1 Ziff. 4 VAG., wonach die Anlegung der den Prämienreservefonds bildenden Bestände in bestimmten Wertpapieren nur mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde erfolgen kann, die Vertretungsmacht des Vorstandes des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit Dritten gegenüber einschränke, daß also das Fehlen der aufsichtsbehördlichen Genehmigung das Rechtsgeschäft ungültig mache, behauptet Zehnter (ABürgR. **20** 4) ohne nähere Begründung. Man wird indessen mit der herrschenden Meinung diese Auffassung mit Rücksicht auf den grundsätzlichen Charakter des VAG. als eines Überwachungsgesetzes, dessen einzelnen Vorschriften im Zweifel privatrechtliche Bedeutung nicht beizulegen ist, ablehnen dürfen.

V. Wegen der ausländischen Gesellschaften s. zu § 90 unter II.

§ 60. Vgl. JDR. **8** 1023, **5** 1127.

§ 61. Vgl. JDR. **8** 1023, **5** 1127. Literatur: Vgl. zu §§ 13, 14 VVG.

1. Über das Verhältnis von § 61 VAG. zu § 157 VVG. s. VVG. zu § 157 (Kirchberger).

2. Vgl. auch zu §§ 13, 14 VVG.

§§ 62, 63. Vgl. JDR. **5** 1130.

V. Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmungen.

1. Aufgaben und Befugnisse der Aufsichtsbehörden.

§ 64. (Vgl. JDR. **8** 1023, **5** 1130.) Unlauterer Wettbewerb. 1. VAPV. **11** 235. Sittenwidrig sind zu Zwecken des Wettbewerbes von einer Versicherungsgesellschaft verfaßte Drucksachen („Nachträge zur Agentur-Instruktion"), die eine teils unrichtige, teils unvollständige Darstellung der Verhältnisse der miteinander verglichenen Gesellschaften enthalten und daher geeignet sind, die anderen Gesellschaften in nicht gerechtfertigter Weise herabzusetzen und zu schädigen.

2. APV. hat Grundsätze für Verwendung von Drucksachen und sonstigen Vervielfältigungen im Wettbewerbe der Gesellschaften aufgestellt und zwar für die Hagelversicherung (VAPV. **08** 15) und für die Viehversicherung (VAPV. **11** 25 ff.).

3. Wegen unlauteren Wettbewerbes durch Firmenmißbrauch s. vor §§ 1 ff.

§ 65. Vgl. JDR. **5** 1131.

§ 67. Vgl. JDR. **8** 1024, **5** 1131.

§ 68. (Vgl. JDR. **5** 1131.) Wegen der Versicherungsgenossenschaften s. zu § 102.

§ 69. Vgl. JDR. **8** 1024, **5** 1132.

2. Verfassung und Verfahren der Aufsichtsbehörden.

§§ 71, 72. Vgl. JDR. **5** 1133.

§ 73. (Vgl. JDR. **8** 1024, **5** 1133.) VAPV. **11** Anh. 9 (SächsOVG.). Im Sinne von §§ 73, 74 VAG. ist als Beteiligter nie eine Person anzusehen, die nicht Mitglied des betreffenden Vereins ist. Also hat ein Arzt, der durch Anordnungen eines Krankenversicherungsvereins betroffen ist, kein Recht zur Einlegung von Rechtsbehelfen.

§ 74. Vgl. JDR. **5** 1133.

§ 79. Vgl. JDR. **8** 1025.

§ 80. Vgl. JDR. **5** 1133.

§ 81. Vgl. JDR. **8** 1025, **5** 1133.

§ 83. Vgl. die alljährlich in den Veröffentlichungen des APV. erscheinenden Jahresberichte des Amtes.

§ 84. BraunschwZ. **11** 119 (Braunschweig). Keine Zulässigkeit des Rechtswegs gegenüber Entscheidungen der Aufsichtsbehörde.

VI. Ausländische Versicherungsunternehmungen.

§ 85. (Vgl. JDR. **8** 1025, **5** 1134.) I. Zivilrechtliche Bedeutung von § 85. 1. BraunschwZ. **10** 142 (Braunschweig). Keine zivilrechtliche Ungültigkeit der Versicherungsverträge wegen Verstoßes gegen §§ 85 ff., 108 VAG.

2. Vgl. auch zu II 2.

II. Mäklerverträge mit ausländischen, im Inlande nicht zugelassenen Gesellschaften. 1. OLG. **22** 134, R. **11** Nr. 1650 (KG.). Die Vermittler von Versicherungsverträgen mit ausländischen Versicherungsunternehmungen, die im Inlande keine Genehmigung zum Geschäftsbetriebe haben, haben keinen Anspruch auf Provision.

2. **RG.** LeipzZ. **11** 713, WarnE. **11** 389, VAPV. **10** Anh. 89, R. **11** Nr. 3020, VersAnn. **42** 725. Ob ein Versicherungsvertrag nichtig ist, den eine im Inlande zum Geschäftsbetriebe nicht zugelassene ausländische Versicherungsgesellschaft im Inland abschließt, bleibt unentschieden. Nichtig ist aber 1. ein Vertrag zwischen einer solchen Gesellschaft und einem inländischen Verein, wonach dieser sich verpflichtet, den Abschluß von Versicherungsverträgen seiner Mitglieder mit jener Gesellschaft zu vermitteln und 2. ein die Vermittelung dieses Vertrags bezweckender Mäklervertrag. — Die Nichtigkeit folgt aus §§ 134, 138 BGB. Gesellschaft und Verein bezwecken die bewußte Vermittelung der Vorschriften des § 85 VAG., die den Schutz der Deutschen bezwecken, und der Mäkler leistet hierzu Beihilfe.

III. ZVersWes. **10** 467 (KG.). Der Umstand, daß nach Eingehung der Versicherung der Versicherungsnehmer ins Inland zieht, bewirkt nicht, daß die im Auslande bei einer ausländischen Gesellschaft genommene Versicherung zum inländischen Versicherungsgeschäft zu rechnen ist, selbst wenn nachträglich im Inlande der Vertragsinhalt modifiziert worden ist.

§ 86. Vgl. JDR. **8** 1025, **5** 1133.

§ 87. (Vgl. JDR. **8** 1025, **5** 1133.) 1. S. oben zu § 85.
2. Vgl. zu § 4, II.

§ 88. Literatur: Bruck, Unterliegt der Hauptbevollmächtigte einer ausländischen Versicherungsunternehmung dem Registerzwange? LeipzZ. **11** 182.

I. Haftung des Hauptbevollmächtigten aus Verträgen. ElsLothJZ. **10** 340, 457 (Colmar). Wenn der Generalbevollmächtigte einer ausländischen Versicherungsgesellschaft unter ausdrücklicher Erwähnung dieser Eigenschaft im Vertrag einen Generalagenten bestellt, so handelt er nicht im eigenen Namen, sondern als Vertreter der Gesellschaft. Das gilt selbst dann, wenn der Vertrag besagt, daß der Generalbevollmächtigte bzw. dessen Rechtsnachfolger dem Generalagenten im Falle der Kündigung Entschädigung zu zahlen hat. Schuldner dieser Entschädigungsleistung ist also die Gesellschaft und höchstens neben ihr auch der Hauptbevollmächtigte.

II. Registerzwang des Hauptbevollmächtigten. Bruck, Unterliegt der Hauptbevollmächtigte einer ausländischen Versicherungsunternehmung dem Registerzwange? LeipzZ. **11** 182. Die ausländische Versicherungsunternehmung ist als Zweigniederlassung in das Handelsregister des Ortes einzutragen, an dem ihr inländischer Hauptbevollmächtigter sich befindet. Der Hauptbevollmächtigte selbst ist nicht einzutragen. Die Veröffentlichung seiner Bestellung und die Erteilung von Auskunft und Bescheinigung hierüber ist Sache des APV. — Dagegen ist weder die Generalagentur noch der Generalagent eintragungsfähig.

§ 89. Vereinbarung ausschließlicher Zuständigkeit ausländischer Gerichte. 1. VAPV. **10** Anh. 54 (KG.). Vor Inkrafttreten des VAG. konnten die ausländischen Versicherer mit ihren inländischen Versicherungsnehmern die ausschließliche Zuständigkeit ausländischer Gerichte vereinbaren. § 89 VAG. gilt nicht für ausländische Versicherungsgeschäfte, sondern nur für inländische. Auch jetzt kann also jeder Versicherer die ausländische Gerichtszuständigkeit vereinbaren, wenn es sich nicht um inländisches Rechtsgeschäft handelt. Ein von einem Deutschen im Auslande mit einem in Deutschland zugelassenen Versicherer geschlossener Versicherungsvertrag gehört zum ausländischen Versicherungsgeschäfte. Daran ändert sich nichts dadurch, daß nach Rückkehr des Versicherungsnehmers ins Inland der ursprüngliche Vertrag teilweise Abänderungen erfahren hat.
2. Vgl. zu § 48 VVG.

§ 90. Vgl. JDR. **8** 1026, **5** 1136. Literatur: Voß, Die Rechtsnatur des durch § 90 VAG. veranlaßten Grundbuchvermerkes, ZBlFG. **10** 713 ff.

I. Die Rechtsnatur des Grundbuchvermerkes. *Voß, Die Rechtsnatur des durch § 90 VAG. veranlaßten Grundbuchvermerkes, ZBlFG. **10** 713 ff. Bei Hypotheken und Grundschulden an inländischen Grundstücken, die zum Prämienreservefonds einer ausländischen Versicherungsgesellschaft gehören, ist im Grundbuche die Eintragung eines Vermerkes zu bewirken, daß nur mit Genehmigung des Aufsichtsamts für Privatversicherung über sie verfügt werden kann. Dieser Vermerk ist nicht dazu bestimmt, die Versicherten nach Maßgabe der §§ 135, 136 BGB. zu schützen, also der Versicherungsgesellschaft ein beschränktes Maß von Verfügungsfreiheit zu belassen, sondern er soll den Betrieb im Sinne der öffentlichen Ordnung beschränken. Die Genehmigung der Aufsichtsbehörde hat nicht die Bedeutung einer verwaltenden Freigabeverfügung, sondern diejenige eines Zeugnisses, daß die Versicherungsunternehmung den für die freie Verfügung im Aufsichtsinteresse erforderlichen Nachweisungen genügt hat. Deswegen rechtfertigt sich insbesondere für das preußische Kostenrecht (§§ 19 ff. KostenG.) nicht die Zugrundelegung des vollen Wertes

des Gegenstandes, wie bei Sicherstellung von Ansprüchen (§ 21 Nr. 3 das.), sondern die Schätzung des Gegenstandswerts nach Anleitung der Wertbestimmungen über nicht vermögensrechtliche Gegenstände (§ 23 das.).

II. Prämienreservefonds ausländischer Gesellschaften. VAPV. **11** 9. Auch bei ausländischen Versicherungsunternehmungen hat die Bewertung der dem deutschen Prämienreservefonds angehörenden Deckungsmittel lediglich nach deutschen Rechtsgrundsätzen zu erfolgen.

VII. Übergangsvorschriften.

§ 92. Vgl. JDR. **8** 1026, **5** 1137.
§ 96. Vgl. JDR. **8** 1027, **5** 1137.
§ 97. Vgl. JDR. **8** 1027, **5** 1137.
§ 98. Vgl. JDR. **8** 1027.
§ 101. Vgl. JDR. **5** 1138.
§ 102. Vgl. JDR. **8** 1027, **5** 1138. Literatur: Deumer, Anwendbarkeit des § 107 KO. für Versicherungsgenossenschaft? LeipzZ. **11** 443.

Zu Abs. 2. Deumer, Anwendbarkeit des § 107 KO. für Versicherungsgenossenschaften? LeipzZ. **11** 443. Indem § 102 VAG. auf § 68 Abs. 1 VAG. Bezug nimmt, läßt er auf Versicherungsgenossenschaften auch § 107 KO. Anwendung finden. Hiernach kann aber mangels Masse eingestellt werden. Gerade eine solche Einstellung verbietet nun § 100 GenG. Sie widerspricht dem Wesen der Genossenschaft. § 102 VAG. kann daher nicht die Beseitigung dieses Grundsatzes wollen, sondern will § 100 GenG. unberührt lassen.

§§ 103, 104. Vgl. JDR. **5** 1138.

VIII. Strafvorschriften.

§ 108. Zivilrechtliche Bedeutung der Strafvorschrift. 1. BraunschwZ. **10** 142 (Braunschweig). Verstöße gegen § 108 VVG. machen den Versicherungsvertrag nicht ungültig.

2. Vgl. zu § 4 und zu § 85.

IX. Schlußvorschriften.

§ 114. Vgl. JDR. **5** 1139.

§ 115. (Vgl. JDR. **8** 1027, **5** 1139.) 1. Wegen des Registerzwanges der Hauptbevollmächtigten s. zu § 88.

2. Wegen des Gerichtsstandes s. zu § 89 VAG. und zu § 48 VVG.

§ 116. (Vgl. JDR. **8** 1027, **5** 1140.) Automobilversicherung. 1. **RG.** JW. **10** 250, DJZ. **10** 539, LeipzZ. **10** 297, R. **10** 254 und Nr. 1166, VAPV. **10** Anh. 77. Nach dem jeweiligen bürgerlichen Rechte ist zu entscheiden, was Transportversicherung im Sinne des PrStempG. ist. Es ist als solche auch die Versicherung von Automobilen sowie von Wagen mit Pferden anzusehen. Denn es können auch Transportmittel Gegenstand der Transportversicherung sein. Und es ist unerheblich, weil nebensächlich, daß die Transportmittel gleichzeitig auch für die Zeit der Ruhe versichert sind. Ein Auseinanderreißen des Vertrags in eine Transport- und in eine gewöhnliche Schadensversicherung ist nicht zulässig. Nur Versicherung von Vieh kann nie Transportversicherung sein. Dahingestellt bleibt, ob die Automobilversicherung auch nach § 116 VAG. Transportversicherung ist.

2. VAPV. **10** 122. Nachdem das RG. 8. 2. 10 den Standpunkt vertreten hat, daß die sog. Automobilversicherung als Transportversicherung anzusehen sei, will das APV. unter Rückstellung seiner gegenteiligen Ansicht (vgl. **RG.** **72** 418 ff., JDR. **8** 1028) in Zukunft die Automobilversicherung ebenfalls als Transportversicherung und daher als aufsichtsfrei behandeln.

2. Wegen der rechtlichen Natur der Verwaltungsausschüsse im Kgl. Sächs. Brandversicherungsgesetze s. zu § 29.

3. Wegen der badischen Ortsviehversicherungsvereine s. VVG. § 192.

§ 119. (Vgl. JDR. **8** 1029, **5** 1092). 1. Wegen des PrG. über die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten s. VVG. § 192.

4. Im übrigen s. zu § 192 VVG.

§ 120. Literatur: Wehberg, Die Möglichkeit der Einführung eines reichs- oder einzelstaatlichen Versicherungsmonopols, MittöffFeuerversAnst. **11** 330 ff. — v. Haag, Versicherungsmonopole, MittöffFeuerversAnst. **11** 443.

Zulässigkeit von Versicherungsmonopolen. 1. Wehberg, Die Möglichkeit der Einführung eines reichs- oder einzelstaatlichen Versicherungsmonopols, MittöffFeuerversAnst. **11** 330 ff. Unter der Herrschaft des VAG. ist die Einführung einzelstaatlicher oder reichsrechtlicher Monopole ungesetzlich. Dagegen bleiben vorhandene Monopole bestehen (ebenso Rehm, Komm. z. VAG. § 120; aM. Könige, Komm. z. VAG. § 120).

2. v. Haag, Versicherungsmonopole, MittöffFeuerversAnst. **11** 443. Bestehende Versicherungsmonopole der Bundesstaaten bleiben bestehen. Neue können entstehen, und zwar mit der Wirkung, daß auch die bereits erteilten Konzessionen an private Unternehmer hierdurch beseitigt werden. Wehbergs Ansicht (s. oben) ist unrichtig.

3. VersAnn. **42** 25 ff. behandeln und verneinen 473 ff., 581 ff. die Frage, ob die Bundesstaaten neue Versicherungsmonopole einführen können.

§ 121. (Vgl. JDR. **8** 1029, **5** 1141.) I. Preußen. 1. HannovVO. vom 24. Januar 1828. **a**) KGJ. **39** C 12 (KG.). Die Vorschrift der Hannov. VO. vom 24. Januar 1828, wonach Gebäude gegen Feuersgefahr nur auf Grund einer vorgängigen unter obrigkeitlicher Leitung vorzunehmenden Taxation versichert werden sollen (§§ 10, 14), ist auch nach Inkrafttreten des VAG. und VVG. gültig geblieben (vgl. KG. in KGJ. **27** C 3, **29** C 11, **32** C 3). — Unter den Begriff der Gebäude fallen auch Rohbauten. Der Agent, der dieser Vorschrift zuwiderhandelt, ist strafbar. Jedoch ist die Strafe der Agenturentziehung weggefallen. **b**) VAPV. **10** Anh. 33 (KG.). Durch § 121 VAG. sollten nur diejenigen landesrechtlichen Vorschriften aufgehoben werden, die die zivilrechtliche Gültigkeit der Feuerversicherungsverträge von vorgängiger polizeilicher Genehmigung abhängig machen. Diesen Zweck verfolgen §§ 10, 14 HannovVO. vom 24. Januar 1828 nicht. Sie gelten daher noch. — Nötig ist hiernach die Aufnahme einer obrigkeitlichen Taxe, und zwar speziell für den zu schließenden Vertrag. Eine ältere Taxe darf nicht verwendet werden. **c**) KGJ. **40** 396, R. **11** 625 (KG.). Die HannovVO. vom 24. Januar 1828, wonach Gebäudefeuerversicherungen nur auf Grund einer vorgängigen amtlichen Taxe erfolgen sollen, ist durch das VVG. nicht aufgehoben. Denn das VVG. beschäftigt sich nur mit dem Versicherungsvertrag als solchem, nicht aber auch mit Ereignissen, die dem Abschlusse des Vertrags zeitlich voraufgehen. **d**) Über die wirtschaftliche Schädlichkeit der Bestimmungen von §§ 10 Abs. 2 und 14 HannovVO. vom 24. Januar 1828 und über die Bestrebungen, ihre Aufhebung herbeizuführen, vgl. ZVersWiss. **11** 550.

2. G. vom 8. Mai 1837. Über die Frage der Strafbarkeit der Überversicherung nach § 20 PrG. vom 8. Mai 1837 vgl. VVG. zu § 51.

II. Sachsen. SächsRpflA. **11** 15 (Dresden). Auslegung einer SächsOrtsfeuerordnung hinsichtlich der Frage der Befreiung der Vorstände von Behörden vom Feuerwehrdienste.

III. Hamburg. HansEStraff. **3** 23 (Hamburg). Nach dem HambFeuerkassenG. vom 20. Februar 1885 trifft die Anzeigepflicht bei Abbrüchen den Besitzer, nicht den Eigentümer.

IV. Wegen des Feuerwehrrechts s. auch vor §§ 81 ff. VVG.

§ 122. (Vgl. JDR. 8 1029, 5 1142.) Hilfskassen. 1. Wegen der neuen Fassung des § 122 Abs. 2 VAG. sowie der Aufhebung des HilfskassenG. vgl. RGes. betr. die Aufhebung des Hilfskassen G. vom 20. Dezember 1911, RGBl. **11** 985 ff. sowie die VO. über das Inkrafttreten dieses Ges. v. 13. 5. 12, RGBl. **12** 309.

2. Im übrigen s. wegen der Hilfskassen zu § 190 VVG.

§ 124. Vgl. JDR. **5** 1142.

§ 125. Vgl. JDR. 8 1031, **5** 1142.

Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag.

Vorbemerkung zum VVG. Nur ein größerer Kommentar hat im Berichtszeitraum (Anfang 1910 bis Anfang 1912) eine neue Auflage erlebt und nur ein kleinerer neuer ist erschienen. Dagegen hat die systematische Darstellung des Versicherungsrechts ganz bedeutende Fortschritte gemacht. Es nimmt in den großen Lehrbüchern nunmehr die ihm gebührende Stellung ein. Meist erscheint es in Lehrbüchern des Handelsrechts, so Cosack, Heilfron und Lehmann, welch letzterer übrigens in bemerkenswerter Weise die Seeversicherung mit in die Darstellung gegenüberstellend hineingearbeitet hat. Kohler hat einen bedeutenden Teil des 6. Bandes von Dernburgs bürgerlichen Rechte dem Versicherungsrechte gewidmet, das er auf Grund von Dernburgs nachgelassenen Notizen in hervorragender Weise darstellt. Zu erwähnen ist auch das Buch von Maier, eine Verbindung von Lehrbuch und Kommentar, das eine Brücke zu schlagen versucht von der wissenschaftlichen Behandlung zur praktischen Handhabung. Jedenfalls werden alle diese Darstellungen beitragen, die Kenntnis vom VVG. mehr und mehr auszubreiten. Und das ist sehr wesentlich. Denn noch findet man viele Juristen, die vom VVG. und vom VAG. oder wenigstens von ihrem Inhalt und ihrer Bedeutung keine bestimmte Vorstellung haben. In gleicher Weise sind hierzu, und zwar für die weitesten Kreise die Darstellungen von Manes und von Moldenhauer, je unter dem Titel „Versicherungswesen", geeignet.

In erfreulichster Weise haben sich die Zeitschriften der Pflege des Versicherungsrechts angenommen. Keine juristische (LeipzZ., GoldschmidtsZ., JheringsJ. usw.) öffnen ihm in weitem Umfange ihre Spalten und kleinere Abhandlungen versicherungsrechtlicher Natur fehlen in keiner. An Fachzeitschriften gibt es eine so große Menge, wie sie wohl keines der anderen besonderen Wirtschaftsgebiete aufzuweisen hat. Sie alle arbeiten zu ihrem Teile auch am Versicherungsrechte mit, das naturgemäß bei ihnen nur einen Teil ihres Raumes einnehmen kann. In glänzender Weise hat sich die wissenschaftliche Fachzeitschrift, die ZVersWiss., entwickelt. Ihr nahe kommen an Wissenschaftlichkeit die Mitteilungen des Verbandes der öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, die sich zu einer Spezialzeitschrift für Sachversicherung entwickelt haben. Es wäre zu wünschen, daß eine ähnliche Spezialzeitschrift für die Personenversicherung entstehen oder daß eine der bestehenden Zeitschriften sich in dieser Richtung entwickeln möchte.

Neben dem Gesetzesrechte hat sich die seiner neuen Gestaltung angepaßte Regelung der allgemeinen Versicherungsbedingungen der verschiedenen Verbände der Versicherungsgesellschaften entwickelt. Wir werden in Zukunft also in weitem Maße das Gesetzesrecht durch dieses Vertragsrecht ausgeschaltet sehen, das an Kraft dem Gesetzesrechte nahekommt, weil es fast vollständig monopolartig herrscht. Die Ausgestaltung dieser Versicherungsbedingungen hat viel Arbeit und Mühe beansprucht. Die zukünftige Darstellung des Versicherungsrechts muß unbedingt auch auf dieses Vertragsrecht eingehen. Eine sehr förderliche Darstellung hat bereits Hagen (s. zu § 1) in ausgezeichneter Weise gegeben.

Wie früher sind auch dieses Mal im Bericht Entscheidungen berücksichtigt, die unter altem Rechte oder unter alten Versicherungsbedingungen ergangen sind. Es ist daher immer zu prüfen, ob und inwieweit eine unmittelbare Verwertung dieser Entscheidung für das neue Gesetzes- und für das neue Vertragsrecht möglich ist. Daß jene Entscheidungen nicht wertlos sind, ist im JDR. 8 1031 in der Vorbemerkung zum 1. Bericht über das VVG. dargelegt.

Zum Schlusse sei auf die schöne Würdigung hingewiesen, die Kohler in begeisterter und berechtigter Weise der wirtschaftlichen Bedeutung und der rechtlichen Feinheit des Versicherungsrechts hat angedeihen lassen (s. zu § 1). Es ist zu hoffen, daß die Erkenntnis von der gewaltigen Größe des Versicherungswesens immer weiter dringt, das mit ungeheurem Kapitalaufwand und in vielgestaltiger, fein organisierter Weise fort und fort in neuer Art den großen Zweck zu erreichen sucht, durch genossenschaftliche Mithilfe heilend und fördernd dem Einzelnen günstigere wirtschaftliche Lebensbedingungen zu schaffen und zu erhalten.

Allgemeine Literatur: I. Ausgaben des VVG.: Fechner, VVG. 1910. — Hager-Bruck, VVG. 2. Aufl. Berlin 1910. — II. Gesamtdarstellungen des VVG. 1. Lehr- und Handbücher: Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts (7) 1910 (behandelt die Versicherungsgeschäfte 545 ff.). — Heilfron, Handelsrecht (Bürgerl. Recht. III. Teil); II, 549 ff. behandeln das Versicherungswesen. — Kohler, Versicherungsrecht in Dernburg, Bürgerliches Recht VI, 548 ff. — Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 1911, eingehend das Versicherungsrecht mit behandelnd. — Maier, Versicherungsvertragsrecht. Berlin 1911. — 2. Sonstige Gesamtdarstellungen: Ehrenzweig, Versicherungsrecht, Emminghaus, Versicherungswesen. Sonderabdrücke aus Bd. 8 des Handwörterbuchs der Staatswissenschaften. Jena 1911. — Manes, Grundzüge des Versicherungswesens (2). Leipzig 1911. — Moldenhauer, Versicherungswesen. 1. Allgemeine Versicherungslehre. Göschen 1911. — Wörner, Allgemeine Versicherungslehre (2). 1910. — III. Entscheidungssammlungen und Berichte: Gerhard, Praxis des Privatversicherungsrechts III. 1911. — Hacke, Die Rechtsprechung des RG., ROHG. und BOHG. auf dem Gebiete des Versicherungsrechts (ausschließl. Seevers.). Berlin 1910. — Weil, Die Rechtsprechung über das Recht des Versicherungsvertrags, ZVersWiss. 11 114 ff., 707 ff., 1053 ff. — IV. Abhandlungen allgemeiner Art: Biedermann, Der Einfluß während der Vertragsdauer eintretender Änderungen auf schwebende Versicherungsverträge, MittöffFeuerversAnst. 11 719 ff. — Meyer, Rechtliche Stellung des Versicherungsnehmers nach VVG. Diss., München 1910. — Sauer, Das deutsche Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag, ÖVersZ. 10 961 ff. — Schneider, Bemerkungen zum VVG., LeipzZ. 10 53 ff. — MittöffFeuerversAnst. 11 110 ff., Die Geltung des neuen Versicherungsvertragsrechts. — V. Sonstiges: Wörner, Lehrbeispiele zur Theorie und Praxis des Versicherungswesens. 1. Heft. Leipzig 1911. — Wertvolle Zusammenstellungen älterer Versicherungsliteratur finden sich in ZVersWes. 11 335 ff., 365 ff. u. 419 ff. — Gutachten, Denkschriften und Verhandlungen des VI. internationalen Kongresses für Versicherungswissenschaft. Wien 1909. — Kleeberg, Versicherungsarchive, ZVersWiss. 10 637. — Löwy, Versicherungsmathematik. 2. Aufl. Göschen 1910. — Manes, Zur neueren Entwickelung des Versicherungsunterrichts in Deutschland, AssekJahrb. 33 II. Teil, 46 ff. — VI. Zeitschriften, Periodika, Abkürzungen siehe vor § 1 ff. VAG. — VII. Im übrigen siehe die Literaturangaben zu den einzelnen Paragraphen.

Erster Abschnitt. Vorschriften für sämtliche Versicherungszweige.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

Vorbemerkung zu § 1—15 VVG: Die Fragen wegen des Begriffs der Versicherung sind immer noch ungelöst (Hupka, Krosta: zu § 1). Über den Beginn der Versicherung hat Weil (zu § 1) eingehende Ausführungen gebracht und Demelius hat erneut seinen Standpunkt hinsichtlich des Zeitpunkts des Vertragsabschlusses verteidigt. Der Versicherungsschein hat durch v. Örtzen eine ausführliche Bearbeitung erfahren. Die alten Streitfragen wegen der Obliegenheiten, von denen § 6 redet, insbesondere die Haftung für

Verschulden Dritter, sind besonders durch Brodmann in wissenschaftlicher tiefgründiger Weise untersucht (vgl. auch Josefs Arbeiten hierzu). Ebenso hat (vgl zu §§ 13 ff.) der Einfluß des Konkurses mehrfache dankenswerte Bearbeitung gefunden, vor allem durch die von der Leipziger Eisenhutstiftung preisgekrönte Arbeit Kirchbergers, die allerdings von der Lebensversicherung ganz absieht. Sie wird insoweit durch die groß angelegte, ausgezeichnete Leipziger Dissertation von Zeigner in schöner Weise ergänzt (die voraussichtlich in einer der großen wissenschaftlichen Zeitschriften zum Abdruck gelangen wird).

Die Frage der Rückwirkung von § 8 VVG. scheint nunmehr der endgültigen Klärung zugeführt zu sein.

Eine neue und interessante Note hat Wehberg insofern in das Versicherungsrecht gebracht, als er die bereits früher von anderer Seite behandelte Gestaltung des Einflusses des Krieges auf Verträge und insbesondere Versicherungsverträge im Hinblick auf die Haager Konferenzen eingehenden Untersuchungen unterzog. Überhaupt tritt der internationale Charakter des Versicherungsrechts gerade im gegenwärtigen Berichtszeitraume klar zutage (vgl. vor § 1 ff.). Deshalb erscheinen Hinweise auf die Entwickelung des ausländischen Rechtes geboten, wie denn auch vor § 1 ff. VAG. die wichtigsten Ergebnisse der Entwickelung des ausländischen Versicherungsaufsichtsrechts vermerkt worden sind.

Literatur zu §§ 1—15 VVG.: I. Geschichte der Versicherung: Blumhardt, Einfluß des kanonischen Wucherverbots auf die Entwickelung der Assekuranz, ZVersWiss. **11** 66 ff. — Kohler, Versicherungsvertrag und Rechtsphilosophie, ZVersWiss. **10** 631 ff. — Meltzing, Geschichte der versicherungswissenschaftlichen Organisation in Deutschland, ZVersWiss. **11** 47. — II. Versicherungsarten: Franz, Die Glasversicherung, MittöffFeuerversAnst. **11** 858 ff. — Funck, Versicherung gegen Einbruch, Diebstahl und Wasserleitungsschäden, MittöffFeuerversAnst. **10** 421 ff. — Germann, Die Streikversicherung in Deutschland und Frankreich. Diss. 1911. — Kleeberg, Neuerungen auf dem Gebiete der Wasserleitungsschädenversicherung, AssekJahrb. **32** II. 211 ff. — Derselbe, Zur Geschichte der Idee der Wasserleitungsschädenversicherung, AssekJahrb. **33** II. Teil, 162 ff. — Derselbe, Die Entstehungsgeschichte der Wasserleitungsschädenversicherung, AssekJahrb. **33** II. Teil, 139 ff. — Köhler, Streikschädenversicherung, ZVersWes. **11** 183 ff. — Manes, Kleinere Versicherungszweige. Sonderabdruck aus Bd. 3 des Handwörterbuchs der Staatswissenschaften. Jena 1911. — Meltzing, Geschichte und Theorie der Hochwasserschädenversicherung. Wien 1911. — Derselbe, Grundlagen der Streikversicherung, ZVersWiss. **10** 242. — Derselbe, Die Baulastversicherung, MittöffFeuerversAnst. **11** 854 ff. — Mertens, Die Selbstversicherung der Städte, MittöffFeuerversAnst. **11** 806 ff. — Moldenhauer, Streik- und Boykottversicherung. Mainz 1910. — Nietzschmann, Zum Problem einer Telegrammversicherung, ZVersWiss. **10** 99. — Schlegel, Über Vollwertversicherung, Bruchteilversicherung und Versicherung auf erstes Risiko in der Einbruchsdiebstahlsversicherung, ZVersWes. **11** 217 ff. — Obst, Versicherung auf Prozeßkostenvorschüsse, MittöffFeuerversAnst. **11** 605. — Schüttensack, Die Einbruchsdiebstahlversicherung und ihre Bearbeitung. Groß-Lichterfelde 1910. — Westergaard, Zur Frage der Arbeitslosenversicherung, Assek. Jahrb. **32** III, 274 ff. — Wegen Betriebsverlust- und Mietverlustversicherung s. zu § 63 und 89. — III. Ausländische Rechte: Guyer, Kommentar zum schweizer. VVG. 1910. — Roelli, Kommentar zum schweizer. VVG. Bern 1911. — Ehrenzweig, Die Judikatur des k. k. obersten Gerichtshofs in Privatversicherungssachen seit der Prozeßreform, AssekJahrb. **33** 72 ff. (Jahre 1908 bis 1911 betreffend). — Roth, Das Versicherungsrecht in Ungarn, MittöffFeuerversAnst. **11** 724 ff. — Inhulsen, Briefe über englisches Versicherungsrecht, MittöffFeuerversAnst. **11** 376 ff., 566 ff. — IV. Kriegsrecht: Kohler, England und die Haager Landkriegsordnung, ZVölkR. und BundesstaatsR. **11** 384 ff. — Wehberg, Eine wichtige Entscheidung für deutsch-englische Versicherungsverträge, LeipzZ. **11** 602. — Derselbe, Der Einfluß des Krieges auf Versicherungsverträge, ZVersWiss. **10** 497 ff. — Derselbe, Die Bedeutung der neueren Völkerrechtskonferenzen für das Versicherungswesen, AssekJahrb. **32** II, 56 ff. — Derselbe, Die Weltwirtschaft, die Grundlagen der Friedensbewegung und das Versicherungswesen, AssekJahrb. **33** II. Teil, 11 ff. — Derselbe, Die Frage der Staatsversicherung und der türkische Boykott österreichisch-ungarischer Waren, MasiusVersRdsch. **22** 269 ff. — Derselbe, Die Notwendigkeit der

Schaffung eines internationalen Gerichtshofs für Ansprüche der Versicherungsgesellschaften, MasVersRdsch. **22** 341 ff., **23** 154 ff. — Derselbe, Geheimrat Kohler über deutsch-englische Versicherungsverträge im Kriegsfalle, MasVersRdsch. **23** 335. — Derselbe, Die Bedeutung des internationalen Prisenhofs für die Versicherungsgesellschaften, VersAnn. **11** 209 ff. — Derselbe, Die Gültigkeit von Versicherungsverträgen im Kriegsfalle und die neuere Völkerrechtsliteratur, VersAnn. **11** 305. — Derselbe, Die Forderungen russischer Versicherungsgesellschaften gegen die Türken, VersAnn. **11** 417 ff. — Derselbe, Die Vertretung des Rechtes von Versicherungsgesellschaften vor dem Haager Schiedsgerichtshofe, WallmVersZ. **45** 1497. — Wehberg, Die Gültigkeit von Versicherungsverträgen zwischen Angehörigen kriegführender Länder, ZVersWesen **11** 449 ff. — Derselbe, Die Versicherung gegen Minengefahr und der italienisch-türkische Krieg, FinuAssekRev. **11** 189. — Derselbe, Die Grundgedanken in der internationalen Prisengerichtsbarkeit, ZVersWes. **11** 407 ff. — Derselbe, Das Völkerrecht und das italienische Staatsversicherungsmonopol, ÖstZVersWiss. **11** 267 ff. — Derselbe, Der Haager ständige Schiedshof und die Versicherungsgesellschaften, ZVersWes. **11** 602. — Der Briefwechsel zwischen Professor Oppenheim und dem englischen Unterstaatssekretär über deutsch-englische Versicherungsverträge im Kriege, VersAnn. **11** 901 ff., 916 ff. — V. Sonstiges: Hagen, Die neuen Versicherungsbedingungen, ZVersWiss. **10** 202 ff., 461 ff., 685 ff. — Ehrenfried, Stempelsteuerbestimmungen und Tarife für Versicherungsverträge. 2. Aufl. 1910.

Vor §§ 1 ff. I. Geschichtliche Entwickelung der Versicherung. 1. Kohler, Versicherungsvertrag und Rechtsphilosophie, ZVersWiss. **10** 631 ff. Der Versicherungsvertrag ist rechtsphilosophisch eine Schöpfung des Heils und der Versöhnung, bedeutsam dadurch, daß die uns tyrannisierende Natur überwunden wird und daß die Rechtsordnung dem logischen menschlichen Handeln die Palme reicht. Daß das moderne Leben dieses Institut neu geschaffen hat, ist eine ungeheure Errungenschaft unserer Zeit. Und dieses ganze Rechtsgebiet ist um so mehr der eifrigsten Forschung und der juristischen Ausbildung würdig, als einerseits das Recht des Altertums und des Mittelalters uns im Stiche läßt, andererseits Volk für Volk der Gegenwart danach strebt, die Schwierigkeiten des Instituts zu überwinden. Das Studium des Versicherungswesens muß daher rechtsvergleichend sein unter möglichst ausreichender Heranziehung der in- und ausländischen Rechtsprechung.

2. Blumhardt, Einfluß des kanon. Wucherverbots auf die Entwickelung der Assekuranz, ZVersWiss. **11** 66. Das kanonische Recht mußte, dem Grundsatze des Wucherverbots entsprechend, auch den Assekurenzgeschäften feindlich gegenüberstehen. Denn auch sie beruhen auf der Nutzung von Kapital, die durch das Verbot getroffen werden sollte. Dem Machtgebote des Wirtschaftslebens nachgebend, rückte jedoch die Kirche Schritt für Schritt von dem Standpunkte der Unfruchtbarkeit des Kapitals ab. Das Gesetz selbst konnte sie seinem Wortlaute nach nicht widerrufen; sie zog sich in die Verteidigungsstellung gedrängt, immer mehr gerade auf diesen Wortlaut zurück und gab von dem Geist des Gesetzes ein Stück um das andere preis. Den Weg fand sie in den Begriffen über die Gefahr, das Interesse und damit zusammenhängend, des Schadens, also den Grundpfeilern des Versicherungsvertrags. Es war schlechterdings kein Geldgeschäft, wenn es rentabel sein sollte, mehr möglich, ohne daß über eines dieser Erfordernisse oder über alle paktiert wurde. Insofern enthielt jedes derartige Geschäft ein Assekurranzmoment. Handel und Verkehr waren völlig durchtränkt von solchen versicherungsähnlichen Geschäften. Was zur Entstehung des Versicherungswesens fehlte, war nur noch die Form, welche der Versicherungsidee fehlte, um als Gewerbe sich entfalten zu können, nämlich die Assoziation des Großkapitals. Diese war allerdings unter der Herrschaft des Wucherverbots unmöglich, da sie mit dessen Wortlaut in krassestem Widerspruche stand. Aber indem die Kirche zur Umgehung des Wucherverbots die Form der societas zwischen Arbeit und Kapital frei gab und die Geldgeschäfte in diese Form hineinzwängte, arbeitete sie der Assoziation von Kapital und Arbeit in die Hände, so daß alsbald nachdem das

Verbot gefallen war, mit Notwendigkeit gerade diese Assoziationsform sich entfalten mußte. Indirekt war also auch dieser Entwickelung und damit der Lebensbedingung des heutigen Versicherungswesens durch das Verbot Vorschub geleistet.

II. Versicherungsarten (vgl. JDR. 8 1010, 5 1087). 1. Über eine neue Versicherungsart, die das Sparsystem mit dem Versicherungswesen verbindet, vgl. VAPV. 10 104; wegen der Betriebs- und Mietverlustversicherung s. VAPV. 10 118 ff.; über Kollektiv-Garantieversicherung (Schutz gegen Verluste aus Veruntreuungen der Angestellten von Behörden, Kassenverwaltungen usw.) s. VAPV. 10 122.

2. Über Courtageverlustversicherung der Makler s. VAPV. 11 10 u. 105; über Kreditversicherung s. VAPV. 11 106; Auskunftshaftpflichtversicherung s. VAPV. 11 107; Mietverlustversicherung s. VAPV. 11 108; über Betriebsverlustversicherung s. zu § 89.

3. Über „neue Versicherungszweige" vgl. die fortlaufenden kritischen Berichte in ZVersWiss. 11 159 ff., 369 ff., 566 ff., 745 ff., 901 ff., 1100 ff.

4. a) Merten, Die Selbstversicherung der Städte, MittöffFeuerversAnst. 11 800 ff. Selbstversicherung gegen Brandschäden ist nicht ratsam, weder Einzelselbstversicherung noch Selbstversicherungsverband. — Zweckmäßig wäre dagegen ein Haftpflichtselbstversicherungsverband. Das gleiche gilt für Unfall. b) Wegen der Selbstversicherung und besonders wegen der Selbstversicherung gegen Brandschaden s. im übrigen vor §§ 81 ff.

5. Melzing, Die Baulastversicherung, MittöffFeuerversAnst. 11 854 ff. Die Baulastversicherung bezweckt den Ersatz von bestimmten Natural- und Geldleistungen, die aufgewendet werden müssen, um durch Elementarereignisse bestimmter Art beschädigte oder zerstörte Gebäude wiederherzustellen. In Betracht kommen diejenigen Personenkreise, denen eine Haftung hinsichtlich der Instandhaltung oder Wiederherstellung von Baulichkeiten obliegt, insbesondere Pächter. Verf. bespricht im einzelnen die Einrichtung dieser Versicherung und ihre Bedeutung.

6. Über besondere Ausgestaltungen bei den einzelnen der im VVG. besonders behandelten Versicherungszweige s. auch die Vorbemerkungen in den betreffenden Abschnitten.

III. Statutenkollision (vgl. JDR. 8 1041). 1. Nationale Rechte. a) VersAnn. 11 977 ff. (Schutzgebiete und Versicherungsgesetze). VAG. und VVG. gelten in den deutschen Schutzgebieten. Doch würde eine Anpassung derselben an die kolonialen Verhältnisse durch Gesetzesnovelle zweckmäßig sein. b) Wegen der Anwendbarkeit des VVG. und des BGB. auf Versicherungsverhältnisse bei öffentlichen Versicherungsanstalten s. zu § 192. c) Wegen der einzelstaatlichen Gesetzgebung zum Versicherungswesen s. zu § 192 VVG. und § 120 VAG. (Monopole).

2. Internationales Recht. a) LeipzZ. 11 796 (Frankfurt a. M.). Bei einem Versicherungsvertrag ist das Recht desjenigen Ortes zur Anwendung zu bringen, wo sich die versicherten Gegenstände befinden, wo eben die Versicherung ihre Wirksamkeit üben soll, zumal wenn an diesem Orte der Versicherte seinen Wohnsitz hat, für ihn dieser Ort auch Erfüllungsort für seine Verpflichtungen aus dem Versicherungsvertrag ist und dort der Vertrag vermittelt und abgeschlossen worden ist. b) **RG.** JW. 10 143, SächsRpflA. 10 213, WarnE. 10 104 behandelt die Frage, welches örtliche Recht für Beurteilung von Bestimmungen des Lebensversicherungsvertrags maßgebend ist (Zurückverweisung zwecks Nachprüfung in dieser Richtung). c) VersAnn. 42 37 bejaht die Frage der Anwendbarkeit holländischen Rechtes bei deutschen Versicherungsstreitigkeiten insoweit als das holländische Recht zur Aus-

legung holländischer Börsenkonditionen heranzuziehen ist, auf die manche Transportversicherungsverträge verweisen. **d**) Betreffs der Regelung der Frage des Erfüllungsorts bei Versicherungsverträgen vgl. VAPV. **11** 98 (Zulässigkeit der Bestimmung, daß der Wohnsitz des Versicherten Erfüllungsort für die Leistungen des Versicherers sein solle). **e**) Wegen des ausländischen Versicherungsaufsichtsrechts s. vor §§ 1 ff. VAG.

IV. Kriegsrecht. 1. VersAnn. **11** 901 ff., 917 ff. geben ein mit eingehenden Literaturangaben versehenes Schreiben wieder das Professor Oppenheim-Cambridge wegen der Auslegung von Art. 23 h der Anlage zum Haager Landkriegsabkommen an den englischen Unterstaatssekretär gerichtet hat, sowie die Antwort des englischen auswärtigen Amtes. Dieses stellt sich auf den Standpunkt, daß das englische Recht durch jenen Artikel nicht geändert ist, daß er vielmehr sich nur auf Anordnungen militärischer Befehlshaber bezieht, denen verboten sein soll, zwecks Belästigung der Bevölkerung ihr durch Proklamationen die Gelegenheiten zu nehmen, die für sie bestehen, um bei Privatansprüchen zu ihrem Rechte zu gelangen.

2. Kohler, England und die Haager Landkriegsordnung, ZVölkRuBund. StaatsR. **11** 384 ff. Die Ansicht der englischen Regierung über Art. 23 h des Haager Abkommen über die Gebräuche im Landkriege ist unrichtig. Jene Bestimmung soll und will in klarer Weise die gesetzliche Nichtigkeit oder Klaglosigkeit von Verträgen im Kriegsfalle beseitigen.

3. Wehberg, Geheimrat Kohler über deutsch-englische Versicherungsverträge im Kriegsfalle, MasVersRdsch. **23** 335. Unstichhaltig sind die Argumente Kohlers (ZVölkRuBundStaatsR.) gegen die Auffassung der englischen Regierung, daß Art. 23 h des „Abkommens betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs" den englischen Rechtszustand über die Einwirkung des Krieges auf Versicherungsverträge nicht berühre.

4. Wehberg, Der Einfluß des Krieges auf Versicherungsverträge, ZVersWiss. **10** 497 ff. Verf. bespricht die internationale Rechtsgestaltung hinsichtlich des Einflusses des Krieges auf die Versicherungsverträge, sowohl die gesetzliche wie die mögliche vertragliche Regelung der sich ergebenden Rechtsfragen, einerseits für den Fall, daß die Versicherungsverträge zwischen Angehörigen desselben Staates geschlossen sind, wie auch für den Fall, daß Angehörige verschiedener Staaten, insbesondere Angehörige der kriegführenden Staaten in Betracht kommen, und zwar für die verschiedenen Versicherungsgebiete, besonders für die Seeversicherung. Für die Verträge der Angehörigen der kriegführenden Staaten hat die 2. Haager Friedenskonferenz von 1907 große Bedeutung. Dort ist der deutsche Antrag angenommen, wonach: „untersagt ist die Aufhebung oder zeitweilige Außerkraftsetzung der Rechte und Forderungen von Angehörigen der Gegenpartei oder die Ausschließung ihrer Klagbarkeit". Der Antrag richtete sich offen gegen England. Englische und amerikanische Schriftsteller versuchen aber jetzt, jenen Art. 23 h der Anlage zum „Abkommen über die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs" dahin auszulegen, daß er lediglich besagen wolle, feindliche Befehlshaber dürften nicht anordnen, daß Verträge ungültig oder klaglos sein sollten, daß er aber nicht Gesetze aufheben wolle, die für den Fall des Krieges die Ungültigkeit oder Klaglosigkeit von Verträgen bestimmen. Diese einschränkende Auslegung ist falsch. Immerhin besteht Gefahr, daß England sie sich zu eigen macht. Zweckmäßig dürfte eine Regelung dahin sein: Jeder Krieg, ob Land- oder Seekrieg, übt auf Versicherungsverträge zwischen feindlichen Ausländern keinen Einfluß aus. Nur sind Seeversicherungsverträge über feindliches oder über neutrales Eigentum, das den Feind unterstützen sollte, für die Zeit des Krieges in dem feindlichen Lande, dem die Versicherungsgesellschaft angehört, nicht klagbar. — Im übrigen betont Verf., daß es vorteilhaft sei, von der Kriegsgefahr und der Kriegsklausel die Aufruhrgefahr und die Aufruhrklausel zu trennen.

5. Wehberg, Eine wichtige Entscheidung für deutsch-englische Versicherungsverträge, LeipzZ. 11 602. Wehberg ändert seine frühere Meinung (s. ob. unter 4) und führt aus: Deutschland hat erreicht, daß auf der 2. Haager Konferenz in der „Anlage zum Haager Landkriegsabkommen" ein Art. 23 h eingefügt wurde. Hiernach ergab sich, daß Feuer- und Lebensversicherungsverträge Deutscher bei englischen Gesellschaften auch im Falle eines deutsch-englischen Krieges gültig bleiben würden, nicht aber Seeversicherungen. England, dessen Landesrecht zum Teil mit diesem Ergebnis in Widerspruch steht, hat das Abkommen ratifiziert. Es erklärt aber jetzt, daß jener Artikel nicht eine allgemeine, dem Landesrechte widerstreitende Bedeutung hat haben solle. Es ist glaubhaft, daß England nicht gewußt hat, was Deutschland mit jenem Artikel beabsichtigt hat. Hat England aber diese weitergehende Absicht Deutschlands und anderer Vertragsmächte nicht gekannt, sondern den Artikel nur auf Maßnahmen der Führer auf dem Kriegsschauplatze bezogen, so kann man den Artikel nicht in weiterem Maße auslegen, als England es tut. Daher sind nunmehr nach wie vor die Versicherungsverträge Deutscher mit Engländern, Amerikanern usw. im Kriegsfalle der Nichtigkeit oder Klaglosigkeit unterworfen, soweit das betreffende Landesrecht dies bestimmt.

6. Wehberg: Die Gültigkeit von Versicherungsverträgen zwischen Angehörigen kriegführender Länder, ZVersWes. 11 449 ff. England und Nordamerika haben den Art. 23 h der Anlage zum Haager Abkommen über die Gebräuche des Landkriegs anders aufgefaßt als die andern Mächte. Es fehlt also England und Amerika gegenüber an Willensübereinstimmung über Art. 23 h. Deshalb ist insoweit ein gültiges Abkommen nicht geschlossen. Dagegen sind die anderen Beteiligten an ihre Meinung gebunden, daß Art. 23 h mit Wirkung auf den einzelstaatlichen Rechtszustand die Gültigkeit von Versicherungsverträgen von Angehörigen kriegführender Mächte feststellen sollte. Die französische Regierung hat anscheinend eine von der englischen abweichende Ansicht. Eine Verständigung der Vertragsmächte auf der nächsten internationalen Konferenz ist sehr geboten, ebenso die Ausdehnung von § 23 h auf den Seekrieg.

7. Über die Bedeutung von Art. 23 h des Landkriegsabkommens vgl. auch Oppenheim, Die Zukunft des Völkerrechts, in der Festgabe für Binding 32 ff.

8. Wehberg, Die Bedeutung der neueren Völkerrechtskonferenzen für das Versicherungswesen, AssekJahrb. 32 II, 56 ff. Aus dem reichen Inhalt ist folgendes hervorzuheben: Die neuere Entwickelung des Völkerrechts ist für das Versicherungswesen von großer Bedeutung, soweit sie den Krieg regelt. Die Versicherung von Kriegsschäden ist einer der schwierigsten Zweige des ganzen Versicherungswesens. Die Beitreibung von Forderungen der Staatsangehörigen, also auch ihrer Versicherungsansprüche, kann nach dem „Abkommen betreffend die Beschränkung der Gewalt bei der Eintreibung von Vertragsschulden" nur dann Anlaß zu einem Kriege gegen den Schuldnerstaat werden, wenn nicht zuvor schiedsrichterliche Austragung versucht ist. Die Frage, ob der Gläubiger hierdurch ein direktes Klagerecht gegen den Schuldnerstaat beim ständigen internationalen Schiedshofe erlangt hat, ist aber zu verneinen. Für die Auszahlung der Lebensversicherungsumme kann es von Bedeutung werden, daß nach dem „Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs" die Testamente der Kriegsgefangenen gleich denen der Militärpersonen behandelt werden sollen. Von Wichtigkeit für Reise- und Unfallversicherungen sind die Bestimmungen über die Behandlung der feindlichen und der neutralen Eisenbahnen. Infolge von Art. 23 h der Anlage zum „Abkommen über die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs" sind künftig nur solche Versicherungsverträge der Unwirksamkeit unterworfen, die sich auf das dem sog. Prisenrecht unterliegende Privateigentum beziehen. Anders aber steht es bei den anderen Versicherungs-

zweigen, namentlich der Lebens-, Feuer- und Binnentransportversicherung. Es kann nach jener Bestimmung nicht der geringste Zweifel sein, daß solche Verträge, seien sie nun vor dem Kriege oder während des Krieges geschlossen, auch während des Krieges eingeklagt werden können, selbst wenn der Versicherungsfall im Laufe des Krieges eintritt und sogar unmittelbar durch den Krieg hervorgerufen wurde. Jene Bestimmung führt insbesondere im englischen Rechte große Änderungen herbei, wonach bisher Verträge, insbesondere Versicherungsverträge mit einem feindlichen Ausländer nichtig bzw. klaglos waren. (Vergleiche oben zu 5.) Interessant und wichtig ist auch die Stellung derjenigen Versicherungsgesellschaften, die dem feindlichen Staate angehören, von dem eine Verletzung der Gesetze und Gebräuche und eine dadurch herbeigeführte Schädigung ausging. Sie sind dem guten Willen ihres Heimatsstaats ausgeliefert. Daher wird zweckmäßig der verletzte feindliche Versicherte sich zunächst direkt an den Heimatsstaat der Versicherungsgesellschaft wegen Ersatzes wenden. Denn er kann den diplomatischen Schutz seines Staates erwarten. Für die sog. Minenversicherung kommt das „Abkommen über die Legung von unterseeischen selbsttätigen Kontaktminen" in Betracht. Gescheitert ist u. a. allerdings der Plan einer internationalen staatlichen Seekriegsversicherung.

9. Wehberg, Die Weltwirtschaft, die Grundlagen der Friedensbewegung und das Versicherungswesen, AssekJahrb. **33** II. Teil 11 ff., behandelt die internationale Organisation, den revolutionären und den Reformpazifismus, die Schiedsgerichtsbarkeit, die Haager Friedenskonferenzen sowie das Interesse des Versicherungswesens am Internationalismus.

10. Vgl. auch zu § 84 VVG.

V. Versicherungsbedingungen. 1. Hagen, Die neuen Versicherungsbedingungen, ZVersWiss. **10** 202 ff., 461 ff., 685 ff. H. gibt eine äußerst wertvolle, weit ins einzelne gehende Besprechung der nach Erlaß des VVG. ausgearbeiteten neuen Versicherungsbedingungen, die zunächst im allgemeinen nach ihrer nützlichen und schädlichen Seite gewürdigt und die dann im besonderen behandelt werden, und zwar Lebensversicherung (208 ff.), Feuerversicherung (222), Haftpflichtversicherung (461 ff.), Unfallversicherung (685 ff.), Einbruchs-, Diebstahlversicherung (704 ff.). Eine Wiedergabe der Fülle der in der Abhandlung besprochenen Fragen ist ausgeschlossen. Es muß der Hinweis genügen, daß die Abhandlung einen unentbehrlichen Kommentar zu den neuen Bedingungen darstellt und daß bei Zweifelsfragen hinsichtlich der einzelnen Bestimmungen der Bedingungen die Benutzung der sehr dankenswerten Ausführungen H.s unbedingt ratsam erscheint.

2. Wegen des Verhältnisses der neuen Bedingungen zu den einzelnen Bestimmungen des VVG. vgl. VAPV. **10** 84 ff., 109 ff., 115 ff.

3. VAPV. **10** 78 ff. zählt die genehmigten neuen Normativ- und Verbandsbedingungen, Mustersatzungen und Musterbedingungen auf, sowie die Schwierigkeiten, die mit ihrer Festlegung verbunden waren.

4. Vgl. auch zu § 9 VAG.

VI. Prozeßrecht. 1. Streitwert. a) BayRpflZ. **10** 433, R. **10** Nr. 3966 (München). Enthält die Police eine Abmachung dahin, daß deren Annahme auf zwei Jahre zur Prämienzahlung verpflichtet, so sind diese zwei Jahresprämien der Streitwert einer Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der Versicherung. Daneben eingeklagte Prämienrückstände bleiben außer Betracht. **b**) Wegen des Streitwerts einer Klage auf Feststellung der Unfallentschädigungspflicht s. vor §§ 179 ff. **c**) Über den Streitwert bei Klagen auf Herausgabe der Police s. zu § 3.

2. Schriftsatzabschriften. SeuffBl. **11** 677, R. **11** Nr. 3504 (Bamberg). Die einer Versicherungsgesellschaft gelieferten Abschriften von Schriftsätzen sind mindestens insoweit erstattbar, als dadurch der Prozeß gefördert wurde und die Kosten des Verkehrs des Anwalts mit der Partei und die Reisekosten sich verringerten.

VII. Stempel- und Steuerrecht s. VAG. vor §§ 1 ff.

§ 1. (Vgl. JDR. 8 1034.) Literatur: Demelius, Der Begriff des Versicherungsantrags und der Zeitpunkt der Perfektion des Versicherungsvertrags, AssekJahrb. **33** 133 ff. — Damm, Die Aushändigung eines Versicherungsscheins und der allgemeinen Versicherungsbedingungen durch die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten nach dem neuen Versicherungsvertragsrechte, JahrböffFeuerversAnst. **11** 349 ff. — Eudert, Die Ansprüche des Versicherers, abgesehen von dem Anspruch auf Prämie. Diss., Gött. 1908. — Hupka, Der Begriff des Versicherungsvertrags, GoldschmidtsZ. **66** 546 ff. — Josef, Unrichtige Übermittelung eines Vertragsantrags, namentlich im Versicherungsrechte, IheringsJ. **59** 360 (s. zu § 44). — Derselbe, Versicherungsverträge nicht konzessionierter Versicherungsunternehmungen, GoldschmidtsZ. **66** 101 ff. (s. VAG. § 4). — Derselbe, Unrichtigkeit des Versicherungsantrags und arglistige Täuschung durch den Agenten, GoldschmidtsZ. **67** 166 ff. (s. zu § 43 Ziff. 1). — Kirschbaum, Sind Schäden an der Dampfheizung in der Gebäudeversicherung gegen Brandschaden eingeschlossen? LeipzZ. **10** 286 ff. — Kohler, Versicherungsvertrag und Rechtsphilosophie, ZVersWiss. **10** 631 ff. (s. vor § 1 ff.). — Krosta, Zu den Möglichkeiten der wirtschaftlichen Entwickelungsformen des privaten Versicherungswesens in Deutschland, ZVersWiss. **10** 643. (Hierzu Kritische Bemerkungen von Wertheimer, ZVersWiss. **11** 109 ff.). — Derselbe, Über den Begriff der Versicherung und zu den Möglichkeiten der wirtschaftlichen Entwickelungsformen des privaten Versicherungswesens in Deutschland. Berlin 1911. — Derselbe, Über den Begriff der Versicherung. Diss., Bonn 1910. — Schneider, Der sog. gute Glaube im Versicherungsvertragsrechte, ZVersWiss. **11** 125 ff. — Worms, Über die vertraglichen und rechtlichen Voraussetzungen der Haftung des Einbruchsdiebstahlversicherers, ZVersWiss. **11** 953 ff. — Wegen der Versicherungsarten s. Literatur vor §§ 1 ff.

I. Begriff des Versicherungsvertrags (vgl. JDR. 8 1034). 1. a) *Hupka, Begriff des Versicherungsvertrags, GoldschmidtsZ. **66** 546 ff. Begriffs- und Gültigkeitserfordernis aller Versicherungsverträge ist die Absicht des Versicherungsnehmers, sich oder einem Dritten die Deckung eines besonderen oder allgemeinen Zukunftsbedarfes zu sichern. Durch den Sicherungszweck unterscheiden sich die echten Versicherungen, insbesondere auch die Lebensversicherungen, von den Wettversicherungen, durch die aleatorische Ungewißheit des Verhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung von bloßen Sparverträgen („Sparversicherungen"). Der Grundunterschied zwischen den Lebensversicherungen und den anderen Versicherungsarten liegt in der Verschiedenheit der Richtung des Sicherungszwecks und seiner Beziehung zum Vertragsinhalte. Die Schadensversicherungen und die ihnen verwandten Personenversicherungen (Unfall-, Kranken-, Diäten-, Begräbnisversicherungen u. dgl.) bezwecken die Deckung eines durch den Versicherungsfall hervorgerufenen Bedarfes (Schadens oder Mangels), und dieser kasuell gebundene Sicherungszweck ist dem Vertragsinhalt einverleibt. Daher hier die Abhängigkeit des Rechtsbestandes der Versicherung von dem Interesse des Versicherten an dem Ausbleiben des Versicherungsfalls und die Abhängigkeit der Leistungspflicht des Versicherers von dem Eintritt und Umfange des vorgesehenen Bedarfes. Die Lebensversicherungen dagegen bezwecken die Deckung des Zukunftsbedarfes einer Person ohne Rücksicht auf die wirtschaftlichen Folgen des Versicherungsfalls; und selbst wenn sie im Hinblick auf einen bestimmten Bedarfsfall (z. B. die Zahlungsunfähigkeit des versicherten Schuldners) genommen sind, bleibt der Sicherungszweck außerhalb des Vertragsinhalts als bloßes — allerdings aber wesentliches — Motiv des einen Vertragsteils. Daher hier die Unerheblichkeit des negativen Interesses am Versicherungsfalle für die Gültigkeit und den Fortbestand der Versicherung und die Unabhängigkeit der Versicherungsleistung von dem wirklich eintretenden Bedarfe. — Über das Sicherungsmotiv aaO. 561—577, über Gefahr (Unsicherheit)

und Interesse (Sicherheitsbedürfnis) aaO. 577—581, über das Risiko aaO. 581—588. — Voraussetzung für die Anwendbarkeit des VVG. ist planmäßiger Großbetrieb des Versicherungsgeschäfts. **b**) Vgl. wegen des Begriffs des Versicherungsvertrags auch VVG. vor §§ 1 ff. unter I.

2. *Krosta, Über den Begriff Versicherung und zu den Möglichkeiten der wirtschaftlichen Entwickelungsformen des privaten Versicherungswesens in Deutschland (Berlin 1911, Puttkammer u. Mühlbrecht). Der Verf. bringt eine umfangreiche Zusammenstellung von Definitionen zu dem Begriffe Versicherung und eine weniger vollständige zu dem Versicherungsvertrage. Er klassifiziert sie in Schaden-, Bedürfnis- (Bedarfs-), Leistungs- und Glücksspieltheorie. Die Verschiedenheit der Anschauungen erklärt er aus dem subjektiven Standpunkt; alle Autoren gingen von dem Standpunkte des Subjekts (Versicherer oder Versicherungsnehmer) aus; auch wo der Versicherungsnehmer allein als Subjekt erschiene, ergäbe sich aus den verschiedenen Absichten und Anschauungen, die dieser hege, unwillkürlich eine Verschiedenheit in den Definitionen. Im speziellen kritisiert er die Schadentheorie als zu eng, weil sie die Lebensversicherung nicht völlig einschließe, die Bedürfnistheorie als zu weit, weil sie auch auf andere wirtschaftliche Gebilde als die Versicherung passe, die Leistungstheorie als zu farblos und die Glücksspieltheorie als dem Wesen der Versicherung widersprechend. Demgegen überstellt sich Verf. auf den Standpunkt des Objekts und definiert den Begriff Versicherung als die Vereinigung von gleichartig gefährdeten Objekten zwecks Ausgleichs ihres Gefahrengrads (Versicherung ist die Vereinigung von Risiken zwecks Ausgleichs). Ein Vertrag, der auf dieser Basis zwischen einer Partei, die als Versicherer (Versicherungsgeber) und einer anderen Partei, die als Versicherungsnehmer zu bezeichnen ist, zustande kommt, ist nach Kr. ein Versicherungsvertrag. Verf. bezeichnet seine Auffassung als objektive Gefahrentheorie. Nach dieser Theorie erscheint auch Selbstversicherung als Versicherung, wenn nämlich genügend Objekte vereinigt werden, um einen Ausgleich herbeizuführen. Vgl. auch Krosta, „Der Begriff Versicherung und der Versicherungsvertrag" in Handelsrevue und Allgemeine Versicherungschronik (München) Nr. 31 vom 3. August 1910, wo Kr. erklärt, daß eine Versicherungsvertragsdefinition unmöglich sei, bevor eine Definition des Begriffs Versicherung stattgefunden habe. Vgl. ferner Krosta, „Über den Subjektivismus in der Bestimmung des Begriffs Versicherung" in Österreichische Revue (Wien) Nr. 42 vom 17. Oktober 1910.

3. VAPV. **10** 125. Keine Versicherungs-, sondern Honorar- bzw. Abonnementsverträge liegen vor, wenn ein Verein in Krankheitsfällen gegen feste Beiträge seinen Mitgliedern einen Arzt stellt, der jene Beiträge erhält, oder wenn ein Verein gegen feste Beiträge seinen Mitgliedern durch einen Zahnarzt die Zähne im Stande halten und pflegen läßt.

II. Vertragsabschluß (vgl. IDR. **8** 1035). 1. Im allgemeinen. a) Demelius, Der Begriff des Versicherungsvertrags und der Zeitpunkt der Perfektion des Versicherungsantrags, AssekJahrb. **33** 133 ff. Die Verfasser des VVG. sind davon ausgegangen, daß der Vertrag mit der Erklärung des Versicherers zustande komme, daß er den Antrag annehme, und daß ein Antrag nur vom Versicherungsnehmer ausgehen könne. Diese Ansicht kann zu sehr großen Unbilligkeiten führen. Man muß im Versicherungsrechte die Begriffe „Antrag" und „Annahme" genau prüfen und die tatsächlichen Verhältnisse eingehend würdigen. Diese Würdigung ergibt, daß der sog. „Antrag" (Deklaration) kein Antrag und seine Annahme seitens der Gesellschaft keine Annahme im Sinne von §§ 145 ff. BGB. darstellt. Vielmehr ist jener „Antrag" nur eine vom Versicherungslustigen ausgestellte Erklärung, in welcher er seine durch das vorangegangene pactum de assecurando begründeten Pflichten anerkennt und in welcher er gleichzeitig seine, gleichfalls durch jenes pactum begründeten Anzeigepflicht nachkommt. — Diese Ansicht wird von Schneider

gebilligt, der aber das Vorliegen eines echten Versicherungsvorantrags leugnet. Dagegen nimmt Hagen an, daß die Deklaration echter Antrag ist, und Josef tritt dem mit der Abweichung bei, daß er die in der Deklaration enthaltene Gebundenheit nicht aus ihrer Natur als Antrag im Sinne des BGB., sondern aus einem neben der Deklaration herlaufenden besonderen Vertrag erklärt. Demgegenüber sagt Demelius: Die Deklaration ist nicht Antrag; die darin anerkannten Pflichten erklären sich aus einem Vorvertrage, der für den Versicherungsnehmer eine Pflicht zum Abschlusse des Versicherungsvertrags begründet, und zwar unter der suspensiven Bedingung, daß seine Aufnahme vom Versicherer gebilligt wird und innerhalb bestimmter Frist. — Die Verschiedenheiten der Antrags- und der Vertragstheorie zeigen sich bei Prüfung der Frage, wann der Versicherungsvertrag zustande kommt. Diese Perfektion liegt nach der Vertragstheorie in dem Zeitpunkte vor, wo der Versicherungsnehmer sein Einverständnis mit der Police erklärt hat. Denn erst diese bringt alle Einzelheiten, insbesondere die Prämienhöhe usw., die für einen wirklichen Antrag im Sinne von §§ 145 ff. BGB. erforderlich sind. Es liegt also ein Antrag des Versicherers vor. Der Versicherungsnehmer kann ihn ausdrücklich oder stillschweigend, z. B. durch Zahlung der Prämie, annehmen. — Die Antragstheorie muß dazu gelangen, das Zustandekommen des Vertrags gemäß § 154 BGB. auf eben jenen späteren Zeitpunkt zu verlegen. — Wichtig ist der Unterschied beider Theorien für die Frage des Widerrufs des Antrags. Ein solcher Widerruf ist nach der Antragstheorie nicht mehr zulässig, sobald der Agent den „Antrag" entgegengenommen hat (vgl. §§ 130, 145 BGB., § 43 Ziff. 1 VVG.). Er ist aber nach der Vertragstheorie zulässig, da ein wirklicher Antrag nicht vorliegt. **b)** **RG.** MittöffFeuerversAnst. **11** 279 ff. Der Versicherungsvertrag ist als abgeschlossen anzusehen, sobald dem Antragsteller vom Versicherer die Mitteilung zugeht, daß der Antrag angenommen sei. Eine stillschweigende Annahmeerklärung ist zulässig. Sie liegt in der Zusendung der Police. Soll die Versicherung erst von einem bestimmten Zeitpunkt ab beginnen, (Versicherung eines erst zu kaufenden Automobils), so ist die Unterlassung der Anzeige des Eintritts der Bedingung nicht von Bedeutung für den Vertragsschluß selbst, sondern nur für die Frage, ob der Versicherer für zwischenzeitliche Schadensfälle haftet. **c)** PraxPrV. **3** 120 (Frankfurt). Ein Versicherungsvertrag sowie seine Änderungen kommen bindend zustande, wenn der Versicherer den in der Deklaration bzw. Nachtragsdeklaration liegenden Antrag durch Übersendung der Police an den Generalagenten angenommen und der Versicherungsnehmer hiervon Kenntnis erhalten hat. Die Bestimmung der Bedingungen, daß die Police erst mit Einlösung und Aushändigung in Kraft trete, betrifft nicht den Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrags, sondern nur den des Beginns der Haftung des Versicherers für Versicherungsfälle. **d)** Vgl. auch zu § 38.

2. Zeitungsabonnementsversicherung. **a)** VAPV. **11** Anh. 50 (Dresden). Bei der Abonnentenversicherung kommt immer nur für die betreffenden Zeitabschnitte, für die abonniert ist, ein Versicherungsvertrag zustande. Ändern sich die Bedingungen, so kommen sie für den nächstfolgenden Zeitabschnitt ohne weiteres in Anwendung. Der Abonnent muß also, wenn er weiter versichert bleiben will, die in den neuen Bedingungen festgesetzten Voraussetzungen erfüllen. War also früher außer Bezahlung des Abonnementsbetrags nur Eintrag in das Abonnentenregister erforderlich und wird später statt des Eintrags die jedesmalige eigenhändige Unterschrift unter die jeweilige Abonnementsquittung verlangt, so muß diese neue Bedingung erfüllt werden. Die fehlende Unterschrift kann auch nicht ersetzt werden durch den Nachweis, daß der Unfallverletzte tatsächlich das Abonnement fortgesetzt hat (insbesondere stillschweigend). Vielmehr ergibt gerade diese Vorschrift, daß der Zeitungsverleger den Abonnementsvertrag und den Versicherungsvertrag scheidet,

daß nicht jeder Abonnent schon ohne weiteres auch versichert sein soll, sondern nur derjenige, der die weiteren Voraussetzungen des Versicherungsvertrags erfüllt, also insbesondere die Quittung unterschreibt (vgl. auch OLG. **10** 146). **b**) VAPV. **10** Anh. 18 (Dresden). Wenn bedingungsgemäß Voraussetzung für Geltendmachung des Versicherungsanspruchs die eigenhändige Unterzeichnung und die Aufbewahrung der Abonnementsquittung ist und wenn bestimmt ist, daß bei Nichtbeachtung der nach den allgemeinen Versicherungsbedingungen dem Versicherungsnehmer obliegenden Pflichten jeder Anspruch verwirkt sei, so hat die Nichtunterzeichnung nicht die Bedeutung, daß der Vertrag nicht zustandegekommen ist. Vielmehr steht nur eine Obliegenheit in Frage, deren Nichterfüllung entschuldbar sein kann. — Überdies gilt die ganze Bestimmung nicht für Postabonnenten. Denn dort ergibt die Postquittung bereits den Namen des Abonnenten, der auf den Quittungen für andere Bezieher fehlt. Die Vorschrift kann nicht den Sinn haben, daß der Nachweis des Abonnements nur durch solche eigenhändig unterzeichnete Quittungen erbracht werden könne, andere Beweismittel aber ausgeschlossen seien. Wenn aber ihr Zweck nur der ist, den Abonnenten die Bereitstellung eines Beweismittels aufzulegen, so kann sich der Versicherer auf ihre Vorlegung jedenfalls dann nicht berufen, wenn sie dadurch bedeutungslos geworden ist, daß es — wie bei Postabonnements — des Beweises eines Abonnementsvertrags nicht mehr bedarf. **c**) VAPV. **10** Anh. 12, OLG. **22** 85, DVersZ. **11** 98, R. **10** Nr. 2909 (Braunschweig). Wenn bei einer Zeitungsversicherung bestimmt ist, daß der Abonnent die Abonnementsquittung unterschreiben müsse, so ist diese Vorschrift streng auszulegen. Es hängt von der Unterschrift das Zustandekommen des Versicherungsvertrags ab. Es liegt also eine Vertrags**bedingung**, keine Vertrags**verpflichtung** vor. Daher kann in solchen Fällen nichts darauf ankommen, aus welchem Grunde das Unterschreiben unterlassen und ob es entschuldbar ist.

3. Mitwirkung von Agenten. Wegen der Mitwirkung von Agenten beim Vertragsabschlusse s. zu § 43 Ziff. 1.

4. Wegen der Länge der Bindungsfrist, d. h. der Frist, während deren der Versicherungsnehmer an einen von ihm gemachten Versicherungsantrag gebunden ist, vgl. zu § 7 Ziff. 2 VAG.

5. Wegen Gefahrveränderung zwischen Antragstellung und Antragsannahme s. vor §§ 16 ff.

6. Wegen der Bedeutung der Aushändigung des Versicherungsscheins für das Zustandekommen des Vertrags s. zu §§ 3, 4 (vgl. v. Örtzen, ZVersWiss. **11** 828 ff. zu § 3).

III. Vertragsbeendigung. PraxPrV. **3** 128 (KG.). Ist bestimmt, daß ein früherer Versicherungsvertrag durch Ausstellung der Police über eine neue Versicherung erlöschen soll, so tritt diese Wirkung schon mit Ausstellung der Police und selbst dann ein, wenn die neue Versicherung gar nicht in Kraft getreten ist oder infolge Nichtzahlung der Prämie noch keine Geltung erlangt hat.

IV. Culpa in contrahendo (vgl. JDR. **8** 1037). 1. VAPV. **11** 35. Es ist die Pflicht des Versicherers, bei Prüfung der Anträge der Versicherten nicht formalistisch, sondern in einer der Billigkeit entsprechenden fürsorgenden Weise zu verfahren und die Versicherten auf geeignete Wahrnehmung ihrer Rechte hinzuweisen.

2. Wegen der Frage der Haftung bei verspäteter Übermittelung des Antrags an den Versicherer s. Josef, JheringsJ. **57** 211 ff., zu § 7.

3. WallmVersZ. **45** 1569, 1585 (AG. Essen). Der Versicherer hat Veränderungsanträge (bei Feuerversicherung; Umzug) mit solcher Beschleunigung zu bearbeiten, daß sie in etwa 8—10 Tagen erledigt sind. Für schuldhafte Säumnis seiner Angestellten haftet er. Jedoch nicht für den Agenten, dem der Versicherte die Veränderungsanzeige übergeben hat. In solchem Falle setzt die Haftpflicht des Versicherers

erst ein, wenn die Anzeige bei ihm eingeht. Zu ersetzen ist im Falle säumiger Behandlung insbesondere der Schaden, den der Versicherte dadurch erleidet, daß der Versicherer die Genehmigung der Veränderung ablehnt und der hierauf brandgeschädigte Versicherte nicht rechtzeitig anderweit hat Versicherung nehmen können. Doch kommt § 254 BGB. in Betracht, wenn der Versicherte bedingungswidrig die Anzeige statt an die Direktion an den Agenten gibt und hierdurch die Erledigung sich verzögert (im Streitfalle volle Klagabweisung).

V. Vertragsauslegung (JDR. 8 1040). 1. Im allgemeinen. Schneider, Der sog. gute Glaube im Vertragsrechte, ZVersWiss. **11** 125 ff. Der Versicherungsvertrag wird im gleichen Maße wie jeder andere Vertrag von Treu und Glauben beherrscht. Falsch ist es zu sagen, daß dies bei ihm ganz besonders der Fall sei (in Frankreich redet man im Gegensatze hierzu von einem contract de droit strict). Ebenso ist es unrichtig, in Entscheidungen den guten Glauben eines der Beteiligten ausschlaggebend sein zu lassen. Das ist nur zulässig, wenn das Gesetz ausdrücklich hierauf hinweist (z. B. § 69 VVG.).

2. Mitwirkung von Agenten. Wegen der mit Agenten getroffenen Abmachungen und der von ihnen gegebenen Erläuterungen zu den Bedingungen und zum Antrag s. zu § 43 Ziff. 1 und zu §§ 16 ff.

3. Rechtsprechung. a) **RG. 73** 141. Wenn das OLG. sagt, daß die Gesellschaften mit ihren Bedingungen die möglichste Beschränkung ihrer Verbindlichkeit erstreben und daß die Versicherten sich in der Regel diesem Willen unterwerfen, so ist das richtig. Es berührt aber die Auslegungsfrage nicht und stellt nicht den Rechtssatz auf, daß die Bedingungen zugunsten des Versicherers auszulegen seien. **b) RG.** JW. **10** 155. Der Versicherer ist an die Auslegung gebunden, die seine zur Anlockung von Versicherungslustigen verwendeten Prospekte in einer den Versicherungsnehmern günstigen Weise den Versicherungsbedingungen angedeihen lassen (Prospekt redet uneingeschränkt von Unanfechtbarkeit der Police nach einem Jahre, während die Bedingungen enger sind). **c)** PraxPrV. **3** 102 ff. (KG.). Versicherungsverträge sind im Zweifel zugunsten des Versicherungsnehmers auszulegen. **d)** VAPV. **11** Anh. 780, LeipzZ. **11** 482, SeuffA. **66** 454, HansGZ. **11** Beibl. 210, R. **11** Nr. 1998 (Hamburg). Auslegung unklarer Versicherungsbedingungen im Zweifel gegen den Versicherer. **e)** LeipzZ. **10** 795, ElsLothJZ. **11** 71 (Colmar). Wenn der Policeninhalt von dem Antrag, insbesondere dem Antragsvordruck, abweicht, so ist der Antrag zur Auslegung heranzuziehen und im Zweifel für und gegen jede Partei ausschlaggebend, zumal wenn die Police noch ausdrücklich betont, daß, was selbstverständlich ist, den Antragsinhalt als Vertragsbestandteil bezeichnet (Ausschluß des Vorsatzes bei Haftpflichtversicherung).

4. Darüber, daß der Antrag als ein einheitliches Ganze aufzufassen und demgemäß auszulegen ist, vgl. zu § 16.

5. Wegen der aufsichtsamtlich entworfenen bzw. genehmigten Muster- bzw. Verbandsbedingungen für einzelne Versicherungszweige s. die Nachweisungen in den Vorbemerkungen vor den einzelnen Versicherungszweigen.

6. Wegen der Auslegung der Haftpflichtversicherungen s. zu § 149.

VI. Nichtigkeit (vgl. JDR. 8 1038). 1. Hagen, SächsRpflA. **10** 111. Wenn eine Gesellschaft Versicherungsanträge von Personen annimmt, die in unzulänglichen Vermögensverhältnissen leben und die nicht sowohl die Eingehung eines Versicherungsvertrags als vielmehr die alsbaldige Gewährung eines Darlehens seitens der Gesellschaft beabsichtigen, so widerspricht dies den guten Sitten ➛ vgl. KG., OLG. **15** 312, VAPV. **7** 46; aM. Neumann, ZVersWes. **08** 515 ←. Ist aber der Antrag angenommen und das Darlehen gegeben, so ist die Rückforderung des

Darlehens nach § 817 BGB. ausgeschlossen, da das Versicherungs- und das Darlehnsgeschäft ein einheitliches Geschäft darstellen.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 819 ff., JW. **10** 760, LeipzZ. **10** 942, VAPV. **10** Anh. 101, R. **10** Nr. 2907, WarnE. **10** 383. Nicht unsittlich ist die Bestimmung der Bedingungen, daß objektiv unter Ausschluß von Entschuldigungsgründen an das Bestehen einer Doppelversicherung (bei Haftpflichtversicherung) die Ungültigkeit des Versicherungsvertrags geknüpft sei.

3. Wegen des Einflusses des Fehlens der Zulassung zum Versicherungsbetrieb auf die abgeschlossenen Verträge s. Josef, GoldschmidtsZ. **66** 101 ff., vgl. zu § 4 VAG.

4. Über die Nichtigkeit von Verträgen ausländischer Versicherungsunternehmungen, die im Deutschen Reiche zum Geschäftsbetriebe nicht zugelassen sind, vgl. § 85 VAG.

5. Wegen des Einflusses der Nichtigkeit einer einzelnen Satzungsbestimmung s. VVG. vor §§ 159 ff. (Pensionskassen) und VAG. zu § 17.

6. Vgl. auch zu § 54 VAG.

VII. Anfechtbarkeit (vgl. JDR. **8** 1038). 1. Agentenmitwirkung. Wegen der Anfechtung wegen Irrtums und wegen Täuschung infolge von unwahren Angaben von Agenten s. zu § 43 Ziff. 1.

2. Täuschung. S. zu 1.

3. Irrtum. a) PraxPrV. **3** 4 (Cöln). Irrtumsanfechtung ist zulässig bei Irrtum über die Sicherheit und Zuverlässigkeit der Versicherungsgesellschaft. b) Wegen der Frage der Zulässigkeit der Irrtumsanfechtung bei Doppelversicherung s. zu § 59.

4. Über Vergleichsanfechtung wegen irriger Annahme eines entschädigungspflichtigen Unfalls s. zu § 11.

5. Wegen der Anfechtbarkeit des Beitritts zu einem Versicherungsverein s. VAG. vor §§ 15 ff.

VIII. Rücktrittsrecht (vgl. JDR. **8** 1039). 1. Biedermann, Der Einfluß während der Vertragsdauer eintretender Änderungen auf bestehende Versicherungsverträge, MittöffFeuerversAnst. **11** 719 ff. Ein Rücktrittsrecht des Versicherungsnehmers wegen nachträglich eintretender Unsicherheit des Versicherers besteht im Seeversicherungsrecht, aber nur bei Zahlungsunfähigkeit des Versicherers. Im Binnenversicherungsrechte fehlt eine ähnliche ausdrückliche Vorschrift. Doch führt die Anwendung von §§ 157, 242 BGB. und der stillschweigenden clausula rebus sic stantibus unter Umständen ebenfalls zur Annahme eines Rücktrittsrechts. Daneben besteht kein Recht auf Sicherheitsleistung (§ 321 BGB.). Ein Wahlrecht zwischen Rücktrittsrecht und Sicherheitsleistung (so Kohler, Dernburg VI 439 ff.) ist nicht anzunehmen. Ein Rücktrittsrecht wird nicht ausgeschlossen durch die allgemeine Erwägung, daß staatliche Aufsicht besteht. Wohl aber besteht es in den Fällen aufsichtsbehördlich genehmigter Fusion nicht. Das Rücktrittsrecht wirkt nur ex nunc. Der Vertrag wird aufgelöst und der Versicherte von Prämienzahlungspflicht frei. Kein Rücktrittsrecht besteht wegen des zum Teil aleatorischen Charakters des Versicherungsvertrags, wenn die eintretende Unsicherheit auf einem anormalen Verlaufe des Versicherungsgeschäfts (Katastrophen usw.) beruht, der vom Versicherer nicht verschuldet ist. Für den Konkurs gelten die besonderen Bestimmungen der §§ 61, 62 VAG. und § 13 VVG. — Kein Rücktrittsrecht wird durch nachträglich eintretende Gefahrserhöhungen für den Versicherer begründet.

2. Vgl. im übrigen zu § 14 VAG.

IX. Versicherungsfall (vgl. JDR. **8** 1039). 1. Zeitungsabonnementsversicherung. a) Wegen der Frage, ob der Zeitungsversicherer durch

einfache Erklärung die Versicherungshaftung auf eine andere Persönlichkeit übertragen kann, vgl. VAG. zu § 14. **b**) Wegen Zulassung zum Betriebe der Zeitungsabonnementsversicherung s. VAG. zu § 4. **c**) Im übrigen s. wegen der Zeitungsabonnementsversicherung oben zu II, sowie VAG. zu § 1 III, § 5 u. § 14.

2. Warenverlustversicherung. VAPV. **11** Anh. 85 (Dresden). Anweisungswidrige Aushändigung einer Warensendung an einen Nichtberechtigten durch die Post im Auslande (wodurch der Absender um den Wert der Waren wegen Konkurses des Empfängers geschädigt ist) fällt unter eine Warenverlustversicherung, wonach der Versicherer haftet für allen Verlust oder Schaden, den der versicherte Gegenstand erleidet, während er sich in dem Gewahrsam der betreffenden Eisenbahn- oder Postverwaltung befindet.

3. Einbruchsdiebstahlversicherung. **a**) Worms, Über die vertraglichen und rechtlichen Voraussetzungen der Haftung des Einbruchsdiebstahlversicherers, ZVersWiss. **11** 953 ff. Verf. bespricht die Wichtigkeit der Einbruchsversicherung im allgemeinen und sodann ihre Beziehungen zum Strafrecht, insbesondere die Begriffe des Einbruchs, des Einsteigens und des Erbrechens von Behältnissen (955 ff.), sowie den des Nachschlüsseldiebstahls (967) und des Einbruchsdiebstahls (969). Nur wenn einer dieser Fälle vorliegt, haftet der Versicherer nach den allgemeinen Verbandsbedingungen (955 ff.). — Ferner wird der Begriff des „feuerfesten Geldschrankes" (964 ff.) erörtert. Schäden, die nicht durch den Diebstahl, sondern bei Gelegenheit desselben herbeigeführt werden (Rachsucht), sind nicht versichert (966). Endlich werden die sich ergebenden Beweis- und Beweislastfragen behandelt (973 ff.). **b**) VersSachv. **10** 171 (KG.). Wenn versichert ist „gegen die Gefahr des Abhandenkommens der in der Police aufgeführten Gegenstände mittels in diebischer Absicht unternommenen Einbruchs in die als Versicherungsort bezeichneten Räumlichkeiten", so besteht kein Versicherungsanspruch, falls die Diebe in nicht versicherte Räume eingebrochen und von da aus ohne weiteren Einbruch in die versicherten Räume gelangt sind. **c**) VAPV. **11** Anh. 37 (Dresden). Der bei einem nächtlichen Einbruch in bewohnte oder für Fabrikationszwecke benutzte Gebäude sich aufdrängende Verdacht, daß der Einbruch in Diebstahlsabsicht und nicht aus anderen Beweggründen erfolgt sei, ist nicht als tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer Diebstahlsabsicht aufzufassen und überhebt den Versicherten nicht der Beweispflicht für das Vorliegen einer diebischen Absicht. **d**) WallmVersZ. **45** 1876 (AG. Berlin Mitte). Vom Einbruchsversicherten ist zwar kein absolut schlüssiger Nachweis, daß Einbruchs- und nicht Gelegenheitsdiebstahl vorliegt, wohl aber so viel zu fordern, daß er solche Umstände erweist, die nach dem gewöhnlichen Verlaufe der Dinge eine andere Erklärung als die, daß Einbruchsdiebstahl vorliege, nicht als wahrscheinlich erscheinen lassen. — Wegen ungenügenden Beweises, daß Einbruch vorliege, s. auch WallmVersZ. **45** 2004 (LG. Hamburg). **e**) Wegen der Bestimmung, daß bei der Einbruchsversicherung Schmucksachen unter Verschluß gehalten werden müssen, sofern sie nicht im Gebrauche sind, s. zu § 32.

4. Kreditversicherung. LeipzZ. **10** 252 (Hamburg). Wenn bei Kreditversicherung bestimmt ist, daß bei voneinander abweichenden Auskünften über die Höhe des gewährbaren Kredits die Durchschnittssumme maßgebend sei, so liegen abweichende Auskünfte nicht vor, wenn die eine von beiden lediglich die Frage, ob 10 000 M., und die andere die Frage, ob 20 000 M. kreditiert werden können, bejaht. Denn keine Auskunft setzt eine Höchstgrenze fest für einen überhaupt gewährbaren Kredit.

5. Wasserleitungsschäden. **a**) LeipzZ. **10** 287 (Colmar). Wenn die Versicherung Schäden betrifft, „die an den versicherten Gegenständen durch zufälliges Ausströmen von Wasser aus den Wasserleitungsanlagen entstehen", und wenn gegen

besondere Prämie auch „Wasserschäden, die an Waren aller Art oder die durch Warmwasser- bzw. Dampfheizungsanlagen sowie durch hydraulische Aufzüge entstehen", versichert sind, so fallen Schäden an der Warmwasser- bzw. Dampfheizungsanlage unter die Versicherung und zwar ohne besondere Prämie. AM. LeipzZ. **10** 288, R. **10** Nr. 3835, FrankfRundsch. **44** 52 (Frankfurt) (Fall des Platzens der Dampfheizungsanlage infolge Frostes). **b)** Kirschbaum, Sind Schäden an der Dampfheizung in die Gebäudeversicherung gegen Brandschaden eingeschlossen? LeipzZ. **10** 286 ff. Der Entscheidung des OLG. Frankfurt ist beizutreten. Für sie sprechen sowohl die Auslegung der oben angezogenen Bestimmung, wie auch versicherungstechnische Erwägungen.

6. Unfallversicherung. a) Über Mehrheit von Unfällen bei mehrfacher Unfallversicherung s. vor §§ 179 ff. **b)** Wegen der Frage, ob die Unfallversicherung Schadens- oder Summenversicherung ist, s. vor §§ 179 ff.

§ 2. (Vgl. JDR. **8** 1042.) Literatur: Josef, Zweifelsfragen über den Beginn der Versicherung, JheringsJ. **57** 211 ff. (s. zu § 7). — Weil, Eintritt und Ausschluß des Versicherungsfalles bei Beginn der Versicherung, ZVersWiss. **10** 62.

1. Weil, ZVersWiss. **10** 62 ff., erörtert in eingehender und logisch scharfer Weise erschöpfend die rechtliche Beurteilung der Fragen, die sich ergeben bei Eintritt und Ausschluß des Versicherungsfalls bei Beginn der Versicherung. I. Versicherung für die vergangene Zeit: 1. Gutgläubigkeit beider Teile: a) Bei Eintritt des Versicherungsfalls α. vor Vertragsschluß und vor Versicherungsbeginn: kein Versicherungsanspruch, kein Prämienanspruch, nur Geschäftsgebühr; β. vor Vertragsschluß und nach Versicherungsbeginn: Versicherungsanspruch besteht. b) Unmöglichkeit des Eintritts bei Versicherungsbeginn: kein Prämienanspruch, nur Geschäftsgebühr (§ 68 Abs. 2 VVG.). — 2. Bösgläubigkeit des Versicherungsnehmers. a) Hinsichtlich des eingetretenen Versicherungsfalls: α. Leistungsfreiheit und Prämienteilanspruch des Versicherers. β. Anspruch auf Ersatz des Schadens, soweit das positive Vertragsinteresse in Frage kommt, kann nur in dem vom § 2 Abs. 2 Satz 2 VVG. bestimmten Umfange vom Versicherer geltend gemacht werden; § 826 BGB. ist insoweit ausgeschlossen. Aber Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses gemäß § 826 BGB., nicht nach § 276 BGB. Diese Ansprüche bestehen neben denen zu α. γ. Anfechtung wegen Täuschung ist ausgeschlossen, ebenso Rücktrittsrecht aus §§ 17, 18 VVG. b) Bösgläubigkeit des Versicherungsnehmers hinsichtlich der Möglichkeit des Eintritts des Versicherungsfalls: Prämienzahlungspflicht besteht; dahingestellt, ob ein wirklicher Versicherungsvertrag vorliegt. — 3. Bösgläubigkeit des Versicherers. a) Hinsichtlich der Möglichkeit des Eintritts des Versicherungsfalls: α. Kein Recht auf Prämie. β. Schadensersatzpflicht nach § 826 BGB. b) Kenntnis vom Eintritte des Versicherungsfalls. α. Leistungspflicht. β. Anspruch auf Prämie, wenn Versicherungsfall nach dem Versicherungsbeginn eintritt; sonst nur Recht auf Geschäftsgebühr. — 4. Bösgläubigkeit beider Teile. Nichtigkeit des Versicherungsvertrags. Aber Leistungspflicht beider Teile in gewissem Umfange nach Maßgabe des Vertrags, wennschon er als Versicherungsvertrag nicht gültig ist. — II. Versicherungsbeginn mit Vertragsschluß. 1. Unmöglichkeit des Versicherungsfalls. a) Gutgläubigkeit beider Teile. Keine Leistungspflicht, aber Pflicht zur Zahlung einer Geschäftsgebühr. b) Bösgläubigkeit des Versicherers. Keinerlei Ansprüche. c) Im übrigen wie oben zu I. — 2. Bereits erfolgter Eintritt des Versicherungsfalls. a) Gutgläubigkeit beider Teile. Nur Anspruch auf Geschäftsgebühr. b) Bösgläubigkeit des Versicherers. Leistungspflicht des Versicherers, aber nur Anspruch auf Geschäftsgebühr. c) Bösgläubigkeit des Versicherungsnehmers.

α. Keinerlei Leistungspflicht, aber Recht auf Geschäftsgebühr. β. Anfechtung wegen Täuschung ist zulässig. d) Bösgläubigkeit beider Teile. Leistungspflicht kraft Vertrags, aber nicht auf Grund des unwirksamen Versicherungsvertrags. — III. Versicherungsbeginn nach Vertragsschluß: entsprechende Anwendung der Grundsätze unter II.

2. **RG. 75** 377, JW. **11** 331, MasVersRdsch. **23** 292, MittöffFeuerversAnst. **11** 222. Soll nach der Police die Versicherung schon an einem vor Ausstellung der Police liegenden Tage beginnen, während nach den allgemeinen Versicherungsbedingungen die Verpflichtung der Gesellschaft erst mit Einlösung der Police entstehen soll, so gilt letztere Vorschrift trotz des Policeninhalts.

3. Wegen des Beginns der Versicherung mit Einlösung der Police s. zu § 38.

4. Wegen der Wirkung der Hagelversicherung hinsichtlich bereits erfolgter Hagelschläge s. zu § 112.

5. Über Haftpflichtversicherung bei Konstruktionsschäden an Bauten, die bereits bei Abschluß der Versicherung vollendet waren, s. zu § 149.

6. Wegen der Stempelpflichtigkeit eines Nachtrags zur Police über Erhöhung der Versicherungssumme s. vor §§ 1 ff. VAG.

§ 3. (Vgl. JDR. **8** 1042.) Literatur: Blumhardt, Rechtliche Natur des Versicherungsscheines nach VVG., R. **10** 738 ff. — Ehrenberg, Müssen die allgemeinen Versicherungsbedingungen in der Police abgedruckt sein? ZVersWiss. **10** 373 (s. zu VAG. § 9). — Damm, Die rechtliche Bedeutung des Versicherungsscheins und die Erfordernisse seiner Unterzeichnung, MittöffFeuerversAnst. **10** 403 ff. — von Örtzen, Der Versicherungsschein, ZVersWiss. **11** 822 ff., 1001 ff. — Steinhäuser, Die Lebensversicherungspolice. Diss., München 1910.

I. Der Versicherungsschein im allgemeinen. 1. Blumhardt, Rechtliche Natur des Versicherungsscheins nach VVG., R. **10** 738. Der Versicherungsschein ist nur Beweismittel für das Zustandekommen des Versicherungsvertrags. Dieser Vertragsschluß erfolgt formlos. Nur wenn es ausdrücklich vereinbart ist, kommt der Vertrag erst mit der Aushändigung des Versicherungsscheins zustande. Auch wenn der Versicherte den Schein nicht einlöst, ist er an seinen Antrag gebunden. Der Schein kann nicht für sich allein Gegenstand dinglicher Rechte sein. Wohl aber kann er zu obligatorischen Sicherungsverträgen benutzt werden. Mit der Abtretung des Versicherungsanspruchs geht das Eigentum an der Police auf den Zessionar über (§ 952 BGB.).

2. v. Örtzen, Der Versicherungsschein, ZVersWiss. **11** 822 ff., 1001 ff. A. Behandelt wird die rechtliche Bedeutung des Versicherungsscheins a) für die Begründung der Rechte aus dem Versicherungsvertrage (822 ff.), b) für den Inhalt des Versicherungsvertrags (832 ff.) und c) für die Verwertung der Rechte aus dem Versicherungsvertrage (836 ff.). Endlich werden d) Schlußfolgerungen für die rechtliche Natur des Versicherungsscheins gezogen (1019 ff.). — B. Im einzelnen ist hervorzuheben: Der Versicherungsschein bezeugt den Abschluß des Vertrags (822), ist also für die Entstehung der Rechte in der Regel nur Beweisurkunde; die Pflicht zu seiner Ausstellung ist eine sich aus dem Vertrag ergebende Nebenleistung (823). — Die Aushändigung des Versicherungsscheins allein hat in der Regel keinen privatrechtlichen Einfluß auf den Beginn der Leistungspflicht des Versicherers. Wenn der Versicherungsnehmer, ohne die Police erhalten zu haben, die erste Prämie gezahlt hat, so kann sich der Versicherer nach § 42 VVG. nicht darauf berufen, daß die Police nicht „eingelöst" sei. Vielmehr muß er auch in diesem Falle nach § 38 VVG. leisten (828). — Soll der Vertrag zustandekommen durch „Aushändigung des Versicherungsscheins" oder durch „Vorlegung des Versicherungsscheins zur Einlösung",

so ist der Schein selbst Entstehungsform des Versicherungsvertrags. Nur in diesem Falle ist er eine dispositive Urkunde; er begründet selbst die aus dem Abschlusse des Vertrags sich ergebenden Rechte, insbesondere nach § 35 VVG. das Recht des Versicherers auf sofortige Zahlung der ersten Prämie (830). — Unzulässig ist es, das Zustandekommen des Vertrags abhängig zu machen von der Einlösung der Police, also von der Zahlung der ersten Prämie (830). Nicht ohne weiteres unzulässig ist es, die Leistungspflicht des Versicherers schon mit „Ausstellung des Versicherungsscheins" oder mit „12 Uhr mittags des Ausstellungstags" beginnen zu lassen (829). Im letzteren Falle ist es ratsam, eine Klausel dahingehend beizufügen, daß vorausgesetzt werde, daß der Versicherungsnehmer zur Zeit der Einlösung der Police noch am Leben ist; anderenfalls kann im Hinblick auf § 153 BGB. eine Leistungspflicht bestehen, wenn der Versicherungsnehmer nach Ausstellung des Scheines, aber vor seiner Aushändigung gestorben ist (831). Zweckmäßig ist es, wegen dieser Möglichkeit stets zu bestimmen, daß der Versicherungsvertrag erst zustandekomme durch Aushändigung der Police (832). — Im Falle des § 5 VVG. wird der Versicherungsschein aus einer bloßen Beweisurkunde zu einer rechtsbegründenden Urkunde, da durch die Annahme des Scheines für den Versicherer das Recht begründet wird, sich auf die Vereinbarung zu berufen. Durch § 5 VVG. wird dem Versicherungsnehmer nicht die Möglichkeit genommen, sich auf Abmachungen zu stützen, die mit dem Inhalte des Scheines nicht in Widerspruch stehen, es sei denn, daß bestimmt wäre, es solle für den Inhalt des Vertrags nur der Schein maßgebend sein (834). — Die Police, in der der Begünstigte benannt ist, ist als solche für die Zession unerheblich. Nach § 952 BGB. geht das Eigentum am Scheine durch die Zession des Versicherungsanspruchs auf den neuen Gläubiger über (837). Übergabe der Inhaberpolice an einen Dritten stellt nicht die Ernennung des Dritten als Begünstigten dar. Wirkliche Inhaberpapiere sind die Inhaberpolicen nicht (838). — Echte Orderpapiere, also Skripturobligationen können nur die Transportversicherungspolicen sein (839). — Die Begründung eines selbständigen Rechtes an der Police durch Veräußerung ist nur möglich durch Indossierung von Orderpolicen, bei denen das darin verbriefte Recht dem Eigentümer an der Urkunde folgt. Dasselbe gilt für Begründung eines Pfandrechts an der Urkunde (1001 ff.). — Bei unechten Orderpolicen ist der Versicherer trotz der Order zur Zahlung an den Versicherungsnehmer berechtigt (1008), selbst wenn bestimmt sein sollte, daß der Versicherer nur zur Zahlung an den Papierinhaber „berechtigt" sei (1010). — Bei der Lebensversicherung erlangt der Begünstigte nur selten volle Gläubigerstellung, nämlich nur dann, wenn auf Widerruf seitens des Versicherungsnehmers verzichtet ist und dem Begünstigten alle Rechte zustehen sollen. Solange noch einige Rechte beim Versicherungsnehmer bleiben, gebührt diesem auch das Eigentum am Versicherungsscheine (1016 ff.). — Die Übergabe des Scheines an den Begünstigten kann auf Einräumung der vollen Gläubigerstellung schließen lassen; rechtlich erheblich ist sie aber nicht ohne weiteres (1017).

3. Damm, Die rechtliche Bedeutung des Versicherungsscheins und die Erfordernisse seiner Unterzeichnung, MittöffFeuerversAnst. **10** 403 ff. a) Die Vorschriften von § 3 VVG. über den Versicherungsschein gelten nicht für nach Landesrecht errichtete öffentliche Anstalten bezüglich der mit gesetzlichem Beitrittszwang ausgestatteten Versicherungsverhältnisse. b) Soweit § 3 VVG. für öffentliche oder private Versicherungsanstalten Geltung hat, ist die Unterzeichnung des Versicherungsscheins gesetzlich — abgesehen von den Fällen der §§ 4 Abs. 1, 5, 75, 76 VVG. — nicht an die Beobachtung der Formvorschrift des § 128 Abs. 1 BGB. (eigenhändige Namensunterschrift) gebunden; seine Unterzeichnung kann daher insbesondere auch im Wege der mechanischen Vervielfältigung erfolgen. c) Ist vertragsmäßig die Wirksamkeit des Versicherungsvertrags von der

Aushändigung (Einlösung) des Versicherungsscheins bedingt, so ist die Zufertigung des Scheines ein Rechtsgeschäft und die Innehaltung der Form des § 126 BGB. erforderlich.

II. Recht auf Abschriften (vgl. JDR. 8 1043). VAPV. **10** 31, 85. Der Hinweis auf das Recht auf Abschrift muß in der Police oder bei ihrer Aushändigung erfolgen. Es genügt die Aufnahme dieser Bestimmung in die Bedingungen nicht, wenn diese der Police nicht beigegeben werden.

III. Eigentum an der Police. 1. LeipzZ. **10** 251 HansGZ. **10** Beibl. 77, R. **10** Nr. 1262, 3506, 3507 (Hamburg). § 952 BGB. ist auch auf die Police anwendbar. Bei mehreren Abtretungen der Versicherungsansprüche erwirbt daher der erste Zessionar das Eigentum an der Police, selbst wenn ein späterer Zessionar beim Erwerbe gutgläubig ist.

2. KGBl. **10** 30 (LG. III Berlin). Die Versicherungspolice gehört zu den Urkunden im Sinne von § 952 BGB. Sie steht also im Eigentume des aus der Versicherung Berechtigten. Wechselt dieser, dann wechselt auch das Eigentum an der Police. Daher kann derjenige, der ein Haus gekauft hat, vom Verkäufer die Herausgabe der auf das Haus sich beziehenden Feuerversicherungspolice verlangen.

3. Über die Bedeutung der testamentarischen Bestimmung, daß die Police Eigentum der Ehefrau sein soll, vgl. zu § 166.

IV. Streitwert (vgl. JDR. 8 1043). 1. **RG.** LeipzZ. **10** 146 (Streitwert der Police) s. schon JDR. **8** 1043 III 1.

2. OLG. **23** 73, SeuffBl. **10** 532, R. **10** Nr. 2849 (München). Der Streitwert der Klage dessen, dem die Ansprüche aus einer Lebensversicherung abgetreten sind, auf Herausgabe der Police ist gleich dem Betrage der Versicherungssumme. Auf die Police gewährte Darlehen sind nicht in Abzug zu bringen.

3. **RG.** LeipzZ. **10** 146, R. **09** Nr. 3573. Streitwert des Anspruchs auf Herausgabe des Versicherungsscheins über eine Todesfallversicherung, deren Fälligkeit mit dem 65. Lebensjahr eintritt und die bereits prämienfrei ist, ist gleich der Versicherungssumme selbst. In anderen Fällen, in denen der Eintritt des Versicherungsfalls entfernter ist, ist der Streitwert entsprechend geringer.

4. Wegen des Streitwerts bei anderen Prozessen aus Versicherungsverhältnissen s. vor §§ 1 ff.

V. Darüber, ob in die Police die allgemeinen Versicherungsbedingungen aufzunehmen sind, s. zu VAG. § 9.

VI. Über Abweichungen von Police und Antrag s. Josef, JheringsJ. **57** 211 ff., s. zu § 7 sowie ferner oben zu § 1.

VII. Mitwirkung der Agenten bei Schaffung und Aushändigung der Police s. zu § 43 Ziff. 1.

§ 4. (Vgl. JDR. **8** 1043.) Literatur: Hamburger, Die Lebensversicherungspolice auf den Inhaber, ÖsterrVersZ. **10** 96 ff.—Wegen der Inhaberpolice siehe zu § 3 (v. Örtzen, ZVersWiss. **11** 839 ff.).

§ 5. (Vgl. JDR. **8** 1044.) 1. **RG.** WallmVersZ. **45** 2353. Widerspruchsloses Behalten der Police, die vom Antrag abweicht, kann als Genehmigung aufgefaßt werden. Unerheblich ist es, daß der Versicherte die besonderen Bedingungen nicht gelesen hat. Denn er mußte sie lesen. Der Versicherer aber mußte annehmen, daß er dies getan habe. Der Vertrag ist in solchen Fällen „nach Maßgabe der Police — lediglich auf Grund derselben haftete der Versicherer bedingungsgemäß — zustandegekommen“. Daß der Versicherer die Abweichung vom Antrage dem Versicherungsnehmer nicht mitgeteilt hat, ist jedenfalls dann unerheblich, wenn der Versicherer sich der Abweichung nicht bewußt war und daher nicht gegen Treu und Glauben handelte.

2. **RG.** Sörgel **11** 968. Soll bedingungsgemäß der Versicherer nur nach dem Inhalte der Police haften, so kann sich der Versicherer nicht auf eine versehentliche Nichtübereinstimmung von Police und Antrag berufen.

3. MittöffFeuerversAnst. **11** 234 (Colmar). Durch vorbehaltlose Unterzeichnung der Police werden Einwendungen gegenüber ihrer materiellen Beweiskraft nicht abgeschnitten. Ebenso hindert die Bestimmung, daß „die Verpflichtung der Gesellschaft sich lediglich nach dem Inhalte der Police bestimme", nicht unbedingt, daß mündliche Nebenabreden mit Erfolg vorgeschützt werden, die vorher, gleichzeitig oder nachher getroffen sind.

4. Über Abweichungen zwischen Antrag und Police und mündlichen Abmachungen s. auch zu § 1 und zu § 43 Ziff. 1.

5. Wegen Irrtums- und Täuschungsanfechtung s. auch vor §§ 1 ff. und zu § 43 Ziff. 1.

6. Vgl. auch v. Örtzen, ZVersWiss. **11** 834 ff. oben zu § 3.

§ 6. (Vgl. JDR. **8** 1043.) Literatur: Brodmann, Die Haftung des Schuldners nach § 278 BGB., insbesondere die Haftung des Versicherungsnehmers, JheringsJ. **58** 187 ff. — Josef, Die Haftung des Versicherungsnehmers für Handlungen Dritter, ZVersWiss. **11** 201 ff. — Schneider, Nochmals zu § 278 BGB. im Versicherungsrechte, LeipzZ. **10** 732. — Derselbe, Die Bedeutung des § 278 BGB. im Versicherungsrechte, LeipzZ. **10** 97 ff., 198 ff. — Im übrigen siehe unten zu VI.

I. *Josef, Die Haftung des Versicherungsnehmers für Handlungen Dritter, ZVersWiss. **11** 201 ff. 1. Zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer besteht ein Schuldverhältnis, kraft dessen dieser von jenem eine Leistung zu fordern berechtigt ist; es finden also auf die vom Versicherungsnehmer geschuldeten Leistungen die allgemeinen Grundsätze „über die Verpflichtung zur Leistung" (§ 241 BGB.) Anwendung, folglich auch der § 278, wonach der Versicherungsnehmer bei Erfüllung seiner Verbindlichkeiten das Verschulden seiner gesetzlichen Vertreter und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bediente, zu vertreten hat. Verletzt also der Vater (Vormund) oder der Vertreter einer juristischen Person die gedachten Obliegenheiten, so gelten die Handlungen und Unterlassungen der Vertreter als die eignen des Versicherungsnehmers. Diese Verpflichung zur Erfüllung der Verbindlichkeiten ist eine Folge der Verwaltungspflicht; daher gilt das gleiche, wenn der Konkurs-, der Zwangs- oder der Nachlaßverwalter, der Nachlaßpfleger oder der Testamentsvollstrecker die dem Gemeinschuldner, dem schuldnerischen Eigentümer, dem Erben als Versicherungsnehmer obliegenden Verbindlichkeiten verletzt. 2. Der hiernach im Versicherungsverkehr anwendbare § 278 unterscheidet nicht zwischen den verschiedenen Arten der Erfüllungsgehilfen; der Versicherungsnehmer haftet für diese also auch, wenn er sie nur in untergeordneter Weise zur Erfüllung heranzieht, so besonders, wenn er die Erfüllung der Anzeigepflicht einem Dritten (Boten) überträgt. Aber daraus, daß der Versicherungsnehmer Dritten Verpflichtungen betreffs der versicherten Habe überträgt, folgt nicht, daß er sich dieser Personen im Sinne des § 278 zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten gegenüber dem Versicherer bedient. Daher sind die Kenntnis und das Wissen seiner Hausgenossen sowie seiner Wirtschafts- und Gewerbegehilfen (mögen sie auch in der Verwaltung der versicherten Habe ganz selbständig sein) von eingetretener Gefahrerhöhung oder vom Eintritte des Versicherungsfalls oder verkehrte Maßnahmen dieser Personen bei der Schadenabwendung oder eine von ihnen bewirkte Gefahrerhöhung oder ihre Zuwiderhandlung gegen gefahrvorbeugende Maßnahmen dem Versicherungsnehmer unschädlich. — Hat dagegen der Versicherer die Übernahme der Gefahr abhängig gemacht davon, daß der Versicherungsnehmer einen neuen Zustand herbeiführe (z. B. einen Blitzableiter anlege) oder daß gewisse Vorsichtsmaßregeln unter allen Umständen bestehen (z. B. besondere Verschließung) und überträgt der Versicherungsnehmer die hierzu erforderlichen Handlungen Dritten, so gelten Handlungen und

Unterlassungen dieser als solche des Versicherungsnehmers. Wenn dieser ferner einem Dritten die selbständige Bewirtschaftung oder selbständige Leitung seines Gutes oder seines Geschäfts überträgt, so überträgt er hiermit stillschweigend diesem Dritten die Bewirkung der ihm obliegenden Anzeigen vom Eintritte des Versicherungsfalls und vom Eintritte der Gefahrerhöhung und die Unterlassung dieser Anzeigen gilt dann als solche des Versicherungsnehmers. Denn diese Anzeigen verlieren ihre Bedeutung, wenn sie nicht unverzüglich gemacht werden. 3. a) Nach § 61 VVG. tritt Leistungsfreiheit des Versicherers nur ein, wenn der Versicherungsnehmer den Brand herbeigeführt hat; der Versicherer ist also keineswegs leistungsfrei, sondern leistungspflichtig, wenn der Brand herbeigeführt ist von den oben 2 bezeichneten (sei es auch selbständigen) Verwaltern oder sonst Dritten, denen der Versicherungsnehmer Verrichtungen betreffs der versicherten Habe überträgt. Denn der Versicherungsnehmer will durch die Versicherung gerade auch gegen die Leichtfertigkeit derer gesichert sein, denen er die versicherte Habe anvertraut. b) Dagegen vertritt der Vormund (Vater) den Mündel (das Kind) im gesamten Verkehre mit dem Versicherer, jede Kenntnis und jedes Tun des Vormundes gilt sogleich als solche des Mündels; dieser hat sonach jede Handlung des Vormundes als eigene gelten zu lassen und verliert daher den Versicherungsanspruch auch, wenn der Vormund den Brand herbeiführt. c) Die gleiche Rechtslage wie der Vormund haben der Konkurs-, der Zwangs- und der Nachlaßverwalter sowie der Nachlaßpfleger und der Testamentsvollstrecker. 4. Da die vom Versicherungsnehmer rechtsgeschäftlich bestellten Verwalter, nicht Personen sind, denen er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Versicherer bediente, so kann bei einem von diesen Personen herbeigeführten Brand der Versicherer seine Leistungsfreiheit auch nicht herleiten aus dem im § 254 Abs. 2 am Ende angezogenen § 278. 5. Verletzt der Versicherungsnehmer seine gesetzlichen oder vertraglichen Obliegenheiten zu Anzeigen und zu Maßnahmen zwecks Verhütung oder Verminderung der Gefahr und des eingetretenen Schadens (§§ 32, 62 VVG.), so ist er verpflichtet, dem Versicherer den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen; folglich sind jene Obliegenheiten Verbindlichkeiten des Versicherungsnehmers und es findet auf sie der § 278 BGB. Anwendung. Das gilt auch dann, wenn die Verletzung der Obliegenheit nach dem Gesetz oder Vertrag die Leistungsfreiheit des Versicherers zur Folge hat, d. h. wenn die Erfüllung der Verbindlichkeit zur Voraussetzung für die Erhaltung des Anspruchs aus der Versicherung gemacht ist. Denn durch eine solche Festsetzung wird die Obliegenheit des Versicherungsnehmers nicht beseitigt, sondern sie soll gegenteils gesichert und verstärkt werden. Das ergibt sich auch aus § 6 VVG., der in einem solchen Falle eine verschuldete oder gar vorsätzliche Verletzung der Obliegenheit erfordert, also das Weiterbestehen der Verbindlichkeit auch dann voraussetzt, wenn ihre Verletzung die Leistungsfreiheit des Versicherers herbeiführt. 6. Die Verletzung der dem Versicherungsnehmer nach Gesetz oder Vertrag obliegenden Anzeigepflicht hat Rechtsnachteile für jenen nur zur Folge, wenn die Verletzung eine verschuldete ist. Jene Nachteile treten also nicht ein, wenn das die Anzeige enthaltende Schreiben nach erfolgter Absendung im Gewahrsame der Beförderungsanstalt verloren geht, oder wenn der Versicherungsnehmer außerstande ist, die Anzeige abzusenden oder einen Dritten hiermit zu beauftragen. Zur Entschuldigung des Versicherungsnehmers wegen des Unterbleibens der Absendung oder der Beauftragung eines Dritten mit der Absendung kann ferner auch schwere seelische Gedrücktheit, die namentlich infolge des Eintritts des Versicherungsfalls beim Anzeigepflichtigen sich einstellt, dienen. Hat der Anzeigepflichtige endlich einen Dritten mit der Anzeige beauftragt, obwohl er dies, ohne sich dem Vorwurf eines Verschuldens auszusetzen, hätte unterlassen können, und ist die Anzeige durch Verschulden des Dritten unterblieben, so hat der Anzeigepflichtige dieses Verschulden nicht zu vertreten. 7. Die Bestimmung der Versicherungsverträge, wonach der

Versicherungsnehmer seinen Anspruch binnen bestimmter Frist geltend zu machen hat, ist auszulegen als eine Bedingung für die Erhaltung der Rechte aus der Versicherung, deren Verletzung die Ansprüche aus der Versicherung zur Folge haben soll. Der Versicherte kann sich aber auf die Versäumnis der Frist nicht berufen, wenn jene irgendwie entschuldbar ist; es gilt hier also das, was nach § 6 Abs. 3 VVG. für die Versäumnis von Obliegenheiten vorgeschrieben ist. Obwohl dem Versicherungsnehmer eine „Verbindlichkeit" im Sinne des § 278 zu fristmäßiger Geltendmachung seines Anspruchs nicht obliegt, muß er dennoch nach dem Sinne jener Vertragsabrede ein Verschulden seines Rechtsanwalts, der die Frist versäumt hat, als sein eigenes gelten lassen, weil die Herbeiführung des Ausfalls der Bedingung durch den Vertreter nur den Vertretenen treffen kann. 8. Der Vorstand einer juristischen Person bildet einen Teil der Vereinsorganisation und steht daher dem Vereine nicht gegenüber wie ein Bevollmächtigter oder Vormund gegenüber dem Vollmachtgeber oder dem Mündel; vielmehr wird die Handlungsfähigkeit der juristischen Person vermittelt gerade durch den Vorstand. Folglich kann sie auch nur durch den Vorstand den Tatbestand der Verwirkung des Versicherungsanspruchs aus § 61 herbeiführen; im Sinne des § 61 ist also der Vorstand der Versicherungsnehmer und Leistungsfreiheit des Versicherers tritt danach nur ein, wenn der Versicherungsfall durch den Vorstand herbeigeführt ist, sei es auch nur durch ein einzelnes Mitglied des Vorstandes. Denn der Grundsatz der Gesamtvertretung gilt nur für rechtsgeschäftliche Handlungen, nicht für sonstige Handlungen mit notwendiger Rechtsfolge, wie die Rechtsverwirkung.

II. Schneider, Die Bedeutung des § 278 BGB. im Versicherungsrechte, LeipzZ. **10** 97 ff., 198 ff.; derselbe, Nochmals zu § 278 BGB. im Versicherungsrechte, LeipzZ. **10** 732. Verf. verteidigt seine schon früher vertretene Meinung über die Bedeutung des § 278 BGB. im Versicherungsrecht eingehend gegen Gierke (LeipzZ. **09** 721 ff.). § 278 BGB. kann nur angewendet werden bei den wirklichen Erfüllungshandlungen (der Prämienzahlungspflicht). Nicht aber kann eine Haftung für Verschulden Dritter unter Heranziehung von § 278 BGB. begründet werden bei uneigentlichen Erfüllungshandlungen, die lediglich auf Beschaffung von Voraussetzungen für das Recht des Versicherungsnehmers aus dem Versicherungsvertrage, nicht aber auf Vertragserfüllung hinauslaufen. Im praktischen Ergebnisse werden sich beide Auffassungen berühren. Immerhin sind Grenzfälle denkbar, bei denen die Anwendung von § 278 BGB. zu unbilligen Härten führen würde, und deshalb ist klare Stellung zu § 278 BGB. zu nehmen. Der Versicherungsnehmer trägt nämlich allerdings die Verantwortung für die Beschaffung dieser Rechtsvoraussetzungen für fern und nah, einerlei, ob er selbst Hand anlegt oder wacht oder das anderen überläßt. Werden diese Voraussetzungen nicht beschafft, so steht ihm ein Entschuldigungsbeweis frei. Dafür, daß der Versicherungsfall infolge von Handlungen anderer Personen nicht eintritt, hat er nicht aufzukommen. Tritt er in dieser Weise ein, so ist ihm ein Verschulden an diesem Eingreifen anderer Personen nachzuweisen. Die Haftung ist nach diesen Grundsätzen bisweilen leichter, bisweilen schwerer als sie sich bei Anwendung von § 278 BGB. gestalten würde. Unmöglich aber ist in allen Fällen die unmittelbare Anwendung von § 254 BGB.; nur bei § 61 VVG. kann er in Frage kommen. — Verf. sucht nachzuweisen, daß seine Meinung vom RG. (**RG. 58** Nr. 88, **62** Nr. 48) geteilt werde, daß sie sich im Entwurf eines ÖstVVG. (§ 49 Abs. 3) und im Schweiz. VVG. (Art. 14 Abs. 2) wiederspiegeln und daß sie in den Mustersatzungen für Viehlebensversicherung (§ 49) vom APV. zum Ausdruck gebracht worden sei. — Nur hinsichtlich der Beurteilung des gesetzlichen Vertreters modifiziert Verf. (732 ff.) seine Ansicht dahin: Es müssen, wenn das Recht des Versicherungsnehmers auf die Versicherungsleistung entstehen soll, die dafür aufgestellten Rechtsvoraus=

setzungen grundsätzlich durch den gesetzlichen Vertreter beschafft werden. Der Vertretene haftet für Zuwiderhandlungen und Unterlassungen des gesetzlichen Vertreters. Es ist aber der Entschuldigungsbeweis aus der Person des gesetzlichen Vertreters zulässig.

III. Brodmann, Die Haftung des Schuldners nach § 278 BGB., insbesondere die Haftung des Versicherungsnehmers, JheringsJ. 58 187 ff. Die Haftung des Versicherungsnehmers kommt, abgesehen von der Prämienzahlungspflicht, die in §§ 38, 39 VVG. geregelt ist, in folgenden Gruppen von Fällen in Betracht (259 ff.). A. I. Verpflichtung des Versicherungsnehmers zur Darlegung der für die Beurteilung des Risikos erforderlichen Umstände a) bei Vertragsschluß (§ 16 ff. VVG.), b) später (§§ 23 Abs. 2, 27 Abs. 2, 71, 114, 121, 146, 151 Abs. 2 VVG.). II. Verhalten des Versicherungsnehmers in Beziehung auf den Gegenstand der Versicherung: a) während Bestehens der Versicherung im allgemeinen (§§ 23 Abs. 1, 32, 61, 117 Ziff. 1, 122, 125, 126, 137, 152 VVG.), b) nach Eintritt des Versicherungsfalls (§§ 62, 154 Abs. 2 VVG.). III. Schutz des Versicherers gegen Beeinträchtigung seiner Rechtslage: a) in Beziehung auf den Tatbestand des Versicherungsfalls, dessen Beweis und die Rechtsverteidigung des Versicherers (§§ 12 Abs. 2, 33, 34, 92, 93, 111, 153 VVG.), b) in Beziehung auf Ersatzansprüche, die dem Versicherungsnehmer auf Grund des Versicherungsfalls gegen Dritte zustehen (§§ 67, 118 VVG.), c) in Beziehung auf sein Verhältnis zu anderen Versicherern desselben Risikos (§§ 58, 90 VVG.). — Nach dem zeitlichen Verlaufe der Dinge ergeben sich folgende Gruppen: B. I. Abschluß des Vertrags. Anzeigepflicht (§§ 16 ff.). II. Obliegenheiten des Versicherungsnehmers bis zum Eintritte des Versicherungsfalls: 1. Vermeidung des Versicherungsfalls im allgemeinen (§§ 61, 125, 152, 154 Abs. 2). 2. Pflegliche Behandlung des Gegenstandes, auf den sich die Versicherung bezieht (§§ 32, 117, 126). 3. Vorbeugung (§§ 121, 122). 4. Obliegenheiten in Beziehung auf Gestaltung des Risikos im allgemeinen: a) Gefahrerhöhung durch den Versicherungsnehmer (§ 23), b) Gefahrerhöhung unabhängig vom Versicherungsnehmer (§§ 27, 141, 137, 121, 146). 5. Überversicherung, Doppelversicherung (§§ 58, 90). 6. Veräußerung des Gegenstandes der Versicherung (§§ 69—73, 114, 151 Abs. 2). III. Obliegenheiten nach dem Eintritte des Versicherungsfalls: 1. Abwendung weiteren Schadens (§ 61). 2. Verpflichtung, den Tatbestand nicht zu verdunkeln (§§ 93, 111). 3. Anzeige des Versicherungsfalls (§§ 33, 92, 153). 4. Auskunft, Belege (§ 34). 5. Rechtzeitige Klagerhebung (§ 12). 6. Erhaltung der Ersatzansprüche gegen Dritte (§§ 67, 118). — Diese verschiedenen Gruppen und Fälle bespricht Verf. eingehend. Zu B II 1 (§ 61 usw.): Es handelt sich um vertragliche Verbindlichkeiten. Aber es muß der Versicherer die Nichterfüllung derselben beweisen. Auch bringt ihre Verletzung keine Schadensersatzpflicht hervor. § 254 BGB. ist unanwendbar. Eine Haftung für Hilfspersonen trifft den Versicherungsnehmer nicht (273 ff.). Zu B II 2, 3, 4 a, III 1 gilt das Vorgesagte (279 ff.). B I 1 scheidet überhaupt aus (286). Die Haftung nach §§ 16 ff. VVG. ist keine Haftung aus dem Vertrage. Es handelt sich hier nicht um Erfüllungsgehilfen, sondern mehr um Vertreter und Bevollmächtigte. Zu B II 4 b, 5, 6, III 3 (286 ff.). Nicht haftet der Versicherungsnehmer, weil der anzeigepflichtige Umstand einem seiner Angestellten oder überhaupt einem Erfüllungsgehilfen bekannt war. Wohl aber greift § 278 BGB. ein, wenn eine Hilfsperson mit der Absendung der Anzeige beauftragt war. Die Anzeigepflicht ist jedoch bereits mit Absendung der Anzeige erfüllt. Auch haftet der Versicherungsnehmer nur für grobe Fahrlässigkeit und diligentia quam suis. Zu B III 5 (291 ff.). Haftung nach § 278 BGB. für Gehilfen, aber nicht für den Rechtsanwalt, der die Klagefrist versäumt. Zu B III 6 (293). Haftung nach § 278 BGB. Die Fälle B III 2 u. 4 können unberücksichtigt bleiben. — Abgesehen von

der Haftung für Erfüllungsgehilfen kommt die für gesetzliche und gewillkürte Vertreter in Betracht. Für gesetzliche Vertreter, einschließlich Konkursverwalter, Nachlaßverwalter usw., gilt § 278 BGB. (293 ff.). Beim gewillkürten Vertreter gelten, soweit es sich um Rechtsgeschäfte handelt, §§ 164 ff., 166 BGB. Im übrigen gilt § 278 BGB. gemäß dem oben zu B II 4 b, 6, III 3 Gesagten (296 ff.).

IV. Rechtsprechung. 1. Falsche Angaben über Brandschäden. **RG. 71** 213, LeipzZ. **10** 297, VAPV. **10** Anh. 40, R. **10** Nr. 221. Die bedingungsmäßig eingetretene Verwirkung des Versicherungsanspruchs durch betrügerische Brandschadensangaben des Versicherungsnehmers muß auch der gegen sich gelten lassen, dem der Versicherungsanspruch vor dem Eintritte des fraglichen Brandes abgetreten war. Denn die Abtretung berührt das Versicherungsverhältnis nur insofern, als das Recht auf die Versichsrungssumme aus dem Vermögen des Versicherungsnehmers ausscheidet. Im übrigen bleibt er Träger der durch dieses Verhältnis gegenüber dem Versicherer begründeten Verbindlichkeiten.

2. Anwendbarkeit des § 254 BGB. a) KGBl. **10** 91 (KG.). Ob § 254 BGB. im Versicherungsrechte kraft Gesetzes Anwendung finden kann, bleibt dahingestellt. Es wird ausgeführt, daß durch die Fassung der Versicherungsbedingungen die Anwendbarkeit von § 254 BGB. vertraglich ausgeschlossen ist, da sie immer nur die Frage behandeln, ob der Versicherungsanspruch bei schuldhaftem Verhalten des Versicherten (Einbruchsversicherung) ausgeschlossen, nicht aber, ob er gemindert wird. **b**) Vgl. im übrigen oben zu I 7, II und III.

3. **RG.** VAPV. **10** Anh. 72, R. **10** Nr. 1677. Der Versicherer handelt auch dann nicht gegen Treu und Glauben, wenn er erst aus anderen Gründen seine Entschädigungspflicht bestritten hatte und sich erst später auf die Verwirkungsklausel stützt.

4. LeipzZ. **11** 484 (KG.). Daraus, daß der Versicherer nach eingetretener Verwirkung infolge eines offenbaren Irrtums seiner Angestellten die Prämien weiter eingefordert und kassiert hat, kann der Versicherungsnehmer weder herleiten, daß der Versicherer auf den Verwirkungseinwand verzichtet habe, noch daß er ihm schadensersatzpflichtig sei, weil er — der Versicherungsnehmer — infolge der Einkassierung von einer anderweiten Versicherung abgesehen habe.

5. **RG.** LeipzZ. **10** 563, WarnE. **10** 146, VAPV. **10** Anh. 72, R. **10** Nr. 1676. § 6 Abs. 2 VVG. gilt für altrechtliche Versicherungsfälle nicht. Der Versicherungsnehmer muß also nach altem Rechte, um die Verletzung von Obliegenheiten, die nach Eintritt des Versicherungsfalls zu erfüllen sind, zu entschuldigen, nicht nur nachweisen, daß ihn weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit trifft, sondern beweisen, daß ihm überhaupt keinerlei Fahrlässigkeit zur Last fällt (vgl. **RG. 19** 132, JW. **09** 695, R. **09** Nr. 3484).

V. Über die Bedeutung der Pflicht zu eigenhändiger Unterschrift auf der Abonnementsquittung bei der Zeitungsabonnementsversicherung s. vor § 1.

VI. ➞ Literatur und Judikatur zu den einzelnen im VVG. geregelten Fällen von Obliegenheiten usw. sind bei den betreffenden Bestimmungen angeführt. Insbesondere wird verwiesen 1. wegen Versäumung der Klagefrist auf § 12 Abs. 2; 2. wegen unrichtiger oder unterlassener Antragsangaben auf §§ 16, 17, 18, 21; 3. wegen Anzeigen von Gefahrerhöhungen auf §§ 23, 27; 4. wegen Sicherheitsmaßregeln auf § 32; 5. wegen Anzeigen vom Versicherungsfall auf § 33 (§§ 92, 110, 146, 153, 174, 182); 6. wegen Auskunftspflicht, Obduktion,

Ausgrabung auf § 34; 7. wegen der Versicherung für fremde Rechnung auf § 79; 8. wegen unpünktlicher Prämienzahlung auf §§ 37, 38, 39; 9. wegen Rettungsmaßregeln auf § 62; 10. wegen Behandlungs- und Operationsduldung auf § 183; 11. wegen Haftung für Dritte insbesondere auf §§ 12 Abs. 2, 16 ff., 32, 33, 34, 61, 62, 130; 12. wegen der Wiederherstellungsklausel auf § 97; 13. wegen Herbeiführung des Versicherungsfalls auf §§ 61, 169, 170, 181; 14. wegen der Pflicht zur Nachversicherung bei der Viehversicherung auf § 116. Red. ←

§ 7. (Vgl. JDR. **8** 1048.) Literatur: Josef, Zweifelsfragen über den Beginn der Versicherung, JheringsJ. **57** 211 ff. — Derselbe, Vormittag und Nachmittag bei der Versicherung, LeipzZ. **10** 285.

I. Josef, Zweifelsfragen über den Beginn der Versicherung, JheringsJ. **57** 211 ff. a) Die Haftung des Versicherers beginnt, wenn man von dem Falle ausdrücklicher Vorversicherung (§ 2 VVG.) absieht, erst, wenn der Vertrag zum Abschlusse gekommen ist, d. h., wenn der Antrag des Versicherungsnehmers angenommen ist, regelmäßig also, wenn diesem gegen Zahlung der Prämie der Versicherungsschein zugegangen ist. Mangels dieser Voraussetzung ist der Versicherer also für Versicherungsfälle auch dann nicht entschädigungspflichtig, wenn sie sich ereignet haben nach dem Tage, der im Versicherungsschein als Beginn der Versicherung angegeben ist. b) Beginnt die Versicherung am Mittage des Tages, an dem der Vertrag geschlossen wird (§ 7 VVG.), so ist der Versicherer, wenn der Versicherungsfall nach dem Mittage sich ereignet, leistungspflichtig, selbst wenn in diesem Zeitpunkte der Schein dem Versicherungsnehmer noch nicht zugegangen ist, sondern ihm erst später im Laufe dieses Tages zugeht. Der Anspruch des Versicherungsnehmers wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß ihm, als ihm der Schein zuging, der stattgehabte Versicherungsfall bekannt war, während dies hierbei dem Versicherer oder dem Agenten unbekannt war. Dem Versicherungsnehmer liegt hier keine Anzeigepflicht aus § 16 VVG. ob. Denn § 7 bezweckt gerade, daß der Versicherer, wenn der Vertrag zustandekommt, für einen am Nachmittage dieses Tages entstandenen Versicherungsfall haften soll. c) Nach § 16 VVG. ist der Antragende verpflichtet, die seit der Stellung des Versicherungsantrags erfolgte Änderung der Sachlage, soweit sie sich als ein gefahrerheblicher Umstand im Sinne von § 16 VVG. darstellt, dem Versicherer anzuzeigen. Die Gebundenheit des Antragstellers hört hiermit nicht auf. Da dem Versicherer nunmehr ein anderer Sachverhalt vorliegt als der im ursprünglichen Antrage bezeichnete, so liegt in der Nachtragsanzeige ein neuer Antrag und es beginnt dem Versicherer eine ganz neue Antragsfrist. d) Erlischt infolge der zwischen Antrag und Annahme eingetretenen Veränderung das versicherte Interesse (z. B. ein Beamter, der Haftpflichtversicherung beantragt hat, ist noch vor Annahme gestorben oder aus dem Amte geschieden), so liegt der Fall des § 68 Abs. 1 VVG. vor. Durch diese Sondervorschrift des Versicherungsrechts wird auf diesem Rechtsgebiete die Anwendbarkeit des § 153 BGB. (Hinderung des Zustandekommens des Vertrags durch Tod des Antragstellers vor der Annahme) ausgeschlossen. e) Hat das gefährdende Ereignis vor dem Beginne der Versicherung begonnen, tritt aber die schadenbringende Wirkung teils vor, teils nach Beginn der Versicherung ein — z. B. das vor Beginn der Versicherung begonnene Feuer dauert auch über den Mittag (§ 7 VVG.) fort —, so ist der Schade nur insoweit zu ersetzen, als er nach Beginn der Versicherung eingetreten ist, ohne Rücksicht darauf, daß er die notwendige Folge des vor Beginn der Versicherung begonnenen Ereignisses war. Der Versicherer ist aber leistungsfrei, wenn der durch das Ereignis

vor Beginn der Versicherung verursachte Schaden so groß war, daß die Sache schon bei Beginn der Versicherung als gänzlich vernichtet anzusehen ist. — Beim Einbruchsdiebstahl ist der Schaden erst entstanden, wenn die Sachen aus den Räumen, in denen sie versichert sind, entfernt sind. Der Versicherer ist also leistungspflichtig, wenn der Dieb zwar vor Beginn der Versicherung eingebrochen, die gestohlenen Sachen aber erst nach dem Beginne der Versicherung aus den Räumen der Versicherten entfernt hat. — Die Pflicht des Versicherungsnehmers, für möglichste Abwendung des Schadens zu sorgen (§ 62 VVG.), besteht auch dann, wenn in dem Augenblicke, wo diese Maßnahmen erforderlich werden (z. B. vormittags), die Versicherung noch nicht bestand, wohl aber unmittelbar darauf (z. B. mittags) wirksam wird. f) Fertigt der Versicherer den Schein aus unter Abweichung von dem Antrage, so liegt hierin die Ablehnung des Antrags, verbunden mit einem neuen Antrage (§ 150 Abs. 2 BGB.). Die Annahme desselben durch den Versicherungsnehmer liegt (wenn man von dem Sonderfalle des § 5 VVG. absieht) nicht schon in dem vorbehaltlosen Behalten des Scheines, wohl aber darin, daß der Versicherungsnehmer dem Agenten die Prämie zahlt. Und aus der Befugnis des Versicherungsagenten zur Empfangnahme der Prämie folgt um so mehr seine Befugnis zur Entgegennahme der Erklärung des Versicherungsnehmers, daß er den Antrag annehme. Der Versicherer ist aber, wenn der Schein gegenüber dem Antrag erschwerende Bedingungen enthält, verpflichtet, den Versicherungsnehmer hierauf besonders hinzuweisen. Anderenfalls kann der Versicherer, der wissen muß, daß derartige Abweichungen nur zu leicht übersehen werden, sich auf diese von ihm verlangten Abweichungen als nicht gehörig zum Ausdrucke gebracht, nicht berufen, und der Vertrag gilt dann lediglich als nach Inhalt des Antrags geschlossen. g) Der Agent ist nach § 43 Ziff. 1 VVG., soweit es sich um die bloße Entgegennahme des Antrags auf Versicherung (nicht um die Erklärung auf diesen) handelt, rechtsgeschäftlicher Vertreter des Versicherers, nicht bloß dessen Werkzeug oder Annahmestelle. Daher beginnt die Frist, während der der Antragsteller an den Antrag auf Schließung des Versicherungsvertrags gebunden ist, schon mit der Stellung des Antrags beim Agenten und nicht erst mit dem Zeitpunkte der Übermittlung des Antrags an den Versicherer. Da der Versicherer zur ausdrücklichen Ablehnung des Antrags nicht verpflichtet ist, vielmehr den bei ihm oder dem Agenten gestellten Antrag unbeachtet lassen kann, so ist er auch nicht dem Versicherungslustigen schadensersatzpflichtig, wenn der Agent die rechtzeitige Beförderung des Antrags an den Versicherer unterlassen hat.

II. Josef, Vormittag und Nachmittag bei der Versicherung, LeipzZ. **10** 285. Verf. bespricht ähnliche Fälle und kommt zu ähnlichen Ergebnissen wie in JheringsJ. **57** 211 ff.

III. Wegen des Beginns der Versicherung s. zu § 2 und wegen der Einlösung der Police s. zu § 38.

§ 8. (Vgl. JDR. **8** 1049.) Literatur: Damm, Zur Frage der Rückwirkung von § 8 VVG. auf laufende, vor dem 1. Januar 1910 abgeschlossene Versicherungsverträge, JahrböffFeuerversAnst. **11** 324 ff. — Furbach, Ältere Versicherungsverträge und § 8 VVG., LeipzZ. **10** 766.

Rückwirkung des § 8. I. Stellung der Rechtslehre. 1. Josef, Die rückwirkende Kraft des neuen VVG., AssekJahrb. **33** 3 ff. 1. Ist in einem vor dem Inkrafttreten des VVG. geschlossenen Vertrage vereinbart, daß das Versicherungsverhältnis als stillschweigend verlängert gilt, wenn es nicht vor dem Ablaufe der Vertragszeit gekündigt wird, so vollzieht die Verlängerung sich nicht mit dem Zeitpunkte, bis zu dem die Kündigung spätestens zu bewirken war, sondern erst

mit dem Ablaufe der vereinbarten Vertragsdauer. In diesem Augenblick aber entfaltet nach Art. 3 EG. VVG. das neue Recht seine Wirkung, so daß der § 8 VVG. die stillschweigende Verlängerung des Vertrags auf länger als ein Jahr hemmt. Das beim Inkrafttreten des neuen Rechtes bestehende Versicherungsverhältnis tritt also mit der ersten unter der Herrschaft des neuen Rechtes eintretenden stillschweigenden Verlängerung (Unterlassung der Kündigung) unter die Regeln des neuen Rechtes, so daß in diesem Zeitpunkte der § 8 anwendbar wird, also schon die erste stillschweigende Verlängerung nur auf ein Jahr wirksam wird. 2. Dagegen findet der § 8 bei den vor dem Inkrafttreten des neuen Rechtes geschlossenen Verträgen keine Anwendung, wenn der Zeitpunkt, bis zu dem spätestens hätte gekündigt werden müssen, vor dem Inkrafttreten des neuen Rechtes liegt. Die Anwendung des § 8 setzt also voraus, daß die im Art. 3 EG. gedachte Kündigungsmöglichkeit nach dem Inkrafttreten des VVG. liegt.

2. Furbach, LeipzZ. **10** 766, stellt die Frage: Verlängern sich Versicherungsverträge, bei denen zwar der Termin, für den die Kündigung zu erfolgen hat, nicht aber schon der Terimn, an dem die Kündigung vorzunehmen ist, unter die Herrschaft des VVG. fällt, wenn die Kündigung unterbleibt, nach den bisherigen Vertragsbedingungen stillschweigend um die gleiche Zeitdauer, für die sie geschlossen waren, oder greift § 8 VVG. Platz, wonach die Verlängerung sich höchstens auf ein Jahr erstreckt? Er bejaht die Frage im Sinne der ersten Alternative, und zwar auch für den Fall, daß der Versicherer dem Versicherungsnehmer schon vom 1. Januar 1910 die Anwendung des Rechtes des VVG. auf das Versicherungsverhältnis zugestanden hat. Im übrigen habe § 8 VVG. auf alle Verlängerungsabreden der am 1. Januar 1910 in Geltung befindlichen Versicherungsverträge Anwendung zu finden, und zwar schon beim ersten unter der Herrschaft des VVG. eintretenden Ablaufe.

3. Damm, Zur Frage der Rückwirkung des § 8 VVG. auf laufende, vor dem 1. Januar 1910 abgeschlossene Versicherungsverträge, JahrböffFeuerversAnst. **11** 324 ff. Von dem Zeitpunkt an, in welchem nach Art. 3 EGVVG. der § 8 VVG. in Kraft tritt, kann sich ein Versicherungsvertrag nur noch um je ein Jahr verlängern.

4. DVersZ. **6** 103. § 8 VVG. ist schon bei der ersten nach dem Inkrafttreten des VVG. eintretenden stillschweigenden Verlängerung anwendbar.

II. Stellung des Aufsichtsamts. 1. VAPV. **09** 244, **10** 13 u. 85 ff., **11** 28 u. 114. Es wird vom APV. andauernd die Ansicht vretreten, daß die Vertragsdauer schon vom ersten unter der Herrschaft des VVG. eintretenden Kündigungstermin ab sich nur auf ein Jahr verlängert, mag auch beim Vertragsschlusse eine längere Fortdauer ausbedungen sein.

2. VAPV. **10** 13, 86. Die Bestimmung des § 8 VVG. findet bei laufenden Verträgen dann keine Anwendung, wenn der Zeitpunkt, bis zu welchem spätestens habe gekündigt werden müssen, vor dem 1. Januar 1910 lag. Im Hinblick auf Art. 3 EGVVG. muß die bedingungsgemäße Verlängerungsfrist ausgehalten werden, wenn sie noch vor dem 1. Januar 1910 begann.

3. Über die Frage, ob und wann der Versicherer für die sog. Verlängerungsscheine eine Gebühr fordern kann, s. zu § 9 Ziff. 3 VAG.

III. Rechtsprechung. 1. VAPV. **11** Anh. 5, OLG. **22** 78, PraxPrV. **3** 51 ff., R. **11** Nr. 896 (KG.). Ist in einem unter der Herrschaft des alten Rechtes geschlossenen Versicherungsvertrage, falls der Vertrag nicht gekündigt wird, dessen stillschweigende Verlängerung für eine längere Dauer als ein Jahr vorgesehen, und treten nach dem 1. Januar 1910 die tatsächlichen Voraussetzungen von Art. 3 EG. VVG. ein, d. h. die Kündigungsmöglichkeit und die Unterlassung der Kündigung, so tritt von dem Zeitpunkt ab, von dem ab das Versicherungsverhältnis nach Ablauf der bisherigen Vertragszeit fortgesetzt wird, nur eine einjährige Vertragsverlängerung ein. § 8 gilt also schon bei der ersten stillschweigenden Verlängerung.

2. VersAnn. **11** 1033 (KG.). § 8 VVG. hat in gewissem Sinne rückwirkende Kraft, insofern er schon bei der ersten nach Inkrafttreten des VVG. liegenden Verlängerung anzuwenden ist.

3. Ebenso WallmVersZ. **45** 65, PraxPrV. **3** 50 ff. (LG. I Berlin).

4. PraxPrV. **3** 48 (AG. Berlin-Mitte). Das im § 8 VVG. ausgesprochene Verbot einer Verlängerung des Vertrags über einen Zeitraum von mehr als einem Jahre findet schon bei der ersten nach Inkrafttreten des VVG. eintretenden weiteren Verlängerung Anwendung.

§ 9. PraxPrV. **3** 44 (KG.). Soll bedingungsgemäß mit dem Verkauf einer Sache (Automobil) das Versicherungsverhältnis enden, so ist eine Kündigung nicht notwendig. Dem Versicherer gebührt die volle Prämie für die zur Zeit der Veräußerung laufende Versicherungsperiode.

§ 10. Vgl. JDR. **8** 1049.

§ 11. (Vgl. JDR. **8** 1049.) I. Vereinbarung über Fälligkeitsaufschub. 1. OLG. **19** 439, SeuffA. **64** 439, R. **10** 18 (Rostock). Die Bestimmung, daß die Entschädigung erst nach endgültiger Festsetzung zu zahlen und zu verzinsen sei, ist gültig (früheres Recht).

2. PraxPrV. **3** 55 (KG.). Die Abrede, daß die Verzinsung der Versicherungssumme erst nach Ablauf eines Monats nach Anerkenntnis, Vergleich oder rechtskräftigem Urteile verlangt werden kann, ist (vor Inkrafttreten des VVG.) gültig.

3. VAPV. **11** Anh. 123 (Posen). § 11 VVG. hat rückwirkende Kraft auch auf Versicherungsfälle, die vor dem 1. Januar 1910 entstanden und auf die an sich die abweichenden älteren Feuerversicherungsverbandsbedingungen anwendbar sind.

4. LeipzZ. **10** 718 (Colmar). Die §§ 11, 94 Abs. 2 u. 3 VVG. finden auf bestehende Versicherungsverhältnisse bereits mit Inkrafttreten des VVG. Anwendung, und zwar selbst dann, wenn der Schadensfall vor dem 1. Januar 1910 liegt, der Versicherungsvertrag aber durch den Schadensfall nicht erloschen, vielmehr nur für beide Teile kündbar geworden ist.

5. VAPV. **11** Anh. 34 (Colmar). Die Bestimmung der Bedingungen, daß die Versicherungssumme erst einen Monat, nachdem die Verpflichtung durch Anerkenntnis beider Teile, Vergleich oder rechtskräftiges Urteil festgestellt ist, fällig sein soll, ist nach VVG. unzulässig (§ 11 VVG.). Sie war nach altem Rechte nicht sittenwidrig und deshalb nicht unwirksam (**RG. 6** 198, **8** 170, SeuffA. **46** 453, Gruchots Beitr. **39** 697). Wohl aber kann unter Umständen die Geltendmachung dieser Bestimmung unsittlich und deshalb unbeachtlich sein (**RG. 32** 343). Sie darf nicht dazu führen, den Versicherer durch Anstrengung von Prozessen und lange Hinzögerung derselben auf Kosten des Versicherten zu bereichern und dessen Notlage, besonders bei Bränden, zu dessen Nachteile auszubeuten. Deshalb wird in concreto Schikane angenommen und demgemäß trotz jener Vorschrift der Versicherer vorläufig vollstreckbar verurteilt, sofort zu zahlen.

II. Anerkenntnis. (Vgl. JDR. **8** 1051). 1. PraxPrV. **3** 157 (KG.). Das Eintreten des Versicherers in Schadensermittelungen enthält noch kein Anerkenntnis einer Zahlungsverpflichtung.

2. **RG.** JW. **10** 1009, DJZ. **10** 1467, R. **10** Nr. 4034, WarnE. **10** 493, DVersZ. **11** 211. Wenn im Prozesse des Verletzten gegen den Haftpflichtversicherten die Verteidigung von der Versicherungsgesellschaft geleitet wird, so kann hierin ein konkludentes Anerkenntnis der Regreßpflicht nach Lage des Falles zu erblicken sein.

3. **RG.** PraxPrV. **3** 189, R. **10** Nr. 783. Die stillschweigende Erklärung, einen Schaden als unter die bestehende Versicherung fallend zu behandeln, liegt darin, daß der Versicherer die Prozeßführung für einen Schaden übernimmt, der durch ein, wie er wußte, neu angeschafftes, noch nicht versichertes Automobil entstanden war. Es liegt dann ein Vergleich oder ein unbenannter Vertrag vor. Anders

ist es, wenn der Versicherer die Prozeßführung übernimmt, weil er irrig annimmt, es handle sich um das alte, versicherte Automobil (→ vgl. aber RG. JDR. 8 1105. Red. ←)

4. Wegen Anerkenntnisses durch Übernahme der Prozeßführung für den Haftpflichtversicherten s. auch zu § 149.

5. Wegen der Frage, ob in Genehmigung der Tötung des versicherten Viehes ein Anerkenntnis der Entschädigungspflicht liegt, vgl. zu § 126.

6. Wegen des Anerkenntnisses eines Abschätzungsergebnisses s. zu § 64.

III. Vergleich (vgl. JDR. 8 1050). 1. RG. LeipzZ. **10** 633, VAPV. **10** Anh. 66. Ein Vergleich über einen Unfallversicherungsanspruch ist nach § 779 BGB. unwirksam, wenn beide Teile irrig angenommen haben, daß der Versicherungsnehmer den Unfall nicht bei Begehung einer strafbaren Handlung erlitten hat, während dies in Wahrheit der Fall und deshalb bedingungsgemäß der Versicherungsanspruch ausgeschlossen war.

2. **RG.** VAPV. **10** Anh. 25, R. **10** Nr. 53. Der Vergleich über einen Unfallversicherungsanspruch bleibt wirksam trotz beiderseitigen Irrtums über eine Voraussetzung (Einhaltung der Unfallanzeigefrist), wenn ein weiterer davon unabhängiger Streitpunkt vorliegt (angebliche Schuld des Ehemanns der Versicherten am Unfalle).

3. OLG. **20** 20 (München). Anfechtung eines Vergleichs wegen eines von der Haftpflichtversicherungsgesellschaft zu entschädigenden Unfalls, weil die Beteiligten irrig annahmen, es liege ein Betriebsunfall vor, hinsichtlich dessen der Verletzte nach Ablauf der ersten 13 Wochen von der Berufsgenossenschaft entschädigt werden würde.

IV. Verzicht (vgl. JDR. 8 1050). PraxPrV. 3 113 (KG.). Wenn auf die eingereichten Schadensberechnungen wegen Viehschäden mit dem Vermerke quittiert ist, daß der Versicherte vorstehenden Schaden mit einer bestimmten Summe erhalten habe, womit er sich für voll befriedigt erkläre, so kann der Versicherte nicht hinterher noch Ansprüche geltend machen, die in der Schadensberechnung nicht erwähnt waren. — Zur Abgabe jener Verzichtserklärung ist nach § 54 HGB. der Verkäufer und Kassierer eines Großviehhändlers ermächtigt, der seit Jahren die Versicherungsangelegenheiten abgewickelt hatte.

V. Wegen Anerkenntnis und Vergleich bei Verhandlungen des Haftpflichtversicherers mit dem Verletzten s. zu § 156.

§ 12. (Vgl. JDR. 8 1050). Literatur: Josef, Die Haftung des Versicherungsnehmers für Handlungen Dritter, ZVersWiss. **11** 201 ff. (s. zu § 6). — Schwartz, Anspruchsverjährung und Anschlußversicherung in der Haftpflichtversicherung, LeipzZ. **10** 208 ff. (s. zu § 154). — Im übrigen siehe zu § 6 und das zu § 6 VI Gesagte.

I. Allgemeines: Verjährungs- und Klagfrist (vgl. JDR. 8 1050). 1. VAPV. **11** Anh. 3 (Marienwerder). § 12 Abs. 2 u. 3 sind nicht anwendbar, wenn der Versicherte bereits vor dem Inkrafttreten des VVG. gestorben war (vgl. zu Art. 4 EGVVG.).

2. VAPV. **10** 86. Die sechsmonatige Ausschlußfrist des § 12 Abs. 2 VVG. bezieht sich nur auf Geltendmachung des Versicherungsanspruchs durch Klage oder im Wege des Schiedsgerichtsverfahrens (§§ 1025 ff. ZPO.). Dagegen sind für das Verfahren zur Feststellung einzelner Voraussetzungen des Anspruchs oder seiner Höhe durch Sachverständige kürzere Fristen zulässig. Das APV. hält solche von 3 Monaten

für Lebens- und Invaliditäts- und noch kürzere, selbst nach Tagen bemessene bei der Hagelversicherung für zulässig.

3. **RG.** JW. **10** 244, R. **10** Nr. 1164, LeipzZ. **10** 694, VAPV. **10** Anh. 113. Die Klagefrist ist keine Verjährungsfrist, sondern Ausschlußfrist. Die §§ 194 ff. BGB. sind auf solche Ausschlußfristen nur dann entsprechend anwendbar, wenn das Gesetz es bestimmt oder die Parteien es vereinbart haben. Beides trifft im allgemeinen bei Versicherungsverträgen nicht zu. Insbesondere ist § 212 BGB. nicht anwendbar.

4. LeipzZ. **11** 162, ElsLothJZ. **11** 401 (Colmar). Ausschluß-, nicht Verjährungsfrist liegt trotz des Wortlauts vor, wenn bestimmt ist: „Alle Ansprüche, die nicht binnen 6 Monaten nach ... Zahlungsweigerung ... durch Erhebung und Zustellung der Klage vom Versicherungsnehmer geltend gemacht sind, sind verjährt".

5. **RG.** PraxPrV. **3** 60. Keine analoge Anwendung von Vorschriften über die Verjährung auf die Klagefrist.

II. Ablehnung des Versicherungsanspruchs (vgl. JDR. **8** 1051). 1. PraxPrV. **3** 201 ff. (Stuttgart). Sind die Versicherungsansprüche binnen einer bestimmten Frist, beginnend von der Benachrichtigung, daß die Ansprüche bestritten werden, gerichtlich geltendzumachen, so wird diese Frist erst durch eine bestimmte, gerade den streitigen Anspruch betreffende Zahlungsweigerung in Lauf gesetzt.

2. **RG.** JW. **11** 595, LeipzZ. **11** 941. Der bedingungsgemäß die Klagefrist in Lauf setzende Ablehnungsbescheid der Gesellschaft muß allen Miterben zugehen. Andernfalls beginnt der Fristlauf nicht. Die Bevollmächtigung des einen Miterben zur Unfallanzeige und zur Ablehnung von Vergleichsvorschlägen enthält nicht auch zugleich die Bevollmächtigung zur Empfangnahme des Ablehnungsbescheids für alle Miterben. Anderweitig erlangte Kenntnis des aus der Versicherung Berechtigten von der Ablehnung der Gesellschaft steht dem die Klagefrist in Lauf setzenden Zugehen dieser Erklärung nicht gleich.

3. VAPV. **11** Anh. 3 (Marienwerder). Die Klagefrist beginnt erst mit der Zustellung des den Versicherungsanspruch ablehnenden Bescheids an alle Mitberechtigten, also an alle Erben des Versicherten.

4. **RG.** LeipzZ. **10** 479, VAPV. **10** Anh. 63. Die Ablehnung des Versicherungsanspruchs, die die Klagefrist in Lauf setzt, kann nicht demjenigen, der ohne Legitimation die Unfallanzeige erstattet hat (Ehefrau usw.), sondern nur dem Versicherten, seinem Vertreter und, wenn er geschäftsunfähig ist, seinem gesetzlichen Vertreter gegenüber erklärt werden.

5. HansGZ. **10** Beibl. 243, R. **10** Nr. 3670 (Hamburg). Solange bei der Haftpflichtversicherung der Versicherte seine Entschädigungspflicht dem Dritten gegenüber bestreitet, kommt die Haftung des Haftpflichtversicherers noch nicht in Frage. Eine dieselbe ablehnende Äußerung des Versicherers ist keine die Verjährung in Lauf setzende Zahlungsweigerung.

6. Über den Beginn der Verjährung und der Klagefrist in der Haftpflichtversicherung s. auch zu § 154.

III. Gerichtliche Geltendmachung des Versicherungsanspruchs (vgl. JDR. **8** 1053). 1. **RG.** JW. **10** 244, R. **10** Nr. 1164, LeipzZ. **10** 694, VAPV. **10** Anh. 113. Klagerhebung vor dem unzuständigen Gerichte kann entschuldbar und die Klagefrist daher nicht versäumt sein.

2. LeipzZ. **10** 707, OLG. **22** 89, R. **10** Nr. 1167, **11** Nr. 890 (Cassel). Unter der bedingungsgemäß vorgeschriebenen „Erhebung" des Anspruchs innerhalb bestimmter Frist ist dasselbe zu verstehen, was § 12 VVG. unter „gerichtlicher Geltendmachung" versteht, nämlich die Einklagung des Anspruchs.

Deshalb genügt zur Wahrung der Klagefrist nicht die Streitverkündung des Haftpflichtversicherungsnehmers an den Versicherer in einem Prozesse des Verletzten gegen den Versicherungsnehmer wegen des Unfalls.

3. LeipzZ. **11** 162, ElsLothJZ. **11** 401 (Colmar). Wenn Klageerhebung vorgeschrieben ist, so wird durch Streitverkündung die Klagefrist nicht gewahrt.

4. DVersZ. **11** 67 (Zweibrücken). Durch Geltendmachung eines Teiles des Versicherungsanspruchs wird die Klagefrist mindestens dann gewahrt, wenn in der Klage künftige Erweiterung des Anspruchs vorbehalten war und die Versicherungsgesellschaft hiergegen zunächst nichts eingewendet hatte. Übrigens wäre die Versäumung hiernach als entschuldigt anzusehen.

5. LeipzZ. **11** 244 (Hamburg). Wennschon nicht in jeder Ermäßigung des in der Klage enthaltenen Antrags eine teilweise Klagrücknahme liegen muß, so liegt eine solche doch vor, wenn der Versicherte erst Leistungsklage auf einen Betrag erhebt, der einer Erwerbsminderung von 75 pCt. entspricht, dann aber die Summe ermäßigt unter Zugrundelegung von 33 1/3 pCt. Infolge dieser teilweisen Klagrücknahme gilt die Klage auf das Mehr als nicht erhoben. Die Klagefrist ist insoweit also nicht gewahrt. Nachträgliche Erhöhung ist ausgeschlossen.

6. **RG.** WallmVersZ. **45** 1. Der bedingungsgemäß gegenüber dem ersten ablehnenden Bescheide des Versicherers erhobene Antrag auf schiedsgerichtliche Entscheidung wirkt auch gegenüber einem weiteren Ablehnungsbescheide, der nach teilweiser Zahlung ergeht. Versäumung der bedingungsgemäßen Frist zum Antrag auf schiedsgerichtliche Entscheidung liegt also nicht vor.

IV. Vergleichsverhandlungen (vgl. JDR. **8** 1051). 1. **RG.** DJZ. **11** 90, R. **10** Nr. 4183. Vergleichsverhandlungen hemmen nicht den Lauf der Klagefrist. Das könnte nur angenommen werden, wenn das Scheitern der Vergleichsverhandlungen so kurz vor dem Fristablauf eingetreten wäre, daß rechtzeitige Klagerhebung nicht mehr möglich war.

2. **RG.** PraxPrV. **3** 60. Vergleichsverhandlungen haben auf den Lauf der Klagefrist keinen Einfluß, wenn sie so rechtzeitig abgebrochen werden, daß die Klage noch innerhalb der Frist erhoben werden kann.

3. WürttJ. **23** 146 (Stuttgart). Haben Vergleichsverhandlungen stattgefunden, so muß nach ihrem Scheitern die Klagerhebung unverzüglich in angemessener Frist, beginnend vom Scheitern der Vergleichsverhandlungen, nachgeholt werden. Diese Frist ist angemessen zu verlängern, wenn die bedungene Klagefrist von dem Versicherten wegen der Vergleichsverhandlungen nicht genügend hat benutzt werden können.

4. Wegen der Vergleiche in Versicherungssachen s. auch zu § 11.

V. Verzicht auf Einhaltung der Klagefrist. 1. **RG.** JW. **10** 35, R. **10** Nr. 214, LeipzZ. **10** 409, VAPV. **10** Anh. 39. Der Wunsch der Versicherungsgesellschaft, die Entschädigungsfrage bis zum Abschluß einer strafgerichtlichen Untersuchung aufzuschieben, enthält einen Verzicht auf die Verwirkungseinrede wegen Nichteinhaltung der bedingungsgemäßen Klagefrist.

2. **RG.** JW. **10** 1009, DJZ. **10** 1467, R. **10** 4034, WarnE. **10** 493, DVersZ. **11** 211. Wenn bestimmt ist, daß Versicherungsansprüche ausgeschlossen sind, falls sie nicht innerhalb bestimmter Frist von der Gesellschaft als rechtsgültig anerkannt oder gegen sie eingeklagt sind, so genügt nicht nur ein ausdrückliches, sondern auch ein durch schlüssige Handlungen betätigtes Anerkenntnis. Letzteres kann in der Leitung der Verteidigung des Versicherten in dem gegen ihn vom Verletzten angestellten Prozesse liegen.

3. **RG.** R. **10** Nr. 1165. Kein vorbehaltloses Anerkenntnis des Ver-

sicherungsanspruchs, das bedingungsgemäß von Einhaltung der Klagefrist den Versicherten entbunden hätte, liegt vor, wenn nach dem Brande polizeiliche Erörterungen wegen Verdachts der Überversicherung eingeleitet sind und der Versicherer nach Abschätzung des Schadens die Versicherung mit dem Bemerken kündigt, „es steht noch nicht fest, ob und eventuell bis zu welcher Höhe eine Entschädigungsleistung erfolgen werde".

4. Im übrigen s. wegen der Frage, wann ein Anerkenntnis vorliegt, oben zu § 11.

VI. Entschuldbarkeit der Versäumung (vgl. JDR. 8 1052). 1. **RG.** MittöffFeuerversAnst. **11** 864. Wenn der Versicherungsnehmer infolge nachträglich sich als grundlos ergebender Anzeige des Versicherers wegen Versicherungsbetrugs verhaftet wird, so kann er während der Zeitdauer der Untersuchungshaft hinsichtlich der nicht fristgemäßen Klagerhebung als entschuldigt angesehen werden. Er muß aber in angemessener Frist nach der Haftentlassung die Klagerhebung nachholen. Sonst tritt die Verwirkung ein.

2. **RG.** Sörgel **11** 968. Versäumung der Klagefrist ist unentschuldbar, wenn die Police ausdrücklich von „Erhebung und Zustellung der Klage" redet, die Gesellschaft bei Ablehnung der Ansprüche wiederholt auf die Notwendigkeit der Klagerhebung hingewiesen, der Anwalt des Versicherungsnehmers aber trotzdem nicht Klage erhoben, sondern den Streit verkündet hat. Keine Pflicht der Gesellschaft, dem Versicherungsnehmer nach Zustellung der Streitverkündung auf den Fehler aufmerksam zu machen.

VII. Versäumung durch Verschulden Dritter (vgl. JDR. 8 1052). 1. ZVersWes. **11** 29. Die Versäumung der Klagefrist ist nicht deshalb entschuldbar, weil nur den Anwalt ein Verschulden trifft. Der Versicherte haftet für den Anwalt.

2. **RG.** PraxPrV. **3** 60. Die nicht rechtzeitige Erhebung der Klage durch den Prozeßbevollmächtigten des Versicherungsnehmers ist von diesem zu vertreten, selbst wenn es sich um einen Armenanwalt handelt.

3. **RG.** DJZ. **11** 90, R. **10** Nr. 4184. Wenn der Beauftragte (Rechtsanwalt) des Versicherungsnehmers die Einhaltung der Klagefrist versäumt, so gereicht dies dem Versicherungsnehmer nicht zur Entschuldigung.

4. LeipzZ. **11** 162, ElsLothJZ. **11** 401 (Colmar). Klagefristversäumung wird nicht durch den Hinweis darauf entschuldigt, daß der Rechtsanwalt unrichtige Belehrung über den Inhalt der Versicherungsbedingungen erteilt, daß also Rechtsirrtum des Versicherungsnehmers vorgelegen habe (**RG. 73** 337).

5. OLG. **22** 88, R. **11** Nr. 888 (Braunschweig). Schuldhafte Versäumung der Klagefrist liegt vor, wenn der Versicherungsnehmer die Unterweisung seiner Angehörigen über Einhaltung der Klagefrist unterlassen hat oder wenn die Angehörigen die erforderliche Erkundigung hierüber nicht vorgenommen haben.

6. Vgl. im übrigen oben zu § 6 I 7 (Josef) und III aE. (Brodmann).

VIII. Abfindungsangebot. LeipzZ. **10** 638, R. **10** Nr. 3279 (KG.). Wenn die Klagefrist versäumt ist, so wird die Verwirkung nicht dadurch geheilt, daß die Versicherer unter Ablehnung der Entschädigungspflicht sich später zur Zahlung eines gewissen Betrags bereit erklärt.

IX. Zu Abs. 3. Über die Möglichkeit des Ausschlusses von Haftpflichtversicherungsfällen, die später als ein Jahr nach Beendigung der Versicherung angezeigt sind, s. zu § 154.

§ 13. (Vgl. JDR. 8 1052.) Literatur: Josef, Der Einfluß des Konkurses auf die Sachschaden-, insbesondere auf die Feuerversicherung, MittöffFeuerversAnst. **11** 601 ff., 639 ff. — Kirchberger, Der Einfluß des Konkurses auf schwebende Ver-

sicherungsverhältnisse unter Ausschluß der Lebensversicherung, GoldschmidtsZ. **68** 147 ff. (Leipziger gekrönte Preisarbeit). — Zeigner, Der Einfluß des Konkurses über das Vermögen des Versicherungsnehmers oder Begünstigten auf privatrechtliche Lebensversicherungsverhältnisse. Leipz. Diss. 1912, voraussichtlich demnächst in einer der größeren Zeitschriften erscheinend (s. zu § 14 und zu § 166).

I. Kirchberger, Einfluß des Konkurses auf schwebende Versicherungsverhältnisse unter Ausschluß der Lebensversicherung, GoldschmidtsZ. **68** 147 ff. 1. Der Versicherungsvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag. Die im § 13 VVG. normierte Monatsfrist ist unabänderlich, sie kann also weder verkürzt, noch verlängert werden. Tritt der Versicherungsfall vor Konkurseröffnung ein, so hat der Versicherungsnehmer eine nicht bevorrechtigte Konkursforderung. Fällt der Versicherungsfall in die Monatsfrist, so hat der Versicherungsnehmer einen Masseanspruch nach § 59 Ziff. 2 KO. Ereignet sich der Versicherungsfall nach Ablauf der Monatsfrist, so besteht kein Anspruch mehr aus dem Versicherungsvertrag, insbesondere steht dem Versicherungsnehmer kein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des über die Monatsfrist hinaus geschlossenen Vertrags zu. Die Aufrechnung gegenüber der Prämienforderung ist zulässig, wenn der Versicherungsfall innerhalb des Monats nach Konkurseröffnung eintritt. Sie ist dagegen unzulässig, wenn sich der Versicherungsfall vor Konkurseröffnung ereignet. 2. Ist der Versicherer ein Gegenseitigkeitsverein, so bewirkt die Konkurseröffnung die Auflösung des Vereins, jedoch behält der Verein seinen korporativen Charakter, auch berührt der Konkurs das Versicherungsverhältnis an und für sich nicht. Das Versicherungsverhältnis erlischt erst einen Monat nach Konkurseröffnung. Gleichzeitig endigt die Mitgliedschaft. Auch für den Gegenseitigkeitsverein gilt § 13 VVG. Tritt der Versicherungsfall vor Konkurseröffnung ein, so ist das versicherte Mitglied hinter allen Konkursgläubigern zu befriedigen. Ereignet sich aber der Versicherungsfall nach Konkurseröffnung und noch innerhalb der Monatsfrist, so ist das versicherte Mitglied Massegläubiger. 3. Handelt es sich um eine Seeversicherung, so gilt für den Konkurs des Seeversicherers ausschließlich, der § 898 HGB., und zwar gleichgültig, ob es sich um eine Versicherung auf eigene oder fremde Rechnung handelt. Der Versicherte (Versicherungsnehmer) kann im Konkursfalle des Versicherers entweder vom Vertrage zurücktreten und die gezahlte Prämie zurückfordern, die Zahlung der rückständigen Prämie verweigern oder auf Kosten des Versicherers eine neue Versicherung nehmen. Solange der Versicherte nicht zurücktritt, bleibt das Versicherungsverhältnis intakt. Tritt der Versicherungsfall nach der Konkurseröffnung ein und ist der Versicherte noch nicht zurückgetreten, so ist seine Forderung aus dem Versicherungsvertrag ein Masseanspruch nach § 59 Ziff. 2 KO. Er ist auch in der Lage, die Zwangsvollstreckung in das von dem Versicherer nach der Konkurseröffnung etwa erworbene konkursfreie Vermögen zu betreiben. Nimmt der Seeversicherte Deckungsversicherung oder fordert er nach Rücktritt vom Vertrage die gezahlte Prämie zurück, so sind beide Ansprüche Konkursforderungen. Hat der Seeversicherte Deckungsversicherung genommen, so kann er mit der Forderung auf Ersatz der hierfür aufgewendeten Kosten gegenüber der Prämienforderung des Konkursverwalters aufrechnen.

II. Josef, MittöffFeuerversAnst. **11** 601 ff. 1. Hat das gefährdende Ereignis begonnen vor der Stunde, in der der Konkurs über das Vermögen des Versicherers eröffnet wurde, tritt aber die schadenbringende Wirkung teils vor, teils nach diesem Zeitpunkte ein (z. B. das vor Konkurseröffnung begonnene Feuer dauert auch nach dieser fort), so ist der Schaden, soweit er vor der Konkurseröffnung entstanden war, als Konkursforderung geltend zu machen; als Masseschuld ist er zu ersetzen, soweit er nach Konkurseröffnung eingetreten ist, ohne Rücksicht darauf, daß er die notwendige Folge des vor Konkurseröffnung eingetretenen Ereignisses war.

War aber der durch den Brand vor der Konkurseröffnung entstandene Schaden so groß, daß die Sache schon im Zeitpunkte der Konkurseröffnung als gänzlich vernichtet anzusehen war, so ist der gesamte Schaden als Konkursforderung geltend zu machen. Beim Einbruchsdiebstahl ist der Schaden erst entstanden, wenn die Sachen aus den Räumen, in denen sie versichert sind, entfernt sind; der Versicherer ist also leistungspflichtig, wenn der Dieb zwar vor Konkurseröffnung eingebrochen war, die Entfernung der Sachen aber erst nachher bewirkt hat. 2. § 13 VVG. ist nicht zwingend, da das Gesetz eine diesbezügliche Vorschrift nicht enthält. Die Frist von einem Monate kann also durch Vereinbarung verkürzt oder auch gänzlich beseitigt werden. Nur die Verlängerung ist nach den Grundsätzen des Konkursrechts unzulässig. Die Frist endigt nach § 188 BGB. erst mit dem Ablaufe des letzten Tages, nicht mit derjenigen Stunde dieses Tages, die der Stunde des Anfangstags entspricht. 3. Der Versicherungsnehmer kann nicht aus der Masse Ersatz des Schadens verlangen, den er dadurch erleidet, daß er nach Ablauf der Monatsfrist an Stelle der durch den Konkurs beendigten eine neue Versicherung nehmen muß. 4. Ist der Versicherer ein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, so findet zwar § 13 VVG. gleichfalls Anwendung. § 51 VAG. hat aber zur Folge, daß die Mitglieder Ersatz des ihnen in der Monatsfrist zugestoßenen Schadens erst nach Befriedigung aller Konkursgläubiger beanspruchen können. 5. § 13 VVG. hat zur Folge, daß mit der Konkurseröffnung die Versicherung als nicht mehr vom Gemeinschuldner, sondern als von der Konkursmasse gewährt anzusehen ist, so daß der Versicherungsnehmer die Prämie für den Monat der Masse schuldig geworden ist. Er kann daher nach § 55 Ziff. 1 KO. seine Konkursforderung wegen eines vor Konkurseröffnung erlittenen Brandes nicht gegen den der Masse zustehenden Prämienanspruch aufrechnen.

§ 14. Literatur: ZVersWes. **11** 153: Die Wirkung des Konkurses des Versicherungsnehmers bei der Todesfallversicherung (s. zu § 166). — Im übrigen vgl. die Literatur zu § 13.

I. Kirchberger, GoldschmidtsZ. **68** 147 ff. 1. Bei der Versicherung im eigenen Namen und für eigene Rechnung gehört die Forderung aus dem Versicherungsvertrage zur Konkursmasse des Versicherungsnehmers, gleichgültig, ob der Versicherungsfall vor oder nach Konkurseröffnung eingetreten ist. Handelt es sich allerdings um eine Versicherungsforderung, die sich auf unpfändbare Sachen bezieht (§ 15 VVG.), so fällt diese Versicherungsforderung nicht in die Konkursmasse. Ist die Versicherungsforderung mit der Wiederaufbauklausel des § 97 VVG. belastet, so fällt die Versicherungsforderung mit dieser Beschränkung in die Konkursmasse, wenn sich der Versicherungsfall nach der Konkurseröffnung ereignet hat. Ist der Versicherungsfall vor Konkurseröffnung eingetreten, so gehört eine derartige Versicherungsforderung nicht zur Konkursmasse. 2. Auf den Fortbestand des Versicherungsverhältnisses übt die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Versicherungsnehmers an und für sich keinen Einfluß aus. Es gilt § 17 KO., jedoch ist § 14 VVG. zu berücksichtigen. Lehnt also der Konkursverwalter die Erfüllung des Vertrags ab oder erklärt er sich nicht unverzüglich auf die Anfrage des Versicherers, so kann dieser Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Kündigt der Konkursverwalter den Versicherungsvertrag, so hat der Versicherer im Zweifel keinen Schadensersatzanspruch. Tritt der Konkursverwalter bei einer periodischen Versicherung nicht in den Vertrag ein, so kann der Versicherungsnehmer persönlich die Versicherung mit Beginn der nächsten Periode fortsetzen. Die durch diese Fortsetzung erworbene Versicherungsforderung gehört alsdann zu dem konkursfreien Vermögen des Versicherungsnehmers. Für die Mitglieder eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit gilt § 17 KO. nicht. Hier muß die Satzung geeignete Bestimmungen treffen. 3. Liegt eine Versicherung im eigenen Namen und für

fremde Rechnung vor, so gebühren die Rechte aus dem Versicherungsvertrage dem Versicherten. Gerät der Versicherungsnehmer in Konkurs, so hat der Versicherte an der Versicherungsforderung ein Aussonderungsrecht. Das Aussonderungsrecht ist begrenzt durch die Bestimmungen der §§ 77 und 78 VVG. Das im § 77 normierte Zurückbehaltungsrecht ist ein eigenartiges Vorzugsrecht dinglicher Natur, das im Konkurse zum Absonderungsrechte wird.

II. *Zeigner, Der Einfluß des Konkurses über das Vermögen des Versicherungsnehmers oder des Begünstigten auf privatrechtliche Lebensversicherungsverhältnisse, Leipziger Dissertation (1912). Der Verf. behandelt das Thema sehr ausführlich. Im ersten Teile (§§ 2—6) bespricht er die Lebensversicherung zu eigenen Gunsten und den Einfluß des Konkurses des Versicherungsnehmers auf sie. Die Rechte aus der Lebensversicherung gehören ohne weiteres zur Konkursmasse, es bedarf keines Eintritts in den Vertrag durch den Konkursverwalter. Die §§ 850 Ziff. 4 und 7 ZPO. finden auf privatrechtliche Versicherungsverhältnisse keine Anwendung (§ 3 I). Ist die Versicherung auf den Fall des Todes des Versicherungsnehmers genommen, so ist zur Fortführung der Versicherung durch die Konkursgläubiger eine Einwilligung des Versicherungsnehmers nach § 159 Abs. 2 VVG. nicht erforderlich, wohl aber, wenn der Konkursverwalter die Police veräußert (§ 3 II). § 17 KO. findet auf Lebensversicherungsverhältnisse stets Anwendung, wenn der Versicherungsnehmer noch nicht alle Prämien bezahlt hat; „vollständig erfüllt" im Sinne des § 17 KO. hat der Versicherungsnehmer nicht schon dann, wenn er die betreffende Jahresprämie entrichtet hat (§ 4 II). Wählt der Konkursverwalter nach § 17 KO. Erfüllung, so ist die Verpflichtung zur Zahlung der Prämien Masseschuld, und zwar auch für den Teil der Prämie, welcher auf die Zeit vor der Wahlerklärung und vor der Konkurseröffnung entfällt (§ 4 IV 1). Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, so führt dies bei umwandlungsunfähigen Lebensversicherungen dazu, daß die Haftung des Versicherers und die Prämienzahlungspflicht des Versicherungsnehmers für sofort erlöschen. Nur der auf die Zeit vor dem Eingange der Erfüllungsablehnungserklärung entfallende Teil der Prämie gebührt dem Versicherer und ist als einfache Konkursforderung zu berücksichtigen. Der Versicherer kann aber nach § 26 KO. einen Schadensersatzanspruch geltend machen: dieser ist aber zufolge der Vorschriften in den §§ 173, 175, 178 VVG. in der Art beschränkt, daß die bisher gezahlten Prämien und der Schadensersatzanspruch zusammen nicht höher als der Betrag dreier Jahresprämien sind (§ 4 IV 3 a); entgangener Gewinn kann nicht nach § 26 KO. erstattet verlangt werden. Ist die Versicherung nach §§ 173, 174 VVG. umwandlungsfähig, so führt die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters zur Umwandlung in eine prämienfreie Versicherung, und zwar tritt der Umwandlungserfolg mit dem Schlusse der laufenden Versicherungsperiode ein, während die Prämienzahlungspflicht des Versicherungsnehmers für sofort erlischt. Bis zum Ende der Periode haftet also der Versicherer voll, ohne auf die entsprechende Prämie Anspruch zu haben. Führt seine Haftung aber zu einer Leistung an den Versicherungsnehmer, so kann er die ganze auf diese Periode entfallende Prämie voll in Abzug bringen. § 59 Ziff. 2 KO. ist analog anzuwenden, obwohl ein Anspruch auf den Teil der Prämie nicht besteht. Dies gilt auch bei der Berechnung des nach § 174 Abs. 2—4 VVG. zu berechnenden Umwandlungswerts. Ein Schadensersatzanspruch nach § 26 KO. ist bei umwandlungsfähigen Versicherungen durch die §§ 173, 175, 178 VVG. ausgeschlossen (§ 4 IV 3 b). Ist die Versicherung rückkaufsfähig (§ 176 VVG.), so führt die Erfüllungsablehnung des Verwalters als solche nur zur Umwandlung der Versicherung, nicht zum Rückkaufe. Der Verwalter kann aber den Rückkauf verlangen; das Rückkaufsrecht ist nicht etwa ein höchstpersönliches Recht des Versicherungsnehmers. Der Rückkauf tritt dann mit Ablauf der Versicherungsperiode ein (§ 4 IV 3 c). Im § 4 IV 4 und 5 wird dann die Gestaltung

des Aufrechnungsrechts und der Einfluß eines zur Zeit der Konkurseröffnung schon vorliegenden Prämienzahlungsverzugs des Versicherungsnehmers erörtert, im § 5 die Bedeutung eines etwa nach § 14 VVG. für den Konkursfall vereinbarten besonderen Kündigungs- oder Rücktrittsrechts des Versicherers. § 6 behandelt kurz einige Besonderheiten der mitgliedschaftlichen Versicherung. — Im zweiten Teile bespricht Verf. die Lebensversicherung zugunsten eines Dritten und den Einfluß des Konkurses über das Vermögen des Versicherungsnehmers oder des begünstigten Dritten auf sie (§§ 7—29). Verf. kommt hier auch auf Fragen allgemeiner Bedeutung zu sprechen (§§ 7—10, 11, 18, 21, 28). Hierüber vgl. unten zu § 166.

III. Josef, MittöffFeuerversAnst. **11** 639 ff. Zur Konkursmasse gehört nach § 1 KO. das Vermögen des Gemeinschuldners nur insoweit, als es der Zwangsvollstreckung schlechthin unterliegt. Da die in §§ 19, 98 VVG. bezeichneten Entschädigungsforderungen für versicherte Sachen nur der Zwangsvollstreckung zugunsten bestimmter Gläubiger unterliegen, gehören diese Forderungen nicht zur Konkursmasse. Da dem Versicherer aber die Möglichkeit fehlt, zu unterscheiden, ob und welcher Teil der Entschädigung für versicherte Habe eines Gemeinschuldners im Falle des § 15 VVG. auf unpfändbare Sachen trifft, so wird der Versicherer regelmäßig die gesamte Entschädigungssumme an den Konkursverwalter abführen und es bleibt dem Gemeinschuldner überlassen, die Konkursfreiheit eines bestimmten Betrags gegen den Konkursverwalter geltend zu machen. Da ferner der Versicherer die Entschädigung für Gebäude nur zur Wiederherstellung und nur dann schuldet, wenn die Verwendung des Geldes zu diesem Zwecke gesichert ist, die Wiederherstellung aber ausschließlich dem Konkursverwalter obliegt, der unter gerichtlicher Aufsicht steht und dessen bloße Zusage daher die Verwendung zur Wiederherstellung als gesichert erscheinen läßt, so hat der Versicherer die Entschädigung an den Konkursverwalter schlechthin zu zahlen, sobald dieser die Verwendung zur Wiederherstellung zusagt, also ohne daß es einer Zustimmung der Realgläubiger oder des Gemeinschuldners zur Auszahlung bedarf (§§ 97 ff. VVG.).

IV. VAPV. **11** 114. Die Konkurseröffnung stellt für sich allein keine Gefahrerhöhung dar. Der Versicherer kann also nicht mit dieser Begründung die Versicherung nach Konkurseröffnung über den Rahmen des § 14 VVG. hinaus kündigen.

§ 15. 1. Josef, MittöffFeuerversAnst. **11** 639 ff. Die in §§ 15, 98 VVG. bezeichneten bevorrechtigten (Lieferungs)Gläubiger können die Versicherungsforderung auch während des Konkurses im Wege der Zwangsvollstreckung und des Arrestes pfänden.

2. Vgl. zu § 14 (Kirchberger).

Zweiter Titel. Anzeigepflicht. Gefahrerhöhung.

Vorbemerkung zu §§ 16—34: Die Anzeigepflicht und ihre Verletzung besonders bei Mitwirkung Dritter ist auch neuerdings viel erörtert; wegen der Mitwirkung von Agenten ist auf § 43 Ziff. 1 VVG. zu verweisen. Interessant ist die mehrfach aufgetauchte Frage, ob und in welchem Maße eine Anzeigepflicht auch ohne besondere Antragsfragen und über diese hinaus besteht. — Hinsichtlich der Gefahrerhöhung hat die Frage wiederholt Behandlung gefunden, ob der Versicherer, wenn er nicht kündigt, Prämienerhöhung verlangen kann.

Zu §§ 16—22. Anzeigepflicht bei Vertragsabschluß.

Literatur: Blumhardt, Verletzung der Anzeigepflicht bei Schließung des Versicherungsvertrags, ZVersWes. **10** 297. — Damm, Die Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers nach VVG. I. Die Anzeigepflicht beim Abschlusse des Versicherungsvertrags und die aus der Verletzung entspringenden Rechte und Pflichten beider Vertragsparteien. MittöffFeuerversAnst. **11** 49 ff., 187 ff., 217 ff. — Josef, Zweifelsfragen über den Beginn der Versicherung, IheringsJ. **57** 211 ff. (s. oben zu § 7). — Derselbe, Die Haftung des Versicherungsnehmers für Handlungen Dritter, ZVersWiss. **11** 201 ff. (s. zu § 6). — Öster-

helt, Austausche von Simulantenlisten zwischen Krankenkassen, DVersZ. **11** 63. — Stöß, Die Tragweite des Einflusses einer verschwiegenen Vorerkrankung auf den Versicherungsfall und auf den Umfang der Leistung, ZVersWes. **11** 387. — Im übrigen siehe zu § 6 und das zu § 6 VI Gesagte.

Vor §§ 16 ff. I. Gegenseitige Mitteilung der eingereichten Versicherungsanträge seitens der Versicherungsgesellschaften. 1. Österhelt, Austausch von Simulantenlisten zwischen Krankenkassen, DVersZ. **11** 63. Verf. hält (zunächst für die Sozialversicherung) den Austausch von Simulantenlisten unter gewissen Vorsichtsmaßregeln für zulässig und einen Verbietungsanspruch der Betroffenen aus § 826 BGB. für ausgeschlossen. Es muß zulässig sein, daß die Versicherer sich gegen Elemente schützen, die durch falsche Angaben sich Versicherungsvorteile erschleichen wollen.

2. Zulässigkeit der Mitteilungsverbände. VAPV. **11** 88. Die Versicherer geben sich gegenseitig Auskunft über bei ihnen eingereichte Versicherungsanträge Versicherungslustiger, um sich gegen schlechte Risiken zu sichern. Unrichtigkeiten der bei ihnen eingereichten Versicherungsanträge werden durch Vergleichung mit den Erfahrungen anderer Versicherer über dieselbe Person ermittelt. Insbesondere bestehen derartige Mitteilungsverbände in der Lebens- und Unfallversicherung. Das APV. hält diese Verbände für zulässig und die Mitteilung für erlaubt, weil der Versicherungslustige durch die Antragsfragen nach anderweiten Versicherungen und Versicherungsanträgen ersehe, daß die Gesellschaft sich erkundigen wolle. Durch Unterzeichnung des Antrags gebe der Versicherungslustige zur Auskunftseinholung und zugleich zur Auskunftserteilung seitens der anderen Gesellschaften seine Zustimmung, sofern er eine Erkundigung nicht ausdrücklich verbietet. Zweckmäßiger ist es aber, das Recht der Gesellschaft zu Erkundigungen im Antrag ausdrücklich hervorzuheben.

II. Anzeigepflicht bei laufender Versicherung. **RG. 76** 12, VAPV. **11** Anh. 63, LeipzZ. **11** 462, JW. **11** 467, ZVersWes. **11** 340, WallmVersAnn. **42** 221. Bei sog. laufender Versicherung oder Versicherung mit laufender Police ist für die Anzeigepflicht nicht stets der Zeitpunkt des Abschlusses des Generalversicherungsvertrags maßgebend. Vielmehr sind die besonderen Umstände der einzelnen Versicherung zu berücksichtigen. Eine einheitliche Entscheidung der Frage ist nicht möglich. Bei laufender Viehversicherung ist die Annahme geboten, daß die Hinausschiebung der gesetzlichen Anzeigepflicht bis zu der Zeit, wo sich der betreffende Einzeltransport überblicken läßt, als selbstverständlich und stillschweigend bedungen anzusehen ist.

III. Gefahränderungen zwischen Antragstellung und Antragsannahme (vgl. JDR. **8** 1057). 1. PraxPrV. **3** 29, R. **10** Nr. 220 (Stuttgart). Wenn bedingungsgemäß der Beginn der Krankheitsversicherung davon abhängt, daß der Versicherte bei Aushändigung der Police noch völlig arbeits- und erwerbsfähig ist, so genügt das tatsächliche äußere Bestehen der vollen Arbeits- und Erwerbsfähigkeit ohne Rücksicht auf vorhandene Krankheitsdispositionen und latente Krankheiten.

2. Über das Verhältnis von §§ 16 ff. zu § 7 und über die Pflicht zur Anzeige der nach Antragstellung, aber vor Vertragsabschluß eingetretenen Umstände s. Josef, JheringsJ. **57** 221, oben zu § 7.

IV. Das Verhältnis der gesetzlichen und der vertragsmäßigen Folgen der Verletzung der Anzeigepflicht. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 809, JW. **10** 193, LeipzZ. **10** 317, VAPV. **10** Anh. 108, R. **10** Nr. 784, 785. Der Anspruch auf die Versicherungssumme wird durch wahrheitswidrige Verneinung der Antragsfrage nach früheren Bränden

verwirkt. Die Gesellschaft kann die Leistung verweigern. Das gilt nicht nur nach § 17 VVG., sondern gilt auch nach ALR. (§ 2026 II. 8) und ergibt sich aus der Natur des Versicherungsverhältnisses. Es ist also unnötig, daß die Versicherungsbedingungen diesen Grundsatz aussprechen, und es ist unerheblich, daß in ihnen nur an unrichtige Angaben über die Feuergefährlichkeit die Verwirkung des Versicherungsanspruchs geknüpft wird. Denn diese Bestimmung besagt nicht ohne weiteres, daß die Leistungspflicht nicht auch in anderen Fällen erlöschen könne.

2. Vgl. zu § 16 I und zu § 22 II.

V. Über die Wirkung des Verhaltens des Versicherungsnehmers gegenüber seinem Zessionare s. oben zu § 6.

VI. Über die Rechtsgestaltung in dem Falle, wenn die Verwirkung bedingungsgemäß lediglich an die objektive Unrichtigkeit von Antragsangaben geknüpft ist, sowie über die Möglichkeit einer Irrtumsanfechtung s. zu § 22.

VII. Wegen der Mitwirkung von Agenten s. zu § 43 Ziff. 1.

§ 16. I. Anzeigepflicht auch ohne entsprechende Frage im Antrage. 1. **RG.** LeipzZ. **11** 309, JW. **11** 61, SächsRpflA. **11** 32, R. **11** Ziff. 410. Hat der Versicherungsnehmer die Gefahrumstände an Hand besonderer, vom Versicherer aufgestellter Fragen anzuzeigen, so wird regelmäßig angenommen werden können, daß der Versicherungsnehmer seiner Anzeigepflicht genügt, wenn er diese Fragen richtig beantwortet. Es lassen sich aber auch Fälle denken, in denen eine solche Beantwortung nicht ausreicht und der Versicherungsnehmer selbständig zu prüfen verpflichtet ist, ob er nicht gewisse, ihm bekannte Umstände, auch ganz abgesehen von den gestellten Fragen, dem Versicherer anzuzeigen hat, weil sie offenbar für die Übernahme der Gefahr wesentlich sind. Denn mit Rücksicht darauf, daß der Versicherungsvertrag im besonderen Maße von Treu und Glauben beherrscht wird, muß der Versicherungsnehmer im vollen Umfang und nicht nur in formaler, sondern auch in sachlicher Beziehung als zur Wahrhaftigkeit verpflichtet angesehen werden. Dieser Grundsatz ergibt sich aus der Natur des Versicherungsvertrags mit Notwendigkeit und hatte auch schon im § 2016 II. 8 ALR. Anerkennung gefunden (Nichtangabe von zeitweiligen Schwindelanfällen, weil im Antrage nur danach gefragt worden sei, ob der Versicherungsnehmer „mit Schwindel .. behaftet sei").

2. LeipzZ. **11** 796 (Frankfurt a. M.). Der Versicherte hat (auch nach gemeinem Rechte) die Pflicht, auch ohne eine dahingehende besondere Antragsfrage, solche Umstände anzuzeigen, die nach vernünftigem Ermessen auf die Schätzung der Gefahr und überhaupt auf den Entschluß des Versicherers, sich auf den Vertrag einzulassen, von Einfluß sein können, und die Verschweigung eines solchen Umstandes hat die Unwirksamkeit der Versicherung und den Verlust aller Entschädigungsansprüche zur Folge. Das gilt auch für die Angabe früherer Brände. Sie sind anzuzeigen, selbst wenn nach ihnen im Antrage nicht gefragt worden war.

3. SchlHolstAnz. **11** 73 (Kiel). Die Verpflichtung des Versicherungsnehmers zur Angabe der die Gefahr beeinflussenden Umstände geht nicht über die vorschriftsgemäße Beantwortung der in der Deklaration aufgeführten Fragen hinaus. Also keine Pflicht zur Mitteilung von dem kurz vorher erfolgten Brande und von dem beim Betriebe des Wachsschmelzens angewendeten gefährlichen Verfahren, wenn keine besonderen Antragsfragen hierauf vorliegen.

4. MittöffFeuerversAnst. **11** 385 (Colmar). Eine allgemeine Offenbarungspflicht besteht nicht. Wenn das von einem Unfalle betroffene Schiff ausgebessert und für fahrtüchtig erklärt war, brauchte der Versicherungsnehmer von dem früheren Unfalle dem Versicherer bei Gelegenheit der Verlängerung keine Mitteilung zu machen. Dies selbst dann nicht, wenn der Generalagent erklärt hatte, es werde die Versicherung nicht verlängert werden. Der Versicherungsnehmer

brauchte von dieser Erklärung dem den Verlängerungsvertrag entgegennehmenden Agenten keine Mitteilung zu machen.

5. Vgl. auch zu §§ 16—22 unter IV.

II. Anzeigepflicht bei Fragen des Vertrauensarztes. PraxPrV. 3 78 ff. (Celle). Auch die falsche Beantwortung der Fragen des untersuchenden Vertrauensarztes nach überstandenen Krankheiten stellt ein Verschweigen im Sinne von §§ 16 ff. VVG. dar, unter Umständen sogar ein wissentliches Verschweigen.

III. Einheitlichkeit des Antrags. 1. **RG.** VAPV. **11** Anh. 54, JW. **11** 226. Eine an sich unrichtige Antragsangabe (Verneinung, daß man mit Pferden und Fuhrwerk in Berührung komme) kann aus Antworten auf andere Fragen des Antrags ergänzt werden (Angabe, daß man 6 Monate jährlich auf Reisen sei). Der Antrag bildet für seine Auslegung ein einheitliches Ganze.

2. PraxPrV. **3** 29 (Stuttgart). Bei Prüfung, ob wissentlich falsche Antragsangaben gemacht sind, sind die Antworten nicht einzeln, sondern in ihrem wechselseitigen Zusammenhange zu würdigen.

IV. Verletzung der Anzeigepflicht? (vgl. JDR. 8 1056). 1. PraxPrV. **3** 255 (Hamburg). Keine Verletzung der Anzeigepflicht liegt vor, wenn bei der (See)Transportversicherung der Versicherungsnehmer nur die Ware bezeichnet, nicht aber hinzufügt, daß es sich um „Retourware" handelt.

2. LeipzZ. **11** 796 (Frankfurt a. M.). Frühere Brandschäden sind keine auf die Feuergefährlichkeit einwirkende Umstände (im Sinne der betreffenden Antragsfrage). Denn hierunter sind objektive Umstände gemeint, die die Feuersgefahr für die benachbarten Gebäude erhöhen.

3. AM. BadRpr. **11** 33 (Karlsruhe). Frühere Brände sind, zumal wenn nach ihnen gefragt ist, als auf die Feuergefährlichkeit einwirkende Umstände anzusehen. Hierzu gehören alle Umstände, die eine höhere Feuergefährlichkeit erkennbar hervortreten lassen, auch wenn sie nicht selbst als die bewirkende Ursache der künftigen Feuergefährlichkeit anzusehen sind.

4. PraxPrV. **3** 169 ff. (LG. München). Auslegung von Viehversicherungsbedingungen hinsichtlich der Folgen des Verschweigens von Krankheiten.

5. Über doloses Verschweigen und Ableugnen, daß bestimmte Schäden bei zu befördernden Waren häufig sind, s. zu § 129 Abs. 1.

V. Entschuldbarkeit der Verletzung (vgl. JDR. 8 1056). 1. BadRpr. **11** 33 (Karlsruhe). Verletzung der Anzeigepflicht begründet auch ohne Nachweis eines Verschuldens die vertragsmäßig festgesetzte Anspruchsverwirkung. Doch tritt Verwirkung auch nach früherem Rechte nicht ein, wenn der Versicherungsnehmer sich exkulpiert.

2. **RG.** PraxPrV. **3** 68. Bei der Beurteilung der Entschuldbarkeit kann der Berufsstand der Versicherten mit in Betracht gezogen werden.

3. **RG.** R. **10** Nr. 218. Die unterlassene Anzeige früherer Unfälle im Antrage kann entschuldbar sein, wenn der Versicherungsnehmer sich ihrer ohne Verschulden nicht mehr entsann oder wenn er sie nicht als unter die Antragsfragen fallend erachtete.

4. OLG. **22** 80, LeipzZ. **11** 246, R. **11** Nr. 893 (Stuttgart). Frühere Brandschäden, wonach im Antrage gefragt war, sind stets erheblich. Der Versicherungsnehmer kann sich nicht damit entschuldigen, er habe sie für unerheblich gehalten, weil die früheren Brandstätten anderweit bebaut seien.

5. **RG.** LeipzZ. **11** 942 ff. Wenn der Versicherungsnehmer auf die Fragen: „Welche Ärzte haben Sie früher behandelt? Welchen Arzt haben Sie zuletzt befragt" eine ärztliche Untersuchung verschwiegen hat, die zum Zwecke einer Ver-

sicherung vorgenommen worden war, so ist es nicht rechtsirrig, anzunehmen, daß dem Versicherungsnehmer nicht bewußt gewesen ist, daß auch jene Versicherungszwecken dienende ärztliche Untersuchung von der Frage mit hat umfaßt werden sollen.

6. VAPV. **10** Anh. 17 (Marienwerder). Nichterwähnung rheumatischer Beschwerden im Antrage wird als entschuldbar angesehen, weil der Antrag zwar nach bestimmt aufgezählten und nach „sonstigen Krankheiten" fragt, der Versicherungsnehmer hierdurch aber nicht verpflichtet wird, alle Krankheiten aufzuführen, sondern nur diejenigen, die auf die Entschließung des Versicherers annehmbar von Einfluß sein können.

VI. Verzicht auf Geltendmachung der Verletzung (vgl. JDR. **8** 1056). VAPV. **11** Anh. 10 (KG.). Der Versicherer verzichtet auf den Verwirkungseinwand wegen falscher Antragsangaben, wenn er trotz Kenntnis von jenen Unrichtigkeiten das Versicherungsverhältnis fortsetzt. Dies gilt, wenn zwei getrennte, aber in einem einheitlichen Formulare beantragte Versicherungen (Krankheit, Invalidität) in Frage kommen, für beide Versicherungen, selbst wenn der Versicherer von der Unrichtigkeit nicht zu beiden Versicherungsakten Notiz genommen hat.

VII. Kenntnis des Versicherers von Unrichtigkeiten. MittöffFeuerversAnst. **11** 347 (Königsberg). Kenntnis des Versicherers von der Unrichtigkeit der Antragsangaben liegt auch dann vor, wenn der mit Vertretungsmacht versehene Generalagent des Versicherers die Unrichtigkeit gekannt hat.

VIII. Beweis der Verletzung (vgl. JDR. **8** 1057). LeipzZ. **09** 956 (Jena). Strenge Anforderungen an den vom Versicherer zu führenden Beweis, daß die Anzeigepflicht verletzt sei, sind dann zu stellen, wenn die Anzeigepflicht sehr weit gefaßt ist und bedingungsgemäß der Versicherer die Entschädigung verweigern darf, wenn im Antrag oder in sonstigen Erklärungen absichtlich oder fahrlässig Umstände falsch angegeben oder verschwiegen sind, die auf den Entschluß des Versicherers von Einfluß waren oder hätten sein können.

IX. Folgen der Verletzung. Blumhardt, Verletzung der Anzeigepflicht bei Schließung des Versicherungsvertrags, ZVersWes. **10** 297 ff. Die Rechte des Versicherers bei Verletzung der Anzeigepflicht sind: 1. Bei Verschulden des Versicherungsnehmers: Rücktrittsrecht innerhalb eines Monats seit Kenntnis des gefahrerhöhenden Umstandes; keine Leistungspflicht bei Eintritt des Versicherungsfalls. 2. Bei unverschuldeter Verletzung der Anzeigepflicht: Kündigungsrecht bzw. Anspruch auf Erhöhung der Prämie; Verpflichtung zur Leistung bei Eintritt des Versicherungsfalls. 3. Bei arglistiger Verletzung der Anzeigepflicht: Anfechtungsrecht gemäß § 123 BGB. bzw. § 22 VVG.

X. Mitwirkung von Agenten (vgl. JDR. **8** 1056). Wegen der Mitwirkung von Agenten s. zu § 43 Ziff. 1.

§ 17. I. Mitwirkung Dritter bei Antragsausfüllung (vgl. JDR. **8** 1059). 1. LeipzZ. **11** 876 (Colmar). Fall der Haftung des Versicherungsnehmers für die Ehefrau, die den vom Versicherungsnehmer in blanco unterschriebenen Versicherungsantrag unrichtig ausgefüllt hat.

2. Vgl. auch unten zu III 1.

3. Wegen der Agenten s. zu § 43 Ziff. 1.

II. Verletzung der Wahrheitspflicht? (vgl. JDR. **8** 1057). 1. **RG.** LeipzZ. **10** 695, VAPV. **11** Anh. 14. Verwirkung des Unfallversicherungsanspruchs, weil der Versicherte auf die Antragsfrage, welcher Arzt den früheren Unfall behandelt habe, nur einen Arzt angegeben hatte, während in Wahrheit vier Ärzte ihn behandelt hatten.

2. **RG.** LeipzZ. **11** 558, R. **11** Nr. 1830. Die Antragsfrage, ob der Versicherungsnehmer an „Ohnmacht" gelitten habe, ist nicht falsch beantwortet, wenn der Versicherungsnehmer nur in einem einzelnen Falle und nur infolge äußerer, nicht auf eine krankhafte Grundlage zurückzuführenden Einflüsse einen vorübergehenden Ohnmachtsfall gehabt hat, mit dem nachteilige Folgen nicht verknüpft waren.

3. SächsRpflA. **10** 541 (Dresden). Die Antragsfrage, „ob der Versicherungsnehmer gegenwärtig mit irgendeinem Leiden oder körperlichen Gebrechen behaftet ist oder ob er früher damit behaftet war", verpflichtet — falls der Antrag nichts anderes ergibt — zur Angabe einer überstandenen Syphilis nur dann, wenn die Krankheit in ein erhebliches Dauerleiden oder Dauergebrechen ausgeartet ist. — Wohl aber ist Syphilis als „Krankheit schwerer Art", die der Versicherte durchgemacht hat, im Sinne des Antrags anzusehen. (Entschuldbare Nichtangabe, wenn der Versicherte die Syphilis für weichen Schenker gehalten hat.)

4. SächsOLG. **31** 453 (Dresden). Die Frage, ob die beantragte Versicherung schon von einer anderen Gesellschaft abgelehnt worden sei, ist mit Recht verneint, wenn der Versicherungsnehmer zwar dem Agenten einer anderen Gesellschaft gegenüber sein Anliegen, einen Versicherungsantrag zu stellen, vorgebracht, der Agent aber den Antrag gar nicht erst entgegengenommen, sondern dessen Aufnahme sogleich und ohne vorherige Einberichtung an seine Gesellschaft zurückgewiesen hat (weil in demselben Grundstücke bereits von seiner Gesellschaft eine Feuerversicherung lief). Eine „Ablehnung" im Sinne jener Frage kann nur durch die dazu berufenen Organe der Gesellschaft, nicht durch einen Agenten, erfolgen.

5. VAPV. **10** Anh. 60, PraxPrV. **3** 66 (KG.). Keine unrichtige bzw. eine entschuldbar unrichtige Antwort liegt vor, wenn ein Kolonialwarenhändler auf die Antragsfrage: „Ist Ihre Tätigkeit nur eine kaufmännische, nur eine technische oder beides?", nur vermerkt hat „kaufmännisch", ohne anzugeben, daß er regelmäßig mit seinem Hausdiener Fässer in den Keller brachte (wobei er dann später einen Unfall erlitt).

6. PraxPrV. **3** 72 (Naumburg). Falsche Angaben über Alter und Preis von Pferden, die an die Stelle ursprünglich versicherter Tiere getreten waren.

7. SächsOLG. **31** 453 (Dresden). Die Versicherungsnehmerin hat die Frage des Antrags, ob der Antragende oder das Versicherungslokal schon von Brandschäden betroffen sei, verneint, obwohl schon einmal, als der Ehemann Versicherungsnehmer war, in den von ihr und ihrem Manne benutzten Räumen Feuer ausgebrochen war. Die Verneinung wird als zutreffend und entschuldigt angesehen, weil der Schlußsatz der Frage („bei welchen Gesellschaften lief die damalige Versicherung") darauf hindeutet, daß Auskunft nur über solche Brandschäden zu geben war, hinsichtlich deren der Antragende bereits früher versichert war, nicht aber über Schäden, die er an seinen Sachen erlitten hatte gelegentlich eines Brandes, der einen anderen Versicherten betraf.

8. PraxPrV. **3** 86 (Hamm). Die Frage nach dem Eigentümer des Versicherungsobjekts ist für den Versicherer erheblich, weil der Versicherungsnehmer an der Erhaltung der eigenen Sache ein viel größeres Interesse zu haben pflegt als an der eines Dritten.

III. Entschuldbarkeit der Verletzung (vgl. JDR. **8** 1059, 1060). 1. OLG. **22** 82, R. **11** Nr. 892 (Braunschweig). Unentschuldbar sind wissentlich unwahre Angaben auf die im Antrage gestellte Frage nach früheren Untersuchungen. Unerheblich ist es, ob der Versicherungsnehmer oder der Arzt den Antrag ausgefüllt hat, ob die falsche Angabe den Versicherer zum Vertragsschlusse

bestimmt hat und ob der spätere Unfall mit jener falschen Angabe in Zusammenhang steht.

2. **RG.** JW. **11** 410, R. **11** Nr. 1823. Entschuldbarkeit unrichtiger Fragebeantwortung bei unklarer Frage nach anderweit „beantragten" Versicherungen, weil nach Lage des Falles der Versicherungsnehmer glauben konnte, es handle sich nur um noch nicht erledigte Anträge, da jene nicht erwähnten Anträge bereits durch Ablehnung der anderen Gesellschaften erledigt waren.

3. VAPV. **11** Anh. 118 (KG.). Entschuldbar ist die Verneinung der Frage: „Hatte der Antragsteller schon Brandschaden?", wenn früher einmal ein Kraftwagen verbrannt war, der einer offenen Handelsgesellschaft gehörte, deren Teilhaber der Antragsteller war.

4. Vgl. auch oben zu II 3, 5, 7.

IV. Mitwirkung von Agenten (vgl. JDR. 8 1059). Vgl. zu § 43 Ziff. 1.

V. Vgl. auch zu §§ 16—22 unter IV.

§ 18. 1. **RG.** JW. **10** 716, DJZ. **10** 965, LeipzZ. **10** 625, VAPV. **10** Anh. 87, R. **10** Nr. 2413. Daß die Umstände, nach denen der Versicherer besonders im Antragsformulare fragt, im Zweifel als erheblich anzusehen seien, war auch schon vor Inkrafttreten des VVG. Rechtens.

2. Wegen der Frage, ob auch Gefahrumstände anzugeben sind, nach denen im Antrage nicht gefragt ist s. zu § 16 I.

§ 19. (Vgl. JDR. **8** 1060.) Wegen der Mitwirkung von Agenten s. zu § 43 Ziff. 1.

§ 21. Kausalität der Verletzung der Anzeigepflicht. 1. **RG.** BadRpr. **10** 147. Wegen unrichtiger Angaben im Versicherungsantrage kann eine Unfallversicherungsgesellschaft die Zahlung der Versicherungssumme ablehnen, wenn die Angaben auf den Entschluß der Gesellschaft überhaupt oder so, wie geschehen, die Versicherung abzuschließen, hätte von Einfluß sein können (Verschweigung von Unfällen, nach denen im Antrage gefragt war).

2. ZVersWes. **11** 387 (KG.). Unerheblich ist es, ob die Verletzung der Anzeigepflicht kausal für den Versicherungsfall gewesen ist (Verschweigung einer früheren Erkrankung). Der Versicherer hat nichtsdestoweniger das Rücktrittsrecht.

3. Ebenso Stöß, ZVersWes. **11** 387.

§ 22. (Vgl. JDR. **8** 1060.) I. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (vgl. JDR. 8 1060, 1039). PraxPrV. **3** 91 (KG.). Die falsche Beantwortung der Frage nach früheren Brandschäden ist in der Regel erheblich und begründet die Anfechtbarkeit des Vertrags wegen arglistiger Täuschung.

II. Anfechtung wegen Irrtums (vgl. JDR. 8 1060, 1038). 1. **RG.** SeuffA. **65** 191, JW. **10** 155, DJZ. **10** 371, LeipzZ. **10** 322, R. **10** Nr. 582 ff., WarnE. **10** 49, VAPV. **10** Anh. 7. Wenn an die unrichtige Beantwortung der Antragsfragen bedingungsgemäß Verwirkung des Versicherungsanspruchs geknüpft ist, so ist hierdurch die Irrtumsanfechtung ausgeschlossen. Letztere hat auch dann keinen Raum, wenn das Gesetz (§ 2026 II. 8 ALR., §§ 16 ff. VVG.) an die unrichtige Beantwortung der Fragen über die Gefahrumstände die Verwirkung des Versicherungsanspruchs bzw. das Rücktrittsrecht des Versicherers knüpft.

2. VAPV. **11** Anh. 10 (KG.). Bei falschen Antragsangaben kann der Versicherer das Versicherungsverhältnis nur wegen Arglist, nicht wegen Irrtums anfechten, selbst wenn in den Bedingungen ausdrücklich die Verwirkung schon an die Unrichtigkeit von Antragsangaben geknüpft war. Auch im letzteren Falle ist dem Versicherungsnehmer der Nachweis mangelnden Verschuldens verstattet.

3. BadRpr. **11** 33 (Karlsruhe). Wenn die Folgen einer schuldhaften Nichterfüllung der Obliegenheiten des Versicherungsnehmers hinsichtlich der Anzeige-

pflicht vertragsmäßig geregelt sind (Verwirkung der Ansprüche), so kann daneben dem Versicherer eine Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums nicht gestattet werden (vgl. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 643, JW. **06** 145, **10** 155).

4. Vgl. zu § 5 und zu §§ 16—22 unter IV.

III. Die sogenannte Unanfechtbarkeit der Police. **RG.** LeipzZ. **11** 942, R. **11** Nr. 2656. Die Bestimmung, daß die Lebensversicherung von einem bestimmten Zeitpunkt ab unanfechtbar sei, so daß im Sterbefalle die Zahlung der Versicherungssumme, rechtzeitige Prämienzahlung vorausgesetzt, aus keinerlei Gründen mehr beanstandet werden könne, ist dahin zu verstehen, daß von jenem Zeitpunkt ab die Versicherung nicht nur zugunsten der Erben des Versicherungsnehmers, sondern auch zugunsten des Versicherungsnehmers selbst unanfechtbar werde. Anfechtung wegen Betrugs ist aber trotz jener Bestimmung sowohl dem Versicherungsnehmer wie seinen Erben gegenüber zulässig.

IV. Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung. PraxPrV. **3** 104 (KG.). Verschweigt der Versicherungsnehmer bei dem Abschlusse der Versicherung wissentlich erhebliche Umstände, so haftet er dem Versicherer für den hierdurch entstehenden Schaden, z. B. für die Kosten einer Schadensregulierung, wenn sich erst hinterher die Täuschung des Versicherungsnehmers herausstellt.

Zu §§ 23—29. Gefahrerhöhung nach Vertragsabschluß.

§ 23. (Vgl. JDR. **8** 1060.) I. Vorliegen einer gewollten Gefahrerhöhung (vgl. JDR. **8** 1060). 1. **RG.** LeipzZ. **10** 319, VAPV. **10** Anh. 29, R. **10** Nr. 422, PraxPrV. **3** 186. Kein Versicherungsanspruch, wenn der haftpflichtige Unfall durch ein Pferd verursacht ist, das der Versicherungsnehmer nachträglich über die im Versicherungsantrage angegebene Zahl von Pferden hinaus probeweise eingestellt hatte (versichert war er „als Besitzer von 3 Pferden"). Helfen kann man sich in solchen Fällen z. B. durch Angabe einer Höchstzahl von Tieren.

2. **RG.** VAPV. **11** Anh. 54, JW. **11** 225. Bei Unfallversicherung stellt die Anschaffung eigenen Fuhrwerkes eine anzeigepflichtige Gefahrerhöhung dar.

3. **RG.** Sörgel **11** 971. Obwohl die Anschauung zu beanstanden ist, daß kürzere Betriebsänderungen überhaupt keine wesentliche anzeigepflichtige Änderung darstellen, können doch bei der Unfallversicherung eines Metzgers die Umstände so liegen, daß die Anschaffung eines Pferdes eine wesentliche Betriebsänderung nur darstellt, wenn sie als dauernde beabsichtigt war.

4. **RG.** PraxPrV. **3** 189. Schafft sich der „als Besitzer eines Automobils" Versicherte einen zweiten Kraftwagen an, den er beim gleichen Versicherer in Versicherung gibt und ereignet sich im Betriebe des neuen Wagens ein Schadensfall noch vor Inkrafttreten der zweiten Versicherung, so haftet der Versicherer nicht.

5. Wegen Wohnungswechsels und des dadurch herbeigeführten bedingungsgemäßen Ruhens der Einbruchversicherung s. WallmVersZ. **45** 577 (Posen).

II. Erheblichkeit der Gefahrerhöhung. Wegen der Frage der Erheblichkeit einer Gefahrerhöhung s. zu § 29.

III. Anzeige der Gefahrerhöhung. **RG.** VAPV. **11** Anh. 54, JW. **11** 225, R. **11** Nr. 3735. Die von einem Versicherten, für den bei einem Versicherer mehrere verschiedenartige Versicherungen laufen, bewirkte Anzeige einer Gefahrerhöhung, wirkt für alle Versicherungen, selbst wenn sie zunächst nur mit Bezug auf eine der mehreren Versicherungen gemeint war und selbst wenn der Versicherte die infolge der Gefahrerhöhung sich ergebenden höheren Prämien nicht gezahlt hat (vgl. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 813).

§ 24. (Vgl. JDR. **8** 1062.) Folgen der Gefahrerhöhung. 1. Mitt. öffFeuerversAnst. **11** 58 (Düsseldorf). Im Falle der Gefahrerhöhung ist als stillschweigend vereinbart anzusehen, daß der Versicherer eine angemessene Prämien-

erhöhung und (je nach den betreffenden Bedingungen) die Fortsetzung des Vertrags zu den erhöhten Prämiensätzen verlangen kann.

2. Weiland, Hat der Versicherer ein Recht auf angemessene, den Versicherungsnehmer verpflichtende Prämienerhöhung im Falle durch diesen herbeigeführter Gefahrvermehrung während der Vertragsdauer? MittöffFeuerversAnst. **11** 57 ff. Verf. bejaht diese Frage. Die Bestimmung, daß der Versicherer bei Gefahrerhöhungen die Genehmigung der Versicherungsfortsetzung ablehnen oder eine erhöhte Prämie fordern kann, ist gültig. Hierdurch ist aber eine Verpflichtung des Versicherungsnehmers, auf eine, selbst angemessene, Prämienerhöhung einzugehen, nicht gewollt. Mißbräuchliche Ausnutzung der Vorschrift durch den Versicherer kann mit § 226 BGB. begegnet werden.

3. Biedermann, Der Einfluß der während der Vertragsdauer eintretenden Änderungen auf bestehende Versicherungsverträge, MittöffFeuerversAnst. **11** 719 ff. (723). Der Versicherer hat kein Rücktrittsrecht wegen nachträglich eintretender Gefahrerhöhungen. Er hat auch kein Recht auf Prämienerhöhung und auf Vertragsfortsetzung unter Prämienerhöhung entsprechend der Gefahrerhöhung. Ein solches Recht kann auch nicht (wegen § 31 VVG.) durch Vertrag begründet werden. Unrichtig ist es übrigens, ein solches Recht als stillschweigend vereinbart anzusehen. Wohl aber besteht ein Recht auf Prämienerhöhung sowie — falls Versicherungszwang herrscht — auf Vertragsfortsetzung unter Prämienerhöhung bei den preuß. öffentlichen Feuerversicherungsanstalten (§ 28 Abs. 3, § 27 Abs. 3 Satz 2 u. 3 G. vom 25. Juli 1910).

4. Vgl. auch zu § 23 unter III.

§ 26. Literatur: Klein, Fällt die an ein vertragswidriges Verhalten geknüpfte Verwirkung des Vertragsanspruchs dann weg, wenn dieses Verhalten durch ein Gebot der Menschlichkeit veranlaßt wird? ÖstZBl. **29** 760.

Gefahrerhöhung infolge eines Gebots der Menschlichkeit. Klein, ÖstZBl. **29** 760. § 26 VVG. ist nicht Sonderrechtssatz, sondern nur Folgesatz aus einem in ihm zu erkennenden allgemeinen Prinzipe. Die gestellte Frage ist zu bejahen.

§ 27. (Vgl. JDR. 8 1062.) I. Vorliegen einer ungewollten Gefahrerhöhung. 1. **RG.** JW. **11** 492, DJZ. **11** 929. Ist bestimmt, daß die Versicherung ruhen soll, wenn nachträglich der Versicherte . . . in Verhältnisse eintritt, nach denen die im Antrage gemachten Angaben nicht mehr richtig sind und daraus eine erhöhte Gefahr für die Gesellschaft entsteht, so kommen hierbei nicht nur Verhältnisse außerhalb des Versicherungsnehmers in Frage, sondern auch solche Verhältnisse, die durch höchstpersönliche Ereignisse, wie Krankheit und Unfälle herbeigeführt werden. Ein später einsetzendes Augenleiden ist also insoweit beachtlich.

2. VAPV. **10** Anh. 98 (KG.). Die Tatsache, daß eine Haftpflichtversicherung nur auf Grund des zur Zeit ihres Abschlusses bestehenden Rechtes abgeschlossen ist, hat zur Folge, daß die auf Grund der neuen Gesetze eingetretene Verschärfung der Haftpflicht (Automobilhaftpflichtgesetz) nicht unter die Versicherung fällt, bewirkt aber nicht, daß die Versicherung mit dem Eintritte der neuen Gesetze zu bestehen aufhört.

3. Über die Frage, ob die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Versicherten eine Gefahrerhöhung darstellt, vgl. zu § 14 IV.

4. Über nachträgliche Änderungen im Gesundheitszustande des Versicherten und die damit zusammenhängenden Folgen eingetretener Unfälle s. vor §§ 179 ff.

5. Wegen Gefahrerhöhung durch erlittene Unfälle s. zu § 181.

6. Vgl. auch zu § 32.

II. Über die Frage der Erheblichkeit einer Gefahrerhöhung s. zu § 29.

III. Wegen der Wirkung der Anzeige von einer Gefahrerhöhung, wenn mehrere Versicherungen bei demselben Versicherer laufen, s. zu § 23 Abs. 2.

IV. Wegen der Frage, ob der Versicherer Prämienerhöhung und Vertragsfortsetzung zu höheren Prämien verlangen kann, s. zu § 24.

§ 28. Wegen der Bedeutung der Kenntnis des Agenten von eingetretenen Gefahrerhöhungen s. zu § 29.

§ 29. I. Erheblichkeit der Gefahrerhöhung. 1. **RG.** JW. **10** 836, LeipzZ. **10** 944, WarnE. **10** 331, VAPV. **10** Anh. 89, DVersZ. **11** 129, R. **10** Nr. 3280. Wenn bedingungsgemäß die Versicherung durch Nichtanzeige eines „die Unfallsgefahr vergrößernden und eine Erhöhung der Prämie rechtfertigenden" Berufswechsels erlöschen soll, so ist als Maßstab für die Prüfung nicht der (dem Versicherten unbekannt gebliebene) Prämientarif des Versicherers zu wählen, sondern objektiv die Erheblichkeit einer Berufsänderung danach zu entscheiden, ob nach der regelmäßigen Auffassung des Verkehrs und unter Berücksichtigung der im Versicherungsbetriebe herrschenden Anschauungen vernünftigerweise eine Erhöhung der Unfallsgefahr anzunehmen ist, die geeignet ist, den Versicherer zur Aufgabe der Versicherung oder zur Forderung höherer Prämien zu bestimmen. (Der Leiter eines Zigarrendetailgeschäfts wurde Pächter eines Hotel-Restaurants.)

2. **RG. 73** 359, JW. **10** 716, DJZ. **10** 965, LeipzZ. **10** 625, VAPV. **10** Anh. 87, R. **10** Nr. 2413. Ob ein bestimmter Umstand (nachträgliche Anschaffung eigenen Fuhrwerkes statt der bisherigen Benutzung geliehenen oder gemieteten Fuhrwerkes) eine Gefahrerhöhung darstellt, ist weder lediglich nach den Anschauungen der Versicherungsgesellschaft, noch auch nach der Gestaltung des einzelnen Falles, sondern objektiv danach zu beurteilen, ob die Veränderung allgemein nach den den Betrieb des betreffenden Versicherungszweigs beherrschenden Anschauungen dem Versicherer vernünftigerweise hätte Anlaß bieten können, die Versicherung aufzuheben oder nur gegen erhöhte Prämie fortzusetzen, wobei als erheblich im Zweifel (§ 18 VVG.) die Umstände anzusehen sind, nach denen im Antrage besonders gefragt ist. (Gefahrerhöhung in concreto abweichend vom OLG. bejaht.)

3. BadRpr. **10** 161, BadNotZ. **10** 167 (Karlsruhe). Wenn bestimmungsgemäß Berufsänderungen vom Unfallversicherten anzuzeigen sind und das Unterlassen dieser Pflicht die Entschädigungspflicht der Gesellschaft bis zur Genehmigung suspendiert, so tritt Suspension selbst dann ein, wenn der spätere Unfall mit der Berufsänderung in keinem Zusammenhange steht und selbst dann, wenn der Unteragent der Gesellschaft von der Berufsänderung Kenntnis hatte.

II. Vertraglich zulässige Gefahrerhöhung. **RG. 73** 1 ff., JW. **10** 245, DJZ. **10** 427, R. **10** Nr. 1163, LeipzZ. **10** 399, VAPV. **10** Anh. 99 [vgl. hierzu die weitere Entsch. des KG., VAPV. **11** Anh. 61]. RG. hebt die im JDR. 8 VVG. § 12 I 1 c wiedergegebene Entsch. des KG. auf und weist zurück zur Prüfung, ob bei einem von einer Stadtgemeinde geschlossenen Haftpflichtversicherungsvertrage (gegen alle und jede gesetzliche Haftpflichtansprüche hinsichtlich aller Gemeindeeinrichtungen) die im Übergange vom Pferde- zum Automobilbetriebe (bei Feuerwehr- und Krankenwagen) liegende Gefahrerhöhung als mit unter die Versicherung fallend anzusehen ist, weil die jährliche Prämie sich nach der jeweiligen Zahl der Einwohner und der Arbeiter in den städtischen Betrieben bemißt, sonach aber die Annahme nahe liegt, daß diese Regelung nach jeder Richtung alle im Anwachsen der Stadt und ihres Verkehrs liegenden Gefahrerhöhungen umfassen sollte. Diese Annahme trifft zu, wenn bei Abschluß des Vertrags als möglich oder wahrscheinlich anzunehmen war, daß in den nächsten Jahren Automobilbetrieb eingeführt werden würde.

§ 30. Vgl. JDR. 8 1063.

§ 32. (Vgl. JDR. **8** 1063). Literatur: Siehe zu § 6; vgl. § 6 VI.

I. Sicherheitsvorschriften bei der Einbruchsdiebstahlversicherung (vgl. JDR. **8** 1063). 1. WallmVersZ. **11** 1859 (Cöln). Die Bestimmung einer Einbruchsversicherung, daß „sämtliche Zugänge zu den Räumlichkeiten mit Sicherheitsschlössern versehen sind", soll nicht eine Verpflichtung des Versicherungsnehmers zur Anbringung solcher Schlösser begründen, sondern will besagen, daß die Schadenshaftung vom Vorhandensein jener Schlösser abhängt. Der Versicherungsnehmer kann sich also nicht darauf berufen, daß er mit der Anbringung der Sicherheitsschlösser nicht im Verzuge gewesen sei.

2. LeipzZ. **10** 874 (KG.). Der Einbruchsversicherer kann sich auf das Fehlen der im ursprünglichen Versicherungsantrag angegebenen Sicherheitsvorrichtungen dann nicht berufen, wenn in dem späteren Antrag auf Übertragung der Versicherung für andere Räume die frühere Angabe nicht wiederholt, sondern geringere Sicherheitsvorrichtungen als vorhanden angegeben sind und der Versicherer nicht widersprochen hat.

3. VAPV. **11** Anh. 81 (KG.). Bei der Einbruchsversicherung begründet die Erwähnung eines besonderen vorhandenen Verschlusses im Antrage nicht ohne weiteres die Verpflichtung, von diesem Verschluß auch bei vorübergehender Abwesenheit des Geschäftspersonals in der Mittagspause Gebrauch zu machen.

4. WallmVersZ. **45** 1553 (KG.). Verwirkung des Versicherungsanspruchs, weil der Versicherte die ihm im Versicherungsvertrag auferlegte Pflicht, die Geschäftsräume „nach Geschäftsschluß" — d. i. auch die Tageszeit am Sonntage, während der das Geschäft geschlossen ist — stündlich durch einen mittels Stechuhr kontrollierten Wächter revidieren zu lassen, nicht erfüllt hat.

5. KGBl. **21** 91 (KG.). Der gegen Einbruchsdiebstahl Versicherte handelt nicht grobfahrlässig, wenn er unter Mittag die Schließung der Geschäftsräume durch die eiserne Türe unterläßt, die im Versicherungsantrage besonders aufgeführt worden ist (größeres Haus, lebhafter Verkehr).

6. LeipzZ. **11** 243, R. **11** Nr. 1650, WallmVersZ. **45** 1238 (Frankfurt). Der bedingungsgemäß erforderte „besondere Verschluß" von Geld liegt nicht vor, wenn das Geld in einer transportablen Kassette in einem unverschlossenen Nachttisch aufbewahrt wird, selbst wenn die betreffenden Räume verschlossen waren. Nötig ist ein „Behältnis", das sich im Zimmer befindet und nicht leicht transportierbar ist.

7. WallmVersZ. **45** 1234 (AG. Breslau). Wenn bedingungsgemäß das Geld „in feuerfestem Geldschranke" versichert ist, so liegt ein entschädigungspflichtiger Versicherungsfall nur dann vor, wenn zur Zeit des Einbruchs der Geldschrank verschlossen war. — Übrigens würde das Offenlassen des Geldschrankes (während der Mittagspause) ein bedingungsgemäß die Entschädigungspflicht ausschließendes grobes Verschulden darstellen.

8. WallmVersZ. **11** 1832 ff. (KG.). Wenn auch der Begriff des „Im-Gebrauch-Sein" von Gegenständen dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß sie vorübergehend abgelegt werden, so kann doch davon, daß sie sich im Gebrauche befinden, dann nicht mehr die Rede sein, wenn der Besitzer die Gegenstände mehrere Tage lang überhaupt nicht angelegt hat.

9. VAPV. **10** Anh. 75 (Naumburg). Wenn bedingungsgemäß Sachen, die nicht „im Gebrauche" sind, unter Verschluß gebracht werden müssen, so leidet dies nicht Anwendung, wenn es sich um Schmuckgegenstände (Ring, Uhr) handelt, die man täglich zu tragen pflegt. Sie sind selbst dann „im Gebrauche", bedürfen also nicht des Verschlusses, wenn sie nicht immer am Leibe getragen werden. Das gilt besonders von der einzigen Taschenuhr des Versicherten. Wenn er sie auch viele

Tage nicht trug (sondern sie in der im Zimmer hängenden Weste stecken ließ), so konnte er doch jeden Augenblick in die Lage kommen, sie benutzen oder an sich nehmen zu müssen.

10. VAPV. **11** Anh. 80, LeipzZ. **11** 482, SeuffA. **66** 454, HansGZ. **11** Beibl. 210, R. **11** Nr. 1998 (Hamburg). Die Bestimmung, daß Schmuck, Gold- und Silbersachen nur dann als versichert gelten, solange sie sich unter Verschluß befinden, sofern sie nicht im Gebrauche sind, ist nach der Verkehrssitte auszulegen. Denn die Versicherung hat nicht die Absicht und den Zweck, die Verkehrssitte zu ändern, sondern sich ihr zu akkomodieren. Hiernach aber bedürfen Schmuck-, Gold- und Silbersachen, die sich im regelmäßigen Gebrauche befinden, des Verschlusses nicht, um versichert zu sein. Dies gilt auch dann, wenn derartige Sachen einmal vorübergehend weggelegt sind, mag dies auch auf Vergeßlichkeit beruhen.

11. VAPV. **10** Anh. 75 (Naumburg). „Unter Verschluß" befinden sich die gegen Einbruch versicherten Sachen dann, wenn sie sich in einem Behältnisse befinden, das verschlossen ist, ohne daß der Schlüssel steckt, gleichgültig, wo er sich befindet (z. B. auf dem betreffenden Schranke). Versicherungsanspruch besteht nicht nur dann, wenn das Behältnis erbrochen ist, sondern auch dann, wenn es mit dem Schlüssel, den der Dieb gefunden hat, geöffnet worden ist.

12. LeipzZ. **10** 573, R. **10** Nr. 3278 (Celle) s. schon JDR. 8 1064, VVG. § 32 Ziff. II 1 d.

13. WallmVersZ. **45** 42 (Celle). Wesentliche Gefahränderung hinsichtlich Einbruchsdiebstahlversicherung liegt in dem plötzlichen Versagen des Rolladens, was bewirkt hat, daß die Ladentüre nur mit einem gewöhnlichen Schlosse verschließbar war (keine unverzügliche Mitteilung an Versicherer; Ruhen der Versicherung gemäß der Bedingungen).

14. Vgl. auch zu §§ 1, 27, 61.

II. Sicherheitsvorschriften bei Kranken- und Unfallversicherung. 1. VAPV. **11** Anh. 100 (LG. Mainz). Die bedingungsgemäße Verwirkung des Krankengeldanspruchs bei Ausübung verbotener Arbeit gilt für die ganze, mithin auch für die künftige Dauer der zur Zeit der Übertretung bestehenden Krankheit, und zwar von dem Tage an, an welchem die Zuwiderhandlung erfolgt.

2. Vgl. wegen der Pflicht zu vorsichtigem Verhalten nach erlittenen Unfällen zu § 181 und § 183.

3. Wegen der Anordnung von Anstaltsbehandlung s. zu § 183.

III. Über den Begriff der „besonderen Vereinbarungen" s. auch VAG. zu § 9 (VAPV. **11** 223 ff.).

§ 33. (Vgl. JDR. **8** 1064). Literatur: Josef, Die Haftung des Versicherungsnehmers für Handlungen Dritter, ZVersWiss. **11** 201 ff. (s. zu § 6). — Kirschbaum, Beginnt die Anzeigepflicht bei der Unfallversicherung mit dem Unfall oder erst mit erlangter Kenntnis? LeipzZ. **11** 376 ff. — Im übrigen s. zu § 6 und das zu § 6 VI Gesagte.

I. Anzeige durch Dritte (vgl. JDR. **8** 1065). 1. **RG.** LeipzZ. **10** 479, VAPV. **10** Anh. 63. Die Pflicht zur Anzeige des Unfalls ist erfüllt, wenn Dritte die Anzeige erstatten und der Versicherer sie annimmt, ohne die mangelnde Legitimation zu rügen.

2. WallmVersZ. **45** 1907 (Celle). Der Versicherte, der nach dem Unfalle zur eigenen Erstattung der Anzeige und der Berichte wegen der Unfallfolgen außerstande ist, muß, sobald es ihm möglich ist, dafür sorgen, daß bei ihm wohnende Angehörige die Anzeige und Berichte nachholen. Daß die Angehörigen dies nicht von sich aus tun, schadet dem Versicherten so lange nicht, als er außerstande ist, die Angehörigen zur Erstattung der Anzeige usw. anzuhalten.

3. Wegen der Frage der Zulässigkeit der bedingungsmäßigen Verpflichtung

des Erben zu sofortiger Anzeige vom Tode des Unfallversicherten s. zu § 182 (Eckstein, SeuffBl. **75** 422 ff.).

II. Form und Adresse der Anzeige. 1. **RG.** MittöffFeuerversAnst. **11** 761. Die Berufung auf die Bestimmung, daß der Einbruchversicherte zur Vermeidung der Anspruchsverwirkung unmittelbar nach Entdeckung des Einbruchs die Schadensanzeige erstatten muß, verstößt nicht gegen Treu und Glauben. Die Erregung des Versicherungsnehmers und seine Unfähigkeit zur Angabe der genauen Schadenshöhe reichen zur Entschuldigung nicht aus. Nicht entschuldigt der Umstand, daß der Generalagent den Versicherungsnehmer nicht an die Direktion gewiesen hat. Die Versicherungsbedingungen ergeben klar, daß die Anzeige an die Direktion zu richten ist. Anzeige an die Generalagentur genügt nicht, weil die Generalagentur kein „Bestandteil" des Versicherers ist.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 814 ff., JW. **10** 585, R. **10** Nr. 2302, VAPV. **10** Anh. 62, SeuffBl. **11** 239. Die Erstattung der Unfallanzeige an den Generalagenten statt an die Direktion wird als entschuldigt angesehen, weil der Versicherte an Einsichtnahme der Police verhindert war, der Generalagent ihn nicht auf den rechten Weg gewiesen hat und das Interesse der Gesellschaft an baldiger Nachricht durch die falsche Adressierung nicht gefährdet wurde.

3. DVersZ. **6** 243, VersAnn. **24** 114 (Frankfurt). Bei Einbruchsdiebstahlversicherung wird die vorgeschriebene Anzeige nicht ersetzt durch Meldung bei der Polizei oder Benachrichtigung der Generalagentur.

4. WallmVersZ. **45** 1907 (Celle). Als entschuldigt gilt er nicht schon wegen Unkenntnis der Versicherungsbedingungen, wohl aber dann, wenn seine Angehörigen Anzeige beim Agenten machen und dieser sie nicht rechtzeitig weitergibt. Daneben bleibt aber die Pflicht zur Einreichung der vorgeschriebenen weiteren Berichte bestehen. Hierbei darf der Versicherte nicht warten, bis die Gesellschaft ihm die entsprechenden Formulare schickt. Er mußte veranlassen, daß der Arzt entweder von der Gesellschaft ein Formular verlangte oder daß er ohne solches Formular einen Bericht abstattete und absandte.

5. Über die Frage der Entschuldbarkeit der an den Generalagenten statt an die Direktion gerichteten Unfallanzeige s. auch zu § 43 Ziff. 2.

III. Anzeigefrist. 1. DVersZ. **6** 243, VersAnn. **42** 114 (Frankfurt). Wenn vorgeschrieben ist, daß die Anzeige unmittelbar nach Entdeckung des Einbruchs an die Direktion telegraphisch zu senden sei, so ist die telegraphische Meldung spätestens in 24 Stunden zu bewirken.

2. **RG.** MittöffFeuerversAnst. **11** 761. Die Berufung auf die Bestimmung, daß der Einbruchversicherte zur Vermeidung der Anspruchsverwirkung unmittelbar nach Entdeckung des Einbruchs die Schadensanzeige erstatten muß, verstößt nicht gegen Treu und Glauben. Die Erregung des Versicherten und seine Unfähigkeit zur genauen Angabe der Schadenshöhe reichen zur Entschuldigung nicht aus.

IV. Beginn der Pflicht zur Unfallanzeige. 1. Kirschbaum, LeipzZ. **11** 376 f. Die Anzeigefrist bei der Unfallversicherung beginnt nicht schon mit dem Unfalle, sondern erst mit erlangter Kenntnis von demselben.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 814, JW. **10** 585, R. **10** Nr. 3202, VAPV. **10** Anh. 62, SeuffBl. **11** 239. Wenn bedingungsgemäß der Versicherte, falls er durch einen Unfall schwere Verletzungen erlitten hat, innerhalb drei Tagen nach dem Unfallereignisse bzw. nach erlangter Kenntnis von demselben Unfallanzeige zu erstatten hat, so ergibt sich hieraus, daß es auf die subjektive Erkennbarkeit ankommt, ob eine schwere Verletzung vorliegt. Erst von dieser Kenntnis an läuft die Frist. Dasselbe gilt dann, wenn noch nicht erkennbar ist, ob überhaupt das Unfallereignis eine Verletzung herbeigeführt hat. In diesem Falle beginnt die Frist

mit der Erlangung der Kenntnis davon, daß eine Verletzung erfolgt ist. (Der Fall **RG. 71** 437 liegt anders.)

3. **RG.** JW. **10** 33, R. **10** Nr. 215, 216, VAPV. **10** Anh. 91. Den Fällen physischer Unmöglichkeit der Erstattung der Unfallanzeige sind diejenigen Fälle gleichzustellen, in denen es dem Verletzten unmöglich ist, zu erkennen, daß die aufgetretenen Gesundheitsstörungen mit dem Unfall in Zusammenhang stehen. An die Sorgfalt des Versicherten sind, wenn es sich um die Frage der Entschuldbarkeit der Fristversäumung handelt, keine zu hohen Anforderungen zu stellen.

4. **RG.** LeipzZ. **10** 479, VAPV. **10** Anh. 63. Die Frist zur Unfallanzeige beginnt, wenn der Versicherte bei verständiger, von einem besonnenen Menschen zu erwartender Erwägung aller Umstände sich sagen muß, daß möglicherweise irgendein Unfall, d. h. irgendwelche körperliche, den Eintritt der Entschädigungspflicht bedingende Beschädigung vorliegt.

5. **RG.** LeipzZ. **11** 393, R. **11** Nr. 894. An sich beginnt die Frist zur Unfallanzeige mit dem Unfallereignisse. Der Fristbeginn kann sich, wenn die Folgen des Unfalls nicht sofort sinnlich wahrnehmbar sind, aufschieben bis zur Erlangung der Kenntnis. Eine nicht rechtzeitige Anzeige kann entschuldbar sein. Bei der Prüfung der Entschuldbarkeit ist zu scheiden zwischen Unfällen, die an sich gleichgültige, täglich vorkommende Vorfälle darstellen, das Wohlbefinden zunächst nicht erwähnenswert beeinflussen, später aber doch nachteilige Folgen haben, und andererseits solchen, die von vornherein in erkennbar schädigender Weise auf den Körperzustand einwirken. In Fällen der letzteren Art ist im allgemeinen Entschuldbarkeit der Anzeigenversäumung nicht anzunehmen.

6. **RG.** JW. **11** 411, VAPV. **11** Anh. 101, R. **11** Nr. 1824. Die Pflicht zur Unfallanzeige setzt nicht ein Wissen, eine Überzeugung von einem den Voraussetzungen der Versicherung entsprechenden Tatbestande voraus. Ebenso ist Voraussehbarkeit der schließlichen Folgen nicht nötig. Vielmehr genügt es, wenn der Versicherungsnehmer bei verständiger, von einem besonnenen Menschen zu erwartender Erwägung aller Umstände mit der Möglichkeit des Vorhandenseins irgendwelcher, die Entschädigungspflicht begründender Körperverletzung ernstlich zu rechnen veranlaßt ist. Unterlassung der Anzeige in diesen Fällen ist unentschuldbar.

7. PraxPrV. **3** 108 (Cöln). Die Anzeigepflicht beginnt mit dem Eintritte des Unfalls, d. h. sobald sich die Umstände begeben haben, durch die der Körperschaden herbeigeführt worden ist, mag auch der Schaden als solcher erst später sicher erkennbar sein. Wenn das nachmals als Unfall erkannte Ereignis ohne Verschulden anfangs als gleichgültiger alltäglicher Vorgang angesehen werden konnte, so beginnt die Frist mit dem Erkenntnis der wahren Sachlage (Hodenquetschung, die ein Professor der Medizin erlitten und nicht rechtzeitig angezeigt hatte).

8. LeipzZ. **11** 717 (Hamburg). Wenn der gegen Unfall mit Todesfolge Versicherte (Zeitungsabonnent) innerhalb zwei Tagen den Unfall an die Hauptexpedition melden muß, damit nicht Verwirkung eintritt, so ist ein Unfall regelmäßig dann anzuzeigen, wenn und sobald mit der Möglichkeit gerechnet werden muß, daß der Tod eintreten könnte. Anzeige an eine Filiale genügt nicht, kann aber entschuldbar sein.

V. Entschuldbarkeit und Unentschuldbarkeit der Verletzung der Anzeigepflicht (vgl. JDR. 8 1066). 1. **RG.** VAPV. **10** Anh. 91, R. **10** Nr. 216. Wenn (bei einer Kollektivversicherung) der Versicherungsnehmer die Entschuldbarkeit der Versäumung der Unfallanzeigefrist geltendmachen will, so muß er nachweisen, daß sowohl ihn selbst bzw. seinen Vertreter, als auch den Versicherten kein Verschulden trifft.

2. DVersZ. **11** 241, VersAnn. **11** 113 (Frankfurt a. M.). Die Unterlassung so-

fortiger (bedingungsgemäß vorgeschriebener) telegraphischer Anzeige vom Diebstahl bei Einbruchsdiebstahlversicherung wird nicht ohne weiteres dadurch entschuldigt, daß der Versicherungsnehmer an jene Bedingungsvorschrift nicht denkt und aufgeregt ist und eine genaue Aufstellung der entwendeten Sachen längere Zeit in Anspruch nimmt.

3. OLG. **22** 84, LeipzZ. **10** 490, R. **10** Nr. 2724 (Frankfurt). Gültig ist die Bestimmung, daß der Einbruchversicherte Schadensfälle unmittelbar nach Entdeckung, und zwar bei Schäden über 300 M. telegraphisch, anzuzeigen hat, und daß auch eine fahrlässige Verletzung dieser Pflicht den Versicherungsanspruch verwirkt. Unerheblich ist es, daß der Schaden nicht sofort zu übersehen ist und daß die Gesellschaft trotz der verspäteten Anzeige ihrerseits Ermittelungen angestellt und erst im Prozesse die Verspätung der Anzeige vorgebracht hat.

4. Im übrigen s. auch zu II, III und zu IV.

VI. Verzicht auf rechtzeitige Anzeige. DVersZ. **6** 243, VersAnn. **42** 114 (Frankfurt). Kein Verzicht des Einbruchsversicherers auf Verletzung der Anzeigepflicht, wenn der Versicherer ohne Rüge Ermittelungen wegen des Einbruchs anstellt und mit dem Versicherungsnehmer Vergleichsverhandlungen einleitet.

VII. Über die Anzeigepflicht bei „Vermißtsein" in der Unfall- und Lebensversicherung s. zu § 182.

VIII. Vgl. auch wegen Anzeigen bei der Viehversicherung unten zu § 121.

IX. Über Berichtigung von Anzeigen s. zu § 34 V.

§ 34. (Vgl. JDR. **8** 1068.) Literatur: Baumann, Der Versicherungsbetrug im Sinne von § 265 StGB. Stuttgart 1910. — Josef, Die Haftung des Versicherungsnehmers für Handlungen Dritter, ZVersWiss. **11** 201 (s. zu § 6). — Im übrigen s. zu § 6 und das zu § 6 VI Gesagte.

I. Haftung für Dritte. 1. VAPV. **11** Anh. 115 (Hamm). Keine Haftung für den Tierarzt, der die ihm übertragene Abfassung des Krankheits- und Sektionsberichts nicht fristgemäß erledigt. § 278 BGB. ist nicht anwendbar, da es sich nicht um Erfüllung einer Verbindlichkeit, sondern nur um eine Voraussetzung des Versicherungsanspruchs handelt (**RG. 62** 192, **58** 346).

2. **RG.** VAPV. **11** Anh. 56, WarnE. **11** 217, R. **11** Nr. 1147, 1148. Wenn bestimmt ist, daß „derjenige, der Ansprüche aus dem Unfall erhebt", unverzüglich für Sektion zu sorgen habe, so trifft diese Pflicht zunächst die Erben. Hatten sie dieselbe verletzt, so wurde der Versicherer frei. Und diese Befreiung wirkt schlechthin allen gegenüber, nicht bloß denen gegenüber, die damals Ansprüche erhoben. Also kann auch der Verwalter im später ausbrechenden Nachlaßkonkurse hinterher Ansprüche nicht erheben.

II. Dauer der Auskunftspflicht. 1. **RG.** R. **11** Nr. 1825. Die bedingungsgemäße Pflicht zur fristrichtigen Einreichung ärztlicher Berichte besteht auch dann fort, wenn der Versicherer die Entschädigungspflicht für den Unfall ablehnt.

2. VAPV. **11** Anh. 115 (Hamm). Die vorgeschriebenen Krankheitsberichte sind dann nicht mehr zu erstatten, wenn innerhalb der für ihre Einreichung bestimmten Frist das Tier verendet.

III. Entschuldbarkeit der Verletzung (vgl. JDR. **8** 1068). 1. MittöffFeuerversAnst. **11** 568 (Hamburg). Die bei betrügerischen Angaben über die Brandschadenshöhe bedingungsgemäß eintretende Verwirkung greift nicht Platz, wenn zwar objektiv der Versicherungsnehmer zu den Warenpreisen 10 pCt. aufgeschlagen hat, wenn er dies aber lediglich deshalb getan hat, um etwaigen Schaden zu vermeiden, der ihm durch Fehlen genauer Kenntnis über die verbrannten Warenmengen und durch die infolge hiervon mögliche zu geringe Schadensangabe drohte.

2. VAPV. **11** Anh. 115 (Hamm). Wenn der Versicherer selbst Formulare für die bedingungsgemäßen Krankheitsberichte ihm zusendet, so geht er selbst davon aus, daß erst nach dem Eintreffen der Formulare der Bericht verfaßt wird. Der Versicherungsnehmer ist also entschuldigt, wenn er eine frühere Abfassung unterläßt.

3. VAPV. **11** Anh. 66 (Hamm). Das Unterlassen des Sektionsberichts für verendetes Vieh ist entschuldigt, wenn der Versicherer auf die betreffende Verendungsanzeige hin dem Versicherten nicht, wie es in früheren Fällen geschehen war, ein Formular zum Sektionsbericht übersendet und der Versicherte aus diesem Grunde die Einsendung des Sektionsberichts unterläßt.

4. Vgl. zu I u. VI sowie zu § 33 II 4.

IV. Unstatthaftigkeit der Berufung auf die Verletzung. PraxPrV. **3** 115 (LG. Duisburg). Ist der Versicherte verpflichtet, über alle den Unfall betreffenden Umstände wahrheitsgemäß Auskunft zu erteilen, und ist dies in einem Punkte nicht geschehen, der für die Versicherungsgesellschaft gar kein Interesse hat, so ist es dolos, wenn sie sich hierauf beruft, um die verweigerte Zahlung der Versicherungssumme zu begründen. — Weiß die Gesellschaft oder mußte sie wissen, daß der Verletzte bei einer Berufsgenossenschaft gegen Unfälle versichert war, so ist eine besondere Mitteilung des Versicherten über Einleitung und Ausgang des Rentenverfahrens nicht notwendig, da die Versicherungsgesellschaft es jeder Zeit in der Hand hat, sich selbst hierüber zu erkundigen.

V. Berichtigungspflicht. 1. **RG.** (Strafſ.) SächsRpflA. **11** 226, SeuffBl. **11** 478. Der Versicherte, der nach eingetretenem Versicherungsfalle dem Versicherer Auskunft über den entstandenen Schaden gegeben hat, ist verpflichtet, eine von ihm erkannte Unrichtigkeit in seiner Auskunft jederzeit dem Versicherer gegenüber wahrheitsgemäß zu berichtigen. Andernfalls Betrugsstrafe, da eine Unterdrückung wahrer Tatsachen vorliegt.

2. SächsRpflA. **11** 227 (Dresden). Der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, etwa nachträglich von ihm erkannte Unrichtigkeiten der von ihm eingereichten Schadensmitteilung alsbald nach erlangter Kenntnis dem Versicherer mitzuteilen.

VI. Leichenöffnung. 1. **RG.** VAPV. **11** Anh. 56, WarnE. **11** 217, R. **11** Nr. 1047, 1048. Das Unterlassen der bedingungsgemäß erforderlichen Leichenöffnung wird nicht dadurch entschuldigt, daß ohne Verschulden der Erben die Beerdigung schon erfolgt war, als der Versicherer die Sektion verlangte. Anders wäre es unter Umständen dann, wenn der Versicherer durch schuldhafte Verzögerung des Sektionsverlangens es sich selbst zuzuschreiben hätte, daß inzwischen die Beerdigung erfolgt war.

2. **RG.** WarnE. **11** 217, R. **11** Nr. 1045. Die Ablehnung der Leichenöffnung verwirkt bedingungsgemäß den Versicherungsanspruch auch dann, wenn der Agent geradezu durch allerlei Bedenken die Ablehnung der Leichenöffnung veranlaßt hat, wofern er nur auf die bedingungsgemäßen Folgen der Ablehnung aufmerksam gemacht hat.

3. Vgl. oben zu I.

VII. Wegen falscher Angaben über Brandschaden und ihre Wirkung gegenüber dem Zessionar s. zu § 6.

VIII. Wegen Abgabe von Verzichten und Anerkenntnissen bei der Schadensregulierung s. zu § 11.

Dritter Titel. Prämie.

Vorbemerkung: Neu ist die Frage, ob Mitglieder von Versicherungsvereinen an der Prämie ein Zurückhaltungsrecht geltend machen können. Im übrigen sei auf die eingehende Abhandlung Weils (zu § 39) hingewiesen.

Literatur: Böhmer, Sparprämie und Risikoprämie, ZVersWiss. **10** 71 (math.).

Vor §§ 35 ff. (vgl. JDR. **8** 1069).

§ 35. 1. Über den Begriff der Zahlung s. zu §§ 38 u. 39.

2. Wegen des Rechtes zur Zurückbehaltung der Prämien bei Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit s. zu § 26 VAG.

§ 37. Vgl. JDR. **8** 1069.

§ 38. (Vgl. JDR. **8** 1071.) Literatur: Blumhardt, Gesetzliche Folgen der Nichtzahlung der Prämie, ZVersWes. **10** 477. — Hensel, Ist § 1 Abs. 2 der Normativbedingungen des Verbandes deutscher Lebensversicherungsgesellschaften rechtsgültig? ZVersWiss. **10** 572.

I. §§ 38 ff. und die neuen Bedingungen. Heusel, Ist § 1 Abs. 2 der Normativbedingungen des Verbandes deutscher Lebensversicherungsgesellschaften rechtsgültig? ZVersWiss. **10** 572. Nicht gegen §§ 38, 42 VVG. verstoßend, sondern völlig rechtsgiltig ist die Bestimmung im § 1 Abs. 2 der neuen Normativbedingungen des Verbandes deutscher Lebensversicherungsgesellschaften, daß „die Leistungspflicht des Versicherers mit der Zahlung der ersten Prämie samt Nebenkosten beginne unter der Voraussetzung, daß der Versicherte alsdann noch lebt und seit der ärztlichen Untersuchung nicht erheblich erkrankte oder verletzt wurde". Ebenso Hagen, ZVersWiss. **10** 211; aM. Gerhard-Hagen, Komm. z. VVG. § 38 Anm. 7 u. 9.

II. Policeneinlösung und Versicherungsbeginn (vgl. JDR. **8** 1070). 1. Vgl. v. Örtzen, Versicherungsschein, ZVersWiss. **11** 828 ff., wegen der Bedeutung der Einlösung des Versicherungsscheins für das Zustandekommen des Vertrags und der Zahlungspflicht s. oben zu § 3.

2. **RG.** VAPV. **11** Anh. 69, LeipzZ. **11** 550, JW. **11** 331, R. **10** 812, **11** Nr. 1416, 1417. Wenn bestimmt ist, daß die Verpflichtung der Gesellschaft mit Einlösung der Police beginnt, falls nicht ein späterer Zeitpunkt in der Urkunde bestimmt oder ein früherer vor Aushändigung der Police liegender Zeitpunkt ... schriftlich zugesagt ist, so wird doch immer der Vertrag erst mit der Einlösung wirksam, selbst wenn die Urkunde als Beginn einen Tag angibt, der vor ihrer Ausstellung liegt. Hat im letzteren Falle zur Zeit des Brandes der Versicherte die Police noch nicht eingelöst, so hat er keinen Versicherungsanspruch. Unerheblich ist die Zusage des Agenten, er wolle die Prämie auslegen. Zu einer solchen Deckungszusage ist er nicht befugt.

3. PraxPrV. **3** 128 (KG.). Die Versicherungsbedingung, daß die Verpflichtung der Gesellschaft mit Einlösung der Police beginne, die durch Zahlung der Prämie und der Nebenkosten bewirkt werde, macht die Entstehung des Versicherungsanspruchs von der Tatsache der Prämienzahlung abhängig, so daß der Anspruch nicht durch schuldhafte Zahlungssäumnis verwirkt wird, sondern erst mit der Zahlung überhaupt die Versicherung in Kraft tritt.

4. VersAnn. **11** 885 (Hamburg). Es war bestimmt, daß die 1. Prämie binnen zwei Wochen nach Zahlungsaufforderung gezahlt werden muß und daß, wenn diese Einforderung nach dem als Beginn der Versicherung festgesetzten Zeitpunkt erfolgt und darauf die Zahlung „ohne Verzug" bewirkt wird, die Versicherung als mit dem vereinbarten Zeitpunkt in Kraft getreten gilt. Unter „ohne Verzug" ist nicht „sofort" zu verstehen. Es genügt, wenn binnen zwei Wochen nach Zahlungsaufforderung gezahlt wird.

5. Vgl. auch zu § 1 II.

III. Vgl. zu § 39, besonders Weil, ZVersWiss. **11** 231 ff.

§ 39. (Vgl. JDR. **8** 1071.) Literatur: Weil, Unterlassene und verspätete Prämienzahlung, ZVersWiss. **11** 229 ff.

I. Weil, Unterlassene und verspätete Prämienzahlung, ZVersWiss. **11** 229 ff. 1. Verf. behandelt zunächst die Frage, wann die Prämie zu zahlen ist. — Mangels anderer Abrede sind nach § 35 VVG. die späteren Prämien am Anfange der Versicherungsperiode zu zahlen (229 ff.). — Nach § 38 VVG. muß der Versicherer haften, wenn der Versicherungsfall zu einer Zeit eintritt, zu der eine vor oder bei Beginn der Versicherung zu zahlende Prämie gestundet und deshalb noch nicht gezahlt war, sofern nicht bestimmt ist, daß die Versicherung erst beginnen solle, wenn die einmalige oder erste Prämie gezahlt sei (231 ff.), was zulässig ist (234 ff.). — Soll die Versicherung erst mit Aushändigung der Police beginnen, so haftet der Versicherer bei Verzögerung der Aushändigung, wenn der Versicherungsnehmer die Prämie anbietet (236 ff.). — Zahlung durch Scheck, Überschreibung eines Bankguthabens wirke als Zahlung erst mit Einlösung bzw. Überschreibung, sowie dann, wenn beides noch rechtzeitig hätte geschehen können; bei Aufrechnung gilt die Zahlung als im Augenblicke der Aufrechnungserklärung erfolgt (237 ff.). Auch bei sog. geringfügiger Verspätung der Prämienzahlung ist § 38 VVG. anwendbar, ebenso für quantitativ unbedeutende Prämienrückstände (238 ff.). — Als Zahlung wirkt es auch, wenn der Agent die Zahlung aus eigenen Mitteln vorschießt, es sei denn, daß bedingungsgemäß Zahlung durch Agenten ausgeschlossen ist (240 ff.). — Die ungerügte Annahme verspäteter Zahlungen durch Agenten bindet den Versicherer nur, wenn die Agenten besondere Vollmacht hierzu haben oder wirkliche Vertreter des Versicherers sind; unerheblich ist es, ob der Agent Abschlußagent ist oder nicht (241 ff.). — Anders als die Stundung ist die bedingungsgemäße sog. Respektfrist zu behandeln. Die Kündigungsfrist läuft erst von ihrem Ablauf an und zwar selbst dann, wenn die Respektfrist mindestens 1 Monat beträgt und bei ihr zugleich zum Ausdrucke gebracht wurde, daß bei ihrem fruchtlosen Ablaufe die Versicherung erlösche (244). 2. Verf. bespricht sodann eingehend die sich aus § 39 VVG. ergebenden Streitfragen (246 ff.). — Bestimmte ernstliche Zahlungsweigerung des Versicherungsnehmers überhebt den Versicherer der Notwendigkeit, eine Zahlungsfrist zu setzen, bewirkt aber nicht Fälligkeit aller weiterer Prämien (248 ff.). — Bestimmung einer Zahlungsfrist ist nötig auch im Falle des Bestehens einer sog. Respektfrist; die Zahlungsfrist kann aber schon mit Beginn der Respektfrist gestellt werden; die Respektfrist hat tatsächlich nur Wert, wenn sie länger als 2 Wochen ist (251 ff.).

II. Auslegungsfragen. 1. VAPV. **10** Anh. 111 (KG.). Wenn bestimmt ist, daß bei Prämienverzug der Versicherte zu mahnen ist und daß nach fruchtlosem Ablaufe von zwei Wochen ihm „mitzuteilen ist, daß die Entschädigungsverpflichtung der Gesellschaft erloschen sei ...", so ist diese Bestimmung, zumal etwas anderes nicht klar erhellt, dahin auszulegen, daß erst mit Zugang der Mitteilung das Erlöschen eintritt. Zahlt der Versicherte zwar nach Ablauf der zwei Wochen, aber vor Eingang jener Mitteilung, so bleibt die Entschädigungsverpflichtung bestehen.

2. ZVersWes. **11** 87 (KG.). Wenn bedingungsgemäß dem trotz Mahnung nicht zahlenden Versicherten nach zwei Wochen mitzuteilen ist, daß die Entschädigungspflicht des Versicherten erloschen sei, so tritt dieses Erlöschen nicht vor, sondern erst mit dieser Mitteilung ein.

3. PraxPrV. **3** 135 (LG. I Berlin). Ist bestimmt, daß sich eine Lebensversicherung durch Nichteinhaltung gewisser Zahlungstermine ohne weiteres in eine prämienfreie Versicherung mit veränderter Versicherungssumme umwandelt, so kann eine solche Umwandlung trotz Vorhandenseins der sonstigen Voraussetzungen dann nicht als erfolgt angesehen werden, wenn nach Ablauf der Zahlungsfrist der Versicherer den Versicherungsnehmer nochmals zur unverzüglichen Zahlung unter An-

drohung der Rechtsnachteile bei Nichtzahlung auffordert. Die bedingungsgemäßen Zahlungsfristen gelten dann vielmehr um einen durch das Wort „unverzüglich“ bestimmten Zeitraum verlängert. Ist in einem solchen Falle der Versicherungsnehmer vor Eingang der rückständigen Prämie beim Versicherer gestorben, so kann Zahlung der vollen Versicherungssumme nicht gefordert werden, wenn bedingungsgemäß der Versicherungsnehmer beim Eingange der rückständigen Prämie nochamLeben sein muß.

III. Die Mahnung (vgl. JDR. 8 1072). 1. *Mueller, Das Pfandrecht an den Rechten aus einem Lebensversicherungsvertrag, ZVersWiss. **11** 13 ff. Bei Pfändung oder Verpfändung der Ansprüche aus einem Lebensversicherungsvertrag ist der Versicherer nur verpflichtet, die Aufforderung allein an den Versicherungsnehmer zu richten und ihm gegenüber die Kündigung auszusprechen.

2. **RG.** LeipzZ. **10** 564, VAPV. **10** Anh. 85. Wenn bedingungsgemäß dem durch eine Lebensversicherung Begünstigten die Nichtzahlung der Prämien mitzuteilen ist, so soll dies den Begünstigten vor Unfall der Versicherung schützen. Hat also der Versicherer den von ihm anerkannten Begünstigten durch ungenügende Mitteilung die Möglichkeit, aus eigenen Mitteln Zahlung zu leisten, verschlossen, so kann er nach Treu und Glauben dem Begünstigten gegenüber den Zahlungsverzug nicht geltend machen.

3. VAPV. **11** Anh. 4 (Karlsruhe: altes Recht). Die Zahlungsmahnung, von deren Empfange ab die Frist läuft, muß dem Versicherten zugehen. Ist er im Konkurse, so ist sie ihm zugegangen, sobald der Verwalter sie annimmt. Denn der Gemeinschuldner kann nach § 121 KO. Einsicht und event. Herausgabe der Briefe verlangen. Lehnt aber der Verwalter die Annahme ab, dann ist die Mahnung dem Versichertennicht zugegangen. Es war eine Übersendung an ihn selbst nunmehr nötig.

IV. Die Zahlungsfrist (vgl. JDR. 8 1071). 1. VAPV. **10** 33. Es kann nicht vereinbart werden, daß die Zweiwochenfrist bereits von der Fälligkeit der Prämie ab läuft. Vielmehr ist Mahnung nötig.

2. VAPV. **11** Anh. 43, R. **11** Nr. 897, 898 (Naumburg). Nach § 39 VVG. ist eine erst nach der unpünktlichen Zahlung vom Versicherer besonders bestimmte Frist nötig. Eine im voraus in den Versicherungsbedingungen gesetzte Frist genügt nicht. Wenn eine Frist der letzteren Art, an deren vorgeblichen Ablauf nach den Bedingungen der Verfall oder die Umwandlung der Versicherung in eine prämienfreie bedingungsgemäß geknüpft ist, beim Inkrafttreten des VVG. hinsichtlich einer älteren Versicherung noch läuft, so ist doch § 39 VVG. anzuwenden, also die Setzung einer besonderen Frist nötig, wenn der Zahlungsverzug nach dem 1. Januar 1910 eintritt oder besteht.

3. APV. **10** 33. Die Frist des § 39 Abs. 2 Satz 3 beginnt mit dem auf den Tag des Empfanges der Mahnung folgenden Tage.

V. Die Respektfrist (vgl. JDR. 8 1072). VAPV. **11** 221. § 39 VVG. tritt nicht schlechthin an Stelle der Bestimmungen der älteren Versicherungsverträge über die Folgen nicht rechtzeitiger Prämienzahlung. Insbesondere bleibt die durch ältere Verträge gewährte Vergünstigung einer „Respektfrist“ für die Prämienzahlung unberührt. Mahnt die Gesellschaft vor Ablauf dieser Frist, so kann sie keine Erstattung der Mehrkosten fordern.

VI. Heilung des Verzugs. Duldung verspäteter Zahlungen (vgl. JDR. 8 1072). 1. **RG.** WarnE. **10** 492, VAPV. **10** Anh. 41, R. **10** Nr. 4182, DVersZ. **11** 173. Wenn bedingungsgemäß die Unfallversicherung bei Verzug der Prämienzahlung ruht, so kann für einen während der Zeit des Ruhens eingetretenen Unfall auch dann keine Entschädigung verlangt werden, wenn der

Versicherer hinterher die Prämie annimmt oder wenn er in früheren Jahren die Prämie nachträglich angenommen hatte.

2. LeipzZ. **10** 877 (Frankfurt). Ein Verzichtswille liegt nicht vor bei unlöslichem Widerspruche des ihn anscheinend enthaltenden Verhaltens des Versicherers mit seinem sonstigen Vorgehen. Daher kein Verzicht, wenn nach Prozeßbeginn trotz des Verwirkungseinwandes die Einkassierung der späteren Prämie offenbar infolge eines durch den Umfang des Geschäftsbetriebs herbeigeführten Irrtums erfolgt.

3. VAPV. **11** Anh. 95 (KG.). Die Stundung der Prämie seitens des Versicherers hindert den Eintritt der bedingungsgemäßen Verzugsfolgen. Bis zum Ablaufe der Stundungsfrist liegt Verzug vor. Beim Übergange vom alten zum neuen Rechte muß in solchen Fällen der Versicherer nach den Vorschriften im § 39 VVG. verfahren, wenn am 1. Januar 1910 der Versichrungsnehmer noch nicht im Verzuge war.

VII. Einzelfragen. 1. VAPV. **11** 114. Der Versicherer kann im Falle von § 39 Abs. 3 Zinsen schon vom Tage der Fälligkeit der Prämien fordern und zwar bis zu dem Tage, an dem dann später die Prämie gezahlt wird.

2. VAPV. **10** 33. Es kann nicht bestimmt werden, daß im Falle der Zahlung der Prämie nach Ablauf der Mahnfrist die Gesellschaft erst 8 Tage nach Behebung des Zahlungsverzugs wieder ersatzpflichtig wird.

3. PraxPrV. **3** 201 ff. (Stuttgart). Hat der Versicherungsnehmer auf Grund eines früheren Vertrags Versicherungsansprüche erworben, so können diese durch Verzug in der Zahlung des auf Grund eines neuen, den alten Vertrag fortsetzenden Vertrags nicht verwirkt werden.

VIII. Wegen des Übergangsrechts s. oben zu IV 2, V 2, VI 3.

IX. Vgl. auch v. Ortzen, ZVersWiss. **11** 828, s. oben zu § 3.

§ 40. Vgl. JDR. **8** 1073.

§ 42. (Vgl. JDR. **8** 1073.) VersAnn. **11** 941 ff. (Hamburg). Eine Satzungbestimmung, daß der Versicherungsanspruch verwirkt sei, wenn der Versicherte bei seinem Tode mit der Prämie im Rückstande sei, ist dahin auszulegen, daß nicht objektiv die Tatsache des Rückstandes entscheidet, daß vielmehr dem Versicherten der Nachweis fehlenden Verschuldens verstattet sein muß.

Vierter Titel. Versicherungsagenten.

Vorbemerkung zu §§ 43—48. Die interessante Vielgestaltigkeit der Stellung des Versicherungsagenten tritt immer mehr zutage. Der Bericht enthält reiches Material besonders zu § 43 Ziff. 1. Es sind aber auch die anderen Versicherungsangestellten behandelt, von denen besonders die Inspektoren zu mancherlei Fragen Anlaß bieten. Provisionsfragen tauchen besonders auf hinsichtlich des Rechtes auf Inkassoprovision nach Ausscheiden aus dem Dienste der betreffenden Gesellschaft.

Literatur vor § 43 ff.: Biedermann, Die Haftung des Versicherers gegenüber dem durch betrügerische Vorspiegelungen des Vermittelungsagenten zum Vertragsschlusse verlockten Versicherungsnehmer. Diss., Breslau 1910. — Gerbracht, Die rechtliche Stellung des Versicherungsagenten. Diss., München 1910. — Josef, Unrichtige Übermittelung eines Vertragsantrags, namentlich im Versicherungsrechte, IheringsJ. **59** 360 ff. — Derselbe, Unrichtigkeit des Versicherungsantrags und arglistige Täuschung durch den Agenten, GoldschmidtsZ. **67** 166 ff. — Derselbe, Haftung des Versicherers für unrichtige Angaben seiner Agenten, AssekJahrb. **32** 3 ff. — Derselbe, Der Versicherungsagent als Erläuterer der Versicherungsbedingungen, LeipzZ. **11** 54. — Moldenhauer, ZVersWiss. **11** 761 (Bericht über Vortrag). — Kleeberg: Ein Versuch zur Ermittelung der Zahl der Versicherungsagenten im Deutschen Reiche, HirthsAnn. **10** 386 ff. — Klingemann, Die Rechtsstellung des Vermittelungsagenten im VVG., insbesondere seine Vollmacht. Diss. (Essen 1909). — Konicki, Der Versicherungsagent, FinuAssekRev. **10** 206. — Piper, Die rechtliche Stellung des Versicherungsagenten nach VVG. Diss., Heidelberg 1910. — Schneider, Zur Stellung des Vermittelungsagenten, LeipzZ. **10** 53. —

Serini, Die Rechtsprechung der Kaufmannsgerichte gegenüber Versicherungsgesellschaften insbesondere hinsichtlich der Inspektorenverträge, ZVersWiss. **10** 362 ff. — Zahnbrecher, Die Provisionsabgabe an Versicherungsnehmer. München 1910. — WallmVersZ. **45** 785 ff., 801 ff.: Die rechtliche Stellung des Versicherungsagenten nach VVG.

Vor §§ 43 ff. I. Das rechtliche Verhältnis zwischen dem Versicherer, seinen Angestellten und dem Publikum. 1. **RG.** BayRpflZ. **11** 310, R. **11** Nr. 2477. Ein Auftragsverhältnis zwischen dem Agenten und dem Versicherungsnehmer liegt nur in besonderen Fällen vor, wenn Umstände gegeben sind, aus denen der Wille des Agenten zu entnehmen ist, sich dem Versicherungsnehmer persönlich zu vepflichten. Nicht genügend ist die Bitte des Versicherungsnehmers und das Versprechen des Agenten, für die Erledigung der Sache Sorge tragen und die Angelegenheit beschleunigen zu wollen usw.

2. MittöffFeuerversAnst. **11** 215 ff. (Colmar). Die Gesellschaft haftet nicht auf Grund von § 831 BGB. für außervertragliches Verschulden ihres Generalagenten, der unter Überschreitung seiner Vollmacht einem anderen Schaden zufügt.

3. Im übrigen s. zu § 43 Ziff. 1 (Josef, AssekJahrb. **32** 3 ff.) und zu § 45 I.

II. Die verschiedenen Arten der Versicherungsangestellten (vgl. JDR. **8** 1074). 1. Moldenhauer, ZVersWiss. **11** 741 (Bericht über Vortrag). Der Generalagent ist — wennschon die Generalagentur keine Zweigniederlassung darstellt — im Zweifel selbständiger Kaufmann, nicht Handlungsgehilfe. — Eine Haftung für Delkredere trägt er nur, wenn er sie besonders übernommen hat. — Mit seinem Ausscheiden aus seiner Stellung verliert er, wenn nichts anderes vereinbart ist, seine Provisionsansprüche für spätere Prämieneingänge.

2. SeuffBl. **11** 138 (München). Der Generalagent einer Lebensversicherungsgesellschaft ist Handelsagent im Sinne von § 84 HGB., nicht Handlungsgehilfe (im Hinblick auf den Zweck und die Art seiner Tätigkeit im allgemeinen wie auch nach der konkreten Vertragsgestaltung). Demnach ist die Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts nicht gegeben.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 426. Für die rechtliche Beurteilung der Stellung des Agenten ist es gleichgültig, ob er die Geschäfte nur im Ehrenamte besorgt.

4. WallmVersZ. **45** 547 (LG. Bremen). Versicherungsinspektoren mit Provisionsgarantie sind Handlungsgehilfen, wenn nach dem Inhalt ihres Anstellungsvertrags ihre Stellung eine wesentlich abhängigere ist als die der Agenten (Pflicht, stets Nachricht zu geben, jederzeit im Gesellschaftsbureau zu erscheinen, nur die eine Gesellschaft zu vertreten, gehaltsähnliche Provisionsgarantie).

5. Wegen der registerrechtlichen Behandlung des Generalagenten, der Generalagentur und der Hauptbevollmächtigten vgl. zu § 88 VAG.

6. Wegen des Begriffs „Generaldirektor" s. zu § 34 VAG.

7. Wegen der Beilegung besonderer Titel an die Agenten s. zu § 43 I 1 d, 5; II 3; III 3.

8. Wallm.VersZ **45** 129 bejaht die Frage, ob für sog. Versicherungslehrlinge eine Fortbildungsschulpflicht besteht (§ 120 Ziff. 6 GewO.).

9. Vgl. auch zu III 1, sowie zu IV 1.

III. Die Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses (vgl. JDR. 8 1073). 1. Serini, Die Rechtsprechung der Kaufmannsgerichte gegenüber Versicherungsgesellschaften, insbesondere hinsichtlich der Inspektorenverträge, ZVersWiss. **10** 362 ff. Verf. bespricht die vielfach sehr widerspruchsvolle Rechtsprechung der Kaufmannsgerichte (unter teilweiser Gegenüberstellung derjenigen der ordentlichen Gerichte) hinsichtlich a) der Zuständigkeit des Kauf-

mannsgerichts für Angestellte von Gegenseitigkeitsgesellschaften. Verf. billigt es, daß diese nicht den Kaufmannsgerichten unterstehen, weist aber mit Recht auf den Widerspruch hin, daß Angestellte von Generalagenten der Gegenseitigkeitsgesellschaften unter das Kaufmannsgericht fallen, nicht aber unmittelbare Angestellte der Gesellschaften. b) Hinsichtlich der Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses kommen die Kündigungsgründe, die Prorogation vor ein bestimmtes Kaufmannsgericht, die Beschäftigung von Inspektoren im Bureau, Kündigungsfrist, Konkurrenzklausel usw. in Betracht. Gestreift wird auch die Frage, ob Bestimmungen von Pensionskassen ungültig sind, daß ausscheidende Angestellte nur einen Teil ihrer Beiträge zurückerhalten. c) Eingehend wird die Stellung und Behandlung der Versicherungsinspektoren behandelt. Verf. führt aus, daß der Versicherungsinspektor Agent, nicht Handlungsgehilfe sei. Die Pensaverträge und die Herabsetzung der Provisionsgarantie, die für den Kündigungsmonat vereinbart sei, seien daher gültig.

2. **RG.** ZVersWiss. **11** 1079, JW. **11** 830. Die Übernahme des Delkrederes durch den Generalagenten für die von ihm angestellten Spezialagenten stellt die Übernahme einer akzessorischen Haftung, eine Bürgschaft dar, für die der Sicherungsstempel (preuß.) zu erheben ist.

3. ElsLothJZ. **10** 457 (Colmar). Wenn ein Hauptbevollmächtigter Delkrederehaftung für die ihm untergeordneten Generalagenten übernommen hat und an die Versicherungsgesellschaft die vom Generalagenten nicht eingezogenen Prämien bezahlt, so gehen die Ansprüche der Gesellschaft an den Generalagenten auf den Hauptbevollmächtigten gemäß § 774 BGB. über.

4. Wegen der Delkrederehaftung s. auch zu II 1.

5. VersAnn. **10** 284 (KG.). Im Versicherungsgewerbe ist es üblich, daß Provision nur für Vermittlung, nicht schon für den bloßen Nachweis gewährt wird.

6. VAPV. **10** Anh. 56 ff. (LG. I Berlin). Gültig sind Vertragsbestimmungen, daß die bedungene Provisionsgarantie für die Zeit nach erfolgter Vertragskündigung aufgehoben ist.

7. MittöffFeuerversAnst. **11** 189 ff. (Marienwerder). Fall fristloser Kündigung gegenüber dem Generalagenten wegen wichtigen Grundes (Übernahme schlechter Risiken, Liquidation zu hoher Reisekosten).

8. VAPV. **10** Anh. 56 (LG. I Berlin). Nicht ungültig ist die Vertragsbestimmung, die dem Versicherungsinspektor verbietet, vor oder nach Ablauf der Versicherungsverhältnisse zu veranlassen oder zu veranlassen zu versuchen, Versicherungsnehmer oder Beamte oder Agenten der Gesellschaft auszuspannen oder sie zu einer Gesellschaft zu bringen, die die gleichen Geschäftszweige betreibt, ferner vor oder nach Austritt jemals jemandem über irgendwelche, als vertraulich bezeichnete Mitteilungen Auskunft zu geben, und bei irgendwelcher (zeitlich nicht beschränkter) Zuwiderhandlung eine Vertragsstrafe von 1500 M. zu zahlen (die aber nur einmal verlangt werden kann).

9. Wegen des Inkassos nach Beendigung des Vertrags s. zu § 43 Ziff. 4.

10. Wegen der Fragen hinsichtlich der Kautionen der Agenten (rechtliche und praktische Behandlung) vgl. die eingehenden Ausführungen in SaskisVersZ. **11** 97 ff., 101 ff., 105 ff., 113 ff.

IV. Versicherungspflicht der Versicherungsangestellten
1. OLG. **20** 9, R. **10** Nr. 590, ZVersWiss. **10** 799 (Hamm). Als Handlungsgehilfen und daher krankenversicherungspflichtig sind die Außenbeamten einer Versicherungsgesellschaft, mögen sie Agenten (mit Inkassobefugnis) oder bloß Akquisiteure sein, dann anzusehen, wenn sie nach der Gestaltung der betreffenden Verträge so erhebliche Einschränkungen in ihrer Geschäfts-

tätigkeit treffen, daß von einer Selbständigkeit keine Rede sein kann, sie vielmehr in einem wirtschaftlichen und persönlichen Abhängigkeitsverhältnisse zur Gesellschaft stehen und sie eine gewisse Freiheit nur insoweit genießen, als sie durch die Eigenart der Geschäfte, besonders durch die räumliche Trennung vom Sitze der Gesellschaft bedingt ist.

2. BadVerwRpflZ. **11** 229 (BadVerwGH.). Beschäftigungsort, nicht Sitz der Generalagentur ist maßgebend für die Krankenversicherung der Versicherungsaußenbeamten.

V. Strafrechtliche Stellung. **RG.** (Strafs.) **43** 434. Inkassoagenten sind im Zweifel Bevollmächtigte im Sinne von § 266 StGB., nicht bloß Boten.

VI. Verschiedenes. 1. PraxPrV. **3** 120 (Frankfurt). Hat der Versicherungsnehmer mit dem Versicherer einen Agentur- und nur mit Rücksicht hierauf auch einen Versicherungsvertrag geschlossen, so ist der spätere Wegfall des Agenturvertrags ohne Einfluß auf die Wirksamkeit des Versicherungsvertrags. Der Versicherungsnehmer kann nicht wegen Irrtums anfechten. Andererseits kann auch der Versicherer nicht die Aushändigung der Police deshalb verweigern, weil die Agentenkaution noch nicht gezahlt sei. Eine derartige Verbindung von Agentur- und Versicherungsvertrag ist unzulässig. Verweigert der Versicherer aus jenem Grunde die Police, so gibt dies aber dem Versicherungsnehmer kein Recht, vom Versicherungsvertrage zurückzutreten.

2. OLG. **20** 360, R. **10** Nr. 2645 (München). Pensionen von Privatversicherungsbeamten genießen nicht das Pfändungsprivileg von § 850 Ziff. 3 ZPO.

3. OLG. **22** 134, R. **11** Nr. 1650 (KG.). Kein Provisionsanspruch der Agenten, die für im Inlande nicht zugelassene ausländische Versicherungsunternehmungen Versicherungsvertragsabschlüsse vermitteln (vgl. auch § 85 VAG.).

VII. **RG.** ZVersWiss. **11** 1079. Umfang der Stempelpflichtigkeit der Generalagenten-Anstellungsverträge.

VIII. Wegen der Verwertung der Handelsbücher der Agenten im Prozesse s. PraxPrV. **3** 232 ff. (**RG.**).

IX. Wegen der Frage der Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts für Klagen der Angestellten von Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit s. § 16 VAG. und oben zu III 1.

X. Wegen der Zustellung von Klagen an Generalagenten s. zu § 48.

XI. Wegen der amerikanischen Volksversicherungsagenten vgl. zu § 189 Ziff. 2 VVG; VAPV. **11** 119 ff. (152 ff.).

§ 43. (Vgl. IDR. **8** 1075.) Ziff. 1. Mitwirkung der Agenten bei Vertragsschluß (vgl. IDR. **8** 1075). I. Belehrungen der Agenten (vgl. IDR. **8** 1076, II 8). 1. Josef, Haftung des Versicherers für unrichtige Angaben seiner Agenten, AssekJ. **32** 3 ff. a) Hat der Antragsteller dem Agenten neben dem schriftlichen Antrage noch mündlich abweichende Erklärungen abgegeben, so ist der Agent beauftragt, diese mündlichen Einschränkungen des schriftlichen Antrags dem Versicherer gleichfalls mitzuteilen; unterläßt er die Mitteilung und fertigt der Versicherer den Schein lediglich nach Maßgabe des schriftlichen Antrags aus, so ist, da auch das mündlich Erklärte für den Versicherer bindend ist, der Vertrag nicht zustandegekommen. Das gilt auch in dem Regelfalle, wo nach den Allgemeinen Versicherungsbedingungen für alle das Versicherungsverhältnis betreffenden Anträge und Erklärungen des Versicherungsnehmers schriftliche Form erforderlich ist. Denn ein „Versicherungsverhältnis" entsteht erst mit Schließung des Vertrags, besteht also bei der Antragstellung noch gar nicht. Hat der Versicherer die Vertretungsmacht des Agenten dahin beschränkt, daß dieser zur

Entgegennahme nur schriftlicher Erklärungen ermächtigt ist, so ist diese Beschränkung nur nach Maßgabe des § 47 VVG. gegenüber dem Antragsteller rechtswirksam. b) Inwieweit ein Verschulden des Versicherungsnehmers für ihn Rechtsnachteile zur Folge hat, kann der Mangel eines Verschuldens nach der Absicht des Gesetzes auch hergeleitet werden aus dem Verhalten des Agenten, der z. B. den Versicherungsnehmer bei der Antragstellung unrichtig belehrt hat. Bei der Frage, ob hierdurch das Verhalten des Versicherungsnehmers entschuldigt erscheint, verbietet zwar § 276 BGB., die Individualität des einzelnen Versicherungsnehmers zu berücksichtigen; wohl aber ist zu berücksichtigen die Verschiedenheit gewisser Gruppen von Menschen, also der gebildeten und geschäftserfahrenen von den ungebildeten und unerfahrenen. Auch kann dem Versicherungsnehmer es niemals als Verschulden angerechnet werden, daß er sich auf die Versicherung einließ, obwohl er wegen seiner mangelnden Geschäftserfahrenheit die Tragweite der ihm bei der Antragstellung obliegenden Auskunftspflicht nicht zu übersehen vermochte. c) Das Verhalten des Agenten ist nur insofern rechtserheblich, als infolge seiner Erklärungen eine dem Versicherungsnehmer zur Last fallende Verletzung einer Obliegenheit entschuldigt erscheint. Dagegen ist der Inhalt der Versicherungsbedingungen ausschließlich vom Gerichte nach den allgemeinen Grundsätzen durch Auslegung zu ermitteln; Äußerungen des Agenten, die er über die Bedeutung einzelner Vorschriften der Versicherungsbedingungen gegenüber dem Versicherungsnehmer getan hat, sind für die Gesellschaft ganz unverbindlich und können folglich nicht die Rechte des Versicherungsnehmers über das hinaus erweitern, was sich bei richtiger Auslegung nach allgemeinen Grundsätzen ergibt. d) Steht dem Agenten nicht der Abschluß des Versicherungsvertrags zu, so ist er ein bloßer Vermittlungsagent, auch dann, wenn er den Titel Generalagent oder ähnliche Bezeichnungen führt. Ist dagegen der Agent zum Abschlusse des Versicherungsvertrags befugt, d. h. ist der Abschluß nicht der Direktion vorbehalten, so ist der Agent ein Abschlußagent und danach rechtsgeschäftlicher Vertreter des Versicherers, auch dann, wenn er in allen oder in einzelnen Fällen vor dem Abschlusse die Genehmigung der Direktion einzuholen hat. e) Führt der Generalagent schuldhaft die Unwirksamkeit des Versicherungsvertrags herbei und erleidet der Antragsteller dadurch, daß er nicht versichert ist, Schaden, so ist die Gesellschaft hierfür nicht ersatzpflichtig, mag jener auch Abschlußagent sein. Denn § 276 BGB., der die Haftung aus einem Schuldverhältnisse regelt, setzt ein bereits bestehendes fertiges Schuld- (Vertrags-)verhältnis voraus, findet also nicht Anwendung auf ein Verschulden bei Eingehung des Vertrags (culpa in contrahendo). So wenig also die Gesellschaft schadensersatzpflichtig ist, wenn ihre Direktion die Unwirksamkeit des Vertrags herbeiführt, ebensowenig haftet sie im gleichen Falle für ihren Generalagenten; § 278 erfordert also gleichfalls einen Gehilfen zur Erfüllung des bereits fertig bestehenden Schuldverhältnisses. Die Gesellschaft haftet für Schadensersatz auch nicht auf Grund des § 823, da dessen Abs. 1 nur bestimmte Rechtsgüter schützt und dessen Abs. 2 die Verletzung eines besonderen Schutzgesetzes erfordert. — Vergl. auch unten zu III 1 u. 2 und zu IV 1, 2 u. 3 sowie zu § 45 II.

2. **RG.** JW. **11** 410, LeipzZ. **11** 790. Der Agent ist berufen, für die Gesellschaft mit dem Publikum den unmittelbaren mündlichen Verkehr zu pflegen und den Versicherungsnehmern die erforderliche Aufklärung und Belehrung über Inhalt und Bedeutung der Versicherungsbedingungen und der Fragen der Gesellschaft zu geben. In dieser Beziehung darf der Versicherungsnehmer dem Agenten trauen und insoweit muß die Gesellschaft für die Erklärungen des Agenten einstehen. Das gilt aber nicht für einfache klare und unzweideutige Fragen, bei denen für eine Belehrung über ihren Sinn überhaupt kein Raum war. In Fällen der letzteren Art könnte die Gesellschaft höchstens dann für den Agenten einzustehen haben, wenn dieser bei ge-

botenem Anlasse zur Belehrung (z. B. ungenügende Sprachkunde des Versicherungsnehmers) einen Irrtum über den Sinn der Fragen herbeiführt.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 426. Aus der Rechtsstellung des Agenten folgt, daß er die Aufgabe hat, den Verkehr mit dem Publikum zu vermitteln und diesem die nötige Aufklärung über die Angelegenheiten der Versicherung zu geben und insbesondere über den Inhalt der Versicherungsbedingungen. Das gilt nicht nur für den Abschluß ganz neuer Verträge, sondern auch dann, wenn es sich darum handelt, ob ein bereits eingegangenes Versicherungsverhältnis als fortdauernd anzusehen sei oder wegen eingetretenen Eigentumswechsels der Erneuerung bedürfe. Die Gesellschaft ist an eine diesbezügliche Auskunft des Agenten (Subdirektor, Spezialdirektor) gebunden. Verneint er zu Unrecht, daß eine Erneuerung nötig sei, so muß die Versicherung als fortbestehend behandelt werden.

4. PraxPrV. **3** 91 (KG.). Der Versicherungsnehmer kann sich nicht darauf berufen, daß der bei Antragsausfüllung mitwirkende Agent ihm gesagt habe, er brauche, obwohl im Antrag ausdrücklich nach früheren Brandschäden gefragt war, seine früheren Brandschäden nicht anzugeben, weil sie zu klein seien. Der Versicherungsnehmer mußte die Unrichtigkeit dieser Angabe des Agenten ohne weiteres erkennen.

5. VAPV. **11** Anh. 10 (KG.). Entschuldigungsbeweis ist geführt erachtet. Der Versicherungsnehmer hatte dem Agenten die früheren unerheblichen Erkrankungen mitgeteilt und war dahin beschieden worden, daß derartige Erkrankungen im Antragsformulare nicht zu vermerken seien. Der Versicherungsnehmer war zudem ein einfacher Mann und durfte den Erläuterungen des Agenten um so mehr trauen, als der Versicherer diesem den vertrauenerweckenden Titel „Oberinspektor" beigelegt hatte.

6. LeipzZ. **10** 950 (Frankfurt). Bei Beurteilung der Frage, ob eine Verschweigung früherer Krankheit im Antrage seitens des Unfallversicherten entschuldbar und ob dieser der Erklärung des Agenten, die frühere Krankheit brauche nicht angegeben zu werden, trauen durfte, kann der Berufsstand und der Bildungsgrad des Versicherungsnehmers in Betracht gezogen werden (Apotheker, der ernstliche Nervenstörung verschwiegen hatte).

7. OLG. **22** 81, R. **11** Nr. 889 (München). Unrichtige Antragsangaben über die Zahl der Gesellschaften, bei denen der Versicherungsnehmer früher versichert war, werden nicht dadurch entschuldigt, daß der den Antrag aufnehmende Inspektor gesagt hat, es komme der Gesellschaft auf die Kenntnis von jenen Gesellschaften nicht an.

II. Ausfüllung des Antrags durch Agenten (vgl. JDR. **8** 1075). 1. **RG.** WarnE. **10** 491. Der Versicherungsnehmer haftet auch ohne den Nachweis eines besonderen Verschuldens für unrichtige Angaben im Antrag, und zwar auch dann, wenn nicht er selbst, sondern ein Agent der Gesellschaft die Antworten abgefaßt und niedergeschrieben hat. Nur beim Vorliegen besonderer Tatsachen und Verhältnisse wird der Versicherungsnehmer ausnahmsweise von seiner Verantwortlichkeit für die unrichtige Beantwortung frei, gilt die unrichtige Angabe als entschuldigt.

2. **RG.** JW. **10** 760, DJZ. **10** 967, R. **10** Nr. 2728, WarnE. **10** 274, LeipzZ. **11** 71, VAPV. **10** Anh. 109. Zwar gereicht es (für die Frage der Verwirkung des Versicherungsanspruchs) dem Versicherungsnehmer zum Verschulden, wenn er das Antragsblankett unterschrieben dem Agenten zur Ausfüllung übergeben und nochmalige Durchsicht des Antrags nach Ausfüllung unterlassen hat. Allein dieser Grundsatz (**RG. 46** 184 ff.) darf nicht schablonenmäßig und unterschiedslos angewendet werden. Insbesondere gilt er nicht ohne weiteres für Verhältnisse, über die der

Agent bei ordnungsgemäßer Prüfung und Erkundigung ebensogut Auskunft geben kann wie der Antragsteller. Das trifft namentlich zu für Beschreibung der örtlichen Verhältnisse. Der Antragsteller kann dem Agenten trauen, daß er sie gewissenhaft angeben wird.

3. **RG.** PraxPrV. **3** 75 ff. Der Versicherungsnehmer haftet für unrichtige Beantwortung der Antragsfragen auch dann, wenn ein Agent bei Ausfüllung des Antrags mitgewirkt und er diesem richtige Angaben gemacht hat. Er darf den Belehrungen des Agenten allerdings trauen, zumal dann, wenn es sich um einen Agenten handelt, dem die Gesellschaft den Titel Generalagent beigelegt hat und dem deshalb vom Publikum besonderes Vertrauen entgegengebracht wird. Aber die Belehrungen sind unerheblich, wenn es sich um klare Antragsfragen handelt und die Belehrung offensichtlich mit diesen Fragen im Widerspruche steht.

4. **RG.** VAPV. **11** Anh. 119, R. **11** Nr. 3245. Das Verschweigen von früheren Bränden im Antrag ist entschuldbar, wenn der Versicherungsnehmer dem Agenten von dem früheren Brande Mitteilung gemacht, der Agent aber im Antrage jenen früheren Brand nicht erwähnt hatte. Denn dieses Verhalten des Agenten mußte in dem Versicherungsnehmer die Meinung erwecken und verstärken, daß die Gesellschaft auf die Kenntnis eines früheren Brandes keinen Wert lege, zumal die betreffende vor 17 Jahren abgebrannte Kegelbahn nicht wieder aufgebaut worden war.

5. PraxPrV. **3** 102 ff. (KG.). Eine verschuldet unrichtige Angabe liegt nicht vor, wenn der Agent die Feststellung und Bezeichnung der Räumlichkeiten vorgenommen hat, selbst wenn nach den Versicherungsbedingungen ausschließlich der Versicherungsnehmer für die Richtigkeit seiner Angaben verantwortlich ist. Nicht unrichtig ist bei Einbruchsdiebstahlversicherung die Angabe, daß die Räume im Parterre liegen, während in Wahrheit noch vom Parterre drei Stufen zu den Räumen hinab führen.

6. PraxPrV. **3** 86 (Hamm). Prüft der Versicherungsnehmer seinen von einem Agenten niedergeschriebenen Antrag nicht auf die Richtigkeit der darin enthaltenen Angaben, so kann er später nicht geltend machen, an der Unrichtigkeit der Angaben treffe ihn kein Verschulden. Anders ist es nur dann, wenn ihn besondere Umstände, z. B. hochgradige Schwäche am Durchlesen des Antrags hinderten.

7. R. **10** Nr. 2304 (Hamburg). Der Agent handelt bei Ausfüllung des Antrags als Vertreter des Versicherungsnehmers. Letzterer muß also die Unrichtigkeit der Angaben vertreten. Der Versicherte kann die Unrichtigkeit aber nicht mehr geltend machen, wenn er sie kennt und trotzdem die Versicherung verlängert. Nicht genügt aber die Kenntnis des Generalagenten, der lediglich den vom Unteragenten aufgenommenen Antrag entgegengenommen und an die Gesellschaft weitergegeben hat.

8. MittöffFeuerversAnst. **11** 347 (Königsberg). Der Versicherungsnehmer haftet grundsätzlich für unrichtige Beantwortung der Fragen des von ihm unterzeichneten Antrags, und zwar selbst dann, wenn der Gehilfe des Versicherers (Beamter einer Generalagentur mit Vertretungsmacht des Versicherers) beim Abfassen und Niederschreiben der Antworten die Angabe eines erheblichen Umstandes aus Fahrlässigkeit unterläßt.

9. MittöffFeuerversAnst. **11** 780 (Düsseldorf). Die Versicherungsgesellschaften ersehen aus der Schrift der Anträge, daß die Agenten vielfach diese Anträge ausfüllen. Sie billigen dies Verfahren stillschweigend. In solchen Fällen pflegt der Versicherungsnehmer sich auf die Redlichkeit des Agenten zu verlassen. Ob er entschuldigt ist, wenn der Agent unrichtige Angaben niederschreibt und der Versicherungsnehmer den Antrag nicht wenigstens hinterher prüft, hängt vom einzelnen Falle ab (hier bejaht, weil der Versicherungsnehmer wenig deutsch versteht).

10. Wegen der Mitwirkung von Agenten bei der Rückversicherung s. zu § 186.

III. Nebenabreden mit Agenten (vgl. JDR. 8 1075, 1076). 1. Josef, Unrichtige Übermittelung eines Vertragsangebots, namentlich im Versicherungsrechte, JheringsJ. **59** 369 ff. a) Während die von anderen Agenten vermittelten Verträge zumeist abgeschlossen werden auf Grund der von ihnen mit dem Dritten besprochenen Geschäftsbedingungen, und während die von anderen Agenten mit dem Dritten gepflogenen Verhandlungen die Grundlage des Vertrags zu bilden pflegen, werden Versicherungsverträge nur geschlossen auf Grund der allgemeinen Versicherungsbedingungen sowie etwaiger von der Direktion festgesetzter besonderer Bedingungen. Die Erklärungen und das Wissen des Agenten, insbesondere seine Erläuterungen, durch die er den Umfang der dem Versicherer gegenüber dem Versicherungsnehmer obliegenden Leistungen diesem beim Vertragsschlusse klarstellt, haben also nach dem offensichtlichen Willen des Versicherers keine Bedeutung für den Umfang der vom Versicherer zu übernehmenden Verpflichtungen. b) Der Versicherungsagent ist, soweit es sich um die bloße Entgegennahme des Antrags auf Versicherung handelt, rechtsgeschäftlicher Vertreter des Versicherers. Nicht aber stellt sich der Agent dar als eine vom Versicherungslustigen zur Übermittelung verwendete Person im Sinne vom § 120 BGB. Übermittelt also der Agent den Antrag unrichtig, so ist der Vertrag nichtig, weil die Willensübereinstimmung zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer gefehlt hat. Also ist Anfechtung nach §§ 119, 120 BGB. unnötig. — Vgl. auch oben unter I 1 und unten IV 1, 2 u. 3 und zu § 45 II.

2. Josef, Der Versicherungsagent als Erläuterer der Versicherungsbedingungen, LeipzZ. **11** 54. Falsche Belehrungen des Agenten über die Pflichten des Versicherten können diesen als entschuldigt erscheinen lassen, wenn er eine ihm obliegende Pflicht verletzt, weil er dem Agenten traut. Dagegen sind unverbindlich Erläuterungen des Agenten über den Umfang der vom Versicherer übernommenen Leistungen, da der Versicherer erkennen muß, daß hierüber nur die Direktion entscheiden kann. Im letzteren Falle kommt ein Versicherungsvertrag nicht zustande oder aber er kann wegen Irrtums angefochten werden. — Vgl. auch oben zu I 1 und unten IV 1, 2 u. 3 und zu § 45 II.

3. **RG. 73** 302, JW. **10** 624, LeipzZ. **10** 553, 777, VAPV. **10** Anh. 86, R. **10** Nr. 2304. RG. hebt KG. (JDR. **8** VVG. § 43 Ziff. 1, II 5) auf. Allerdings kann ein nicht abschlußbevollmächtigter Agent nicht für den Versicherer bindend mit dem Versicherten einen Vertrag schließen, der über den Inhalt der Police und die allgemeinen Versicherungsbedingungen hinausgeht. Aber die Agenten haben den Versicherungsnehmern die erforderliche Belehrung und Aufklärung über Inhalt und Bedeutung der Bedingungen und sonstigen Anforderungen der Gesellschaft zu geben. Insoweit haftet die Gesellschaft, sofern nicht dem Versicherungsnehmer ein besonderes erhebliches Verschulden zur Last fällt, sei es bei Abschluß des Vertrags, sei es bei Beobachtung der für die Fortdauer der Versicherung gegebenen Vorschriften. Hierbei ist zu beachten, daß die Versicherungsnehmer den Erklärungen von „Generalagenten" und „Direktoren" ein besonders großes Vertrauen entgegenzubringen pflegen. — In concreto wird (im Gegensatze zum KG.) verneint, daß die fragliche Zusage (Möglichkeit, nach drei Jahren unter zinslosem Rückempfange der Prämien auszuscheiden) in Widerspruch zu den Bedingungen steht und daß der Versicherungsnehmer dies hätte annehmen müssen.

4. **RG.** R. **11** Nr. 2657. Die Bestimmung der Bedingungen, daß die Verpflichtung der Gesellschaft sich lediglich nach dem Inhalte der Police bestimmt und mit den Vertretern der Gesellschaft getroffene mündliche Vereinbarungen keinerlei rechtliche Wirkungen haben, betrifft alle mündlichen Vereinbarungen, gleichgültig,

ob sie dem Versicherer günstig oder ungünstig sind und ob sie mit einem zum Abschlusse bevollmächtigten Vertreter getroffen sind oder nicht (mündliche Erklärung des Abschlußbevollmächtigten, daß die Versicherung nur in Kraft trete, wenn der Versicherte einem bestimmten Vereine beitrete).

5. PraxPrV. **3** 149 (KG.). Wenn der Versicherungsnehmer Anträge unterschrieben und Versicherungsscheine entgegengenommen hat, deren Inhalt mit den Zusicherungen des Agenten in offenbarem Widerspruche steht (Zusage bei einer Nachschußversicherung, daß der Versicherte bei Nachschußausschreibung zum Rücktritte bzw. zur Kündigung befugt sei), so kann er sich hierauf nicht berufen. Denn der Versicherungsvertrag enthält die endgültige Zusammenfassung dessen, was die Parteien gewollt haben. Der Einwand aber, daß das Unterschriebene nicht gelesen worden sei, ist unbeachtlich.

6. VAPV. **10** Anh. 5 (KG.). Weder Dissens noch Anfechtbarkeit liegt vor, wenn der Versicherungsnehmer zwar mit dem Agenten die Gewährung eines Darlehens vereinbart, im Antrage aber die Frage, ob zu dem Antrage Nebenabreden getroffen seien, verneint hatte. Er hat hiernach nämlich bewußt davon abgesehen, die Darlehnsgewährung zur Bedingung zu erheben. Er wollte, zumal der Antragsvordruck auf die Ungültigkeit von Nebenabreden mit dem Agenten hinwies, nur den schriftlichen Antrag der Gesellschaft übermitteln lassen. Denn daß der Agent die Abrede nicht mitteilen werde, konnte ihm nicht zweifelhaft sein. Unerheblich ist es, ob der Agent Vertreter war oder nicht.

7. VAPV. **10** Anh. 6 (Colmar). Dissens bzw. Irrtumsanfechtung ist gegeben, wenn der Versicherungsnehmer dem Agenten ausdrücklich erklärt, er versichere sich nur unter der Bedingung, daß er von der Gesellschaft ein Darlehen erhalte, und wenn der Agent diese Abrede nicht mitteilt oder die Gesellschaft das Darlehen nicht gewährt. Denn die Gesellschaft kann nur den ganzen Antrag annehmen, so, wie er ihrem zur Entgegennahme ermächtigten Agenten gegenüber gemacht war. Diese Auffassung bestätigt sich durch den Antragsvermerk, daß Abmachungen mit dem Agenten nur gültig seien, wenn sie von der Gesellschaft bestätigt wurden. Denn damit sind offenbar andere Abmachungen gemeint als die im Antrage zu gebenden Antworten.

8. VAPV. **11** Anh. 42 (Dresden). Wenn ein Versicherungsnehmer gleichzeitig mehrere Versicherungsanträge stellt und hierbei dem sie entgegennehmenden Agenten erklärt hat, daß alle Anträge voneinander abhängig seien, daß also der Versicherer nur alle annehmen oder ablehnen könne, so wirkt diese Erklärung gegenüber dem Versicherer. Es handelt sich nicht um eine Nebenabmachung mit dem Agenten, die nach dem Antragsformularvordruck ungültig sein würde. Vielmehr liegt nur eine Einschränkung der von dem Agenten als Boten an den Versicherer zu übermittelnden Willenserklärung vor, die jedem gegenüber wirksam ist, der die Willenserklärung verwerten will.

9. LeipzZ. **10** 706 (Dresden). Mündliche Abrede über einjährige Dauer wird in concreto (Hagelversicherung eines früheren Versicherungsdirektors) für unerheblich erachtet, weil der Versicherte die auf 6 Jahre lautende Police entgegengenommen, nicht widersprochen und Versicherungsansprüche auf Grund des Versicherungsvertrags geltend gemacht hat.

IV. Täuschung durch Agenten (vgl. JDR. **8** 1076). 1. Josef, Unrichtigkeit des Versicherungsantrags und arglistige Täuschung durch den Agenten GoldschmidtsZ. **67** 166, 177. Hat der Versicherungslustige im Antrage die Höhe der Prämie nicht ziffermäßig angegeben, so gilt der Versicherer als ermächtigt, diese in üblicher Weise nach dem Tarife festzusetzen. Hat der Antragsteller dem Agenten mündlich einen Höchstbetrag der Prämie vorgeschrieben oder hat er ihm sonst neben dem schriftlichen Antrag noch mündliche, abweichende Erklärungen abgegeben, so

ist der Agent beauftragt, diese mündliche Einschränkung des schriftlichen Antrags dem Versicherer gleichfalls mitzuteilen; unterläßt er die Mitteilung und fertigt der Versicherer den Schein lediglich nach Maßgabe des schriftlichen Antrags aus, so ist, da auch das mündlich Erklärte für den Versicherer bindend ist, der Vertrag nicht zustande gekommen. In dem Regelfall aber, wo vertragsmäßig bestimmt ist, daß der Agent zur Entgegennahme nur von schriftlichen Anträgen ermächtigt ist, sind die mündlich in Abweichung vom schriftlichen Antrage dem Agenten abgegebenen Erklärungen des Antragstellers gegen den Versicherer nicht verbindlich; der Versicherer ist dann berechtigt, den Versicherungsschein nach Maßgabe des bloßen schriftlichen Antrags zu erteilen und die Erfüllung des so geschlossenen Vertrags zu verlangen. Dies gilt aber nicht, wenn der Versicherer von jenen mündlichen Erklärungen Kenntnis hat; hier kann er, wenn er den Vertrag annehmen will, ihn nur unter Berücksichtigung der mündlichen Erklärungen annehmen.

2. Josef, Nachtrag zu oben genanntem Aufsatze, GoldschmidtsZ. **67** 524. Mit Rücksicht auf § 20 der neuen allgemeinen Versicherungsbedingungen ändert Josef das Ergebnis seiner Abhandlung (GoldschmidtsZ. **67** 166 ff. [s. oben IV 1]) dahin: Hat der Antragsteller dem Agenten neben dem schriftlichen Antrage noch mündliche, abweichende Erklärungen abgegeben, so ist der Agent beauftragt, diese mündliche Einschränkung des schriftlichen Antrags dem Versicherer gleichfalls mitzuteilen; unterläßt er die Mitteilung und fertigt der Versicherer den Schein lediglich nach Maßgabe des schriftlichen Antrags aus, so ist, da auch das mündlich Erklärte für den Versicherer bindend ist, der Vertrag nicht zustande gekommen. Das gilt auch in dem Regelfalle, wo nach den allgemeinen Versicherungsbedingungen für alle das Versicherungsverhältnis betreffenden Anträge und Erklärungen des Versicherungsnehmers schriftliche Form erforderlich ist. Denn ein Versicherungsverhältnis entsteht erst mit der Schließung des Vertrags, besteht also bei der Antragstellung noch nicht. Hat der Versicherer die Vertretungsmacht des Agenten dahin beschränkt, daß dieser zur Entgegennahme nur schriftlicher Erklärungen ermächtigt sein soll, so findet auf diese Beschränkung § 47 VVG. Anwendung.

3. Schneider, Bemerkungen zum VVG. (Stellung des Vermittelungsagenten), LeipzZ. **10** 53 ff. Im Falle einer Täuschung durch Vermittelungsagenten bei Abschluß des Versicherungsvertrags kann der Versicherungsnehmer nur wegen Irrtums nach Maßgabe von § 119 BGB. und wegen Täuschung nur gemäß § 123 Abs. 2 anfechten und gegen den Versicherer auf Schadensersatz auf Grund des § 831 BGB. klagen. Es ist unrichtig zu sagen, daß der Vermittelungsagent nicht Dritter im Sinne von § 123 Abs. 2 BGB., und daß daher § 123 Abs. 1 anwendbar sei (so Kommentare von Josef 38, Hagen-Behrend 135, Gerhard 195). Erklärungen des Vermittelungsagenten, in denen er Abweichungen von den Versicherungsbedingungen zugesteht, sind an sich ohne jede Bedeutung. Nur kann unter Umständen der Versicherungsnehmer wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung den Vertrag anfechten, insbesondere wenn er von den Bedingungen keine Kenntnis hatte. Bei Abschlußagenten kommt es darauf an, ob die Vollmacht des Versicherers solche Vereinbarungen von Abweichungen von den Bedingungen gestattet.

4. **RG.** VAPV. **10** Anh. 74, PraxPrV. **3** 142. Anfechtbarkeit eines Versicherungsvertrags wegen arglistiger Täuschung durch den Agenten (darüber, daß Nachschußzahlungen nie vorgekommen seien und auch in Zukunft nicht vorkommen würden).

5. VAPV. **10** Anh. 102 (KG.). Anfechtung des Versicherungsvertrags wegen Täuschung durch den Agenten ist zulässig; der Agent ist kein Dritter im Sinne von § 123 BGB. Natürlich ist Anfechtung aus tatsächlichen Gründen dann ausgeschlossen, wenn es sich um erkennbar unverbindliche, reklamehafte Äußerungen des Agenten handelt.

6. OLG. **22** 133, LeipzZ. **11** 404, SeuffBl. **76** 290, HansGZ. **11** Beibl. 87, R. **11** Nr. 411, 2509 (Hamburg). Der Versicherungsantrag ist anfechtbar wegen arglistiger Täuschung durch den Agenten. Der Agent ist nicht als Dritter im Sinne von § 123 Abs. 2 BGB. zu behandeln (ebenso **RG.** JW. **04** 232).

7. PraxPrV. **3** 4 ff. (Cöln). Der Versicherungsnehmer kann den Vertrag wegen Täuschung durch den Agenten (besonders in Anlehnung an Werbematerial) anfechten, selbst wenn der Agent nicht Angestellter des Versicherers ist und selbst wenn in den allgemeinen Versicherungsbedingungen bestimmt war, daß die Agenten nicht befugt seien, die Gesellschaft durch irgendwelche Versprechungen oder Erklärungen zu binden. Keine Anfechtung, wenn der Agent nur sein Urteil (die Gesellschaft sei sicher) zum Ausdrucke brachte oder Dividendenschätzungen vornahm, deren Unzuverlässigkeit dem Versicherungsnehmer klar sein mußte.

8. VAPV. **10** Anh. 32, PraxPrV. **3** 149 (Königsberg). Anfechtung wegen arglistiger Täuschung der Agenten über den Inhalt der Versicherungsbedingungen (Erhebung von Nachschußprämien bei Gegenseitigkeitsvereinen) ist zulässig, weil der Agent zwar nicht Vertreter, aber Vertrauensmann der Gesellschaft ist. Doch muß immer geprüft werden, ob die Täuschung wirklich kausal war und ob nicht der Versicherungsnehmer aus dem Antragsvordruck ersehen hat, daß jene Angaben des Agenten falsch waren.

9. PraxPrV. **3** 139 (Königsberg). Anfechtbarkeit wegen Täuschung durch Agenten deshalb verneint, weil die angebliche Behauptung des Agenten, es würden keine Nachschüsse erhoben, ganz unwahrscheinlich war, da der Versicherte den Versicherungsvertrag unterschrieben hat, in welchem unmittelbar vor der Unterschrift mit fettem Drucke auf die Möglichkeit von Nachschüssen hingewiesen ist.

10. PraxPrV. **3** 36 ff. (AG. Weida). Die Anfechtung einer Kinderversicherung wegen Irrtums infolge falscher Angaben des Agenten hinsichtlich Höhe und Zeit der Versicherungsleistung wird für begründet und zulässig erklärt.

V. Über die Stellung des Agenten und den Beginn der Frist zur Annahme des gestellten Antrags s. Josef, JheringsJ. **57** 211 ff., s. oben zu § 7 I g.

Ziff. 2. Entgegennahme von Anzeigen usw. (vgl. JDR. **8** 1077). I. Wegen Anzeigen, die an Agenten statt bedingungsgemäß an die Direktion erfolgen, s. oben zu § 33 II.

II. Über Anzeigen von Eigentumsänderungen, die der Agent ohne Veranlassung des Versicherungsnehmers bewirkt, vgl. zu § 71.

III. Über die Bedeutung der Kenntnis des Agenten von nachträglich eintretenden Gefahrerhöhungen s. zu § 29.

Ziff. 3. Inkasso (vgl. JDR. **8** 1077). I. Inkasso und Inkassoprovision nach Ausscheiden. 1. **RG.** LeipzZ. **11** 303, R. **11** Nr. 620. Der Versicherungsagent hat auch im Falle seiner berechtigten kündigungslosen Entlassung Anspruch auf die nach seinem Ausscheiden mit dem jeweiligen Prämieneingange fällig werdenden Provisionen und zwar auf die Dauer der betreffenden von ihm vermittelten Versicherungsverträge.

2. MittöffFeuerversAnst. **11** 644 (Colmar). Der Provisionsanspruch des Versicherungsagenten entsteht mit Vertragsabschluß als bedingter und wandelt sich in einen unbedingten im Augenblicke der Ausführung des Geschäfts, die bei Versicherungsverträgen regelmäßig in der Prämienzahlung liegt. Ist im Agenturvertrage teils Abschluß, teils Inkassoprovision zugebilligt, so ist — sowohl bei Lebens- wie bei Feuerversicherung — anzunehmen, daß die erstere erschöpfend den Entgelt für die Vermittelung des Abschlusses der Verträge darstellen soll, und daß letztere eine reine Inkassoprovision im gewöhnlichen Sinne des Wortes bilden soll. Daher kann die Inkassoprovision nur derjenige Agent fordern, der das Inkasso

tatsächlich besorgt. Dem Agenten stehen also nach seinem Ausscheiden weitere Inkassoprovisionsansprüche nicht mehr zu. Das ist auch allgemeiner Handelsbrauch (vgl. A p t 554 ff.), wenigstens in der Lebensversicherung. Diese Grundsätze gelten im Zweifel auch dann, wenn das Agenturverhältnis durch fristlose Kündigung gemäß § 92 Ziff. 2 HGB. erlischt. Ist eine sog. einheitliche Provision vereinbart, die nur zum Teil Abschlußprovision ist, so steht sie ihm bei fristloser Kündigung zu hinsichtlich der von ihm vermittelten und zur Ausführung gelangten Geschäfte. Ob in solchen Fällen die volle einheitliche Provision zu zahlen ist, bleibt unentschieden und wäre eventuell nach Handelsbrauch zu beurteilen. — Nach Handelsbrauch stehen dem Agenten auch für die vor dem Eintritte des im § 92 Ziff. 2 HGB. vorgesehenen Falles ausgefertigten Nachtragspolicen zu den von ihm abgeschlossenen Versicherungen die vereinbarten Nebenprovisionen und Nachtragskosten zu.

3. VersAnn. **11** 53 ff. verneinen ein Recht des Agenten auf Weiterbezug der Inkassoprovision nach Beendigung des Versicherungsverhältnisses.

4. WallmVersZ. **45** 1459 (Gutachten der Berliner Handelskammer). Der Agent erhält, solange das Agenturverhältnis besteht, Inkassoprovisionen von denjenigen Versicherungen, die zu seiner Inkassoagentur gehören. Dieser Bezug endet mit Abzweigung der betreffenden Versicherung von der Agentur. Von der Abzweigung ist der Agent zu benachrichtigen. Für die Inkassoprovision ist es unerheblich, ob das Inkasso tatsächlich aus irgendwelchen Gründen nicht von dem Agenten bewirkt wird.

5. VAPV. **11** 181. Ein Recht der Agenten auf Fortbezug der Inkassoprovision für neu zugeführte Geschäfte auch über die Beendigung des Agenturverhältnisses hinaus ist nicht zu befürworten und gesetzliche Maßnahmen zu seiner Sicherung sind nicht zu empfehlen.

6. VAPV. **10** Anh. 81 (AG. Magdeburg). Kein Anspruch des Agenten auf Fortsetzung des Inkassos und Fortbezug der Inkassoprovision für von ihm vermittelte Lebensversicherungen nach seinem Ausscheiden aus dem Dienste der betreffenden Gesellschaft (Magdeburger Gebräuche zugrunde gelegt).

7. Vgl. auch oben vor §§ 43 ff.

II. Über Zahlung der Prämie seitens des Agenten mit eigenen Mitteln s. zu §§ 38 u. 39 (**W e i l**, ZVersWiss. **11** 240 ff.), ebenso wegen der Annahme verspäteter Zahlungen.

§ 44. Vgl. JDR. **8** 1077.

§ 45. I. **RG.** VersAnn. **41** 284. Haftung des Versicherers für unwahre Angaben seines Vertreters.

II. PraxPrV. **3** 145 (Stuttgart). Ein (mit Abschlußvollmacht versehener) Agent ist ermächtigt, den Sinn einer ihrem Wortlaute nach nicht zweifelsfreien Vertragsbestimmung in einer für die Gesellschaft bindenden Weise dem Versicherungsnehmer gegenüber festzustellen. Eine Beschränkung dieser Befugnis ist dem Versicherungsnehmer gegenüber nur wirksam, wenn er sie bei Abschluß der Versicherung kannte.

III. LeipzZ. **10** 877 (Frankfurt). Der Abschlußagent kann die eingetretene Verwirkung nicht durch Bestätigung aufheben, da er nicht günstigere als die allgemeinen Bedingungen gewähren und auf Einwendungen gegen den Versicherungsanspruch nicht verzichten kann.

IV. Vgl. auch oben zu § 44 (Schneider, LeipzZ. **10** 55).

§ 47. Vgl. JDR. **8** 1077.

§ 48. (Vgl. JDR. **8** 1077.) I. Klagezustellung an Generalagenten. 1. LeipzZ. **11** 403, R. **11** Nr. 791 (Colmar). Dem Generalagenten kann, wenn er weder Hauptbevollmächtigter noch (§ 175 ZPO.) Generalbevoll-

mächtigter ist, eine gegen die Gesellschaft zu erhebende Klage nicht wirksam zugestellt werden.

2. VAPV. **11** Anh. 121 (Posen). Die Klagezustellung an den Generalagenten ist nur dann zulässig, wenn er Generalbevollmächtigter im Sinne von § 173 ZPO. ist (was im vorliegenden Falle verneint wird).

II. LeipzZ. **10** 94 (Colmar). Wenn die „Generalagentur der Versicherungsgesellschaft" verklagt ist, so ist es unzulässig, wenn das Gericht im Urteile das Rubrum ohne weiteres dahin ändert: „Versicherungsgesellschaft S. vertreten durch ihre Generalagentur ...".

III. Vgl. auch zu § 89 VAG.

Zweiter Abschnitt. Schadensversicherung.

Erster Titel. Vorschriften für die gesamte Schadensversicherung.

I. Inhalt des Vertrags.

Vorbemerkung zu §§ 49—68: Wegen der Herbeiführung des Versicherungsfalls durch Dritte vgl. Josef (zu § 61). Reicheren Berichtsstoff bot das Schiedsgutachten (zu § 64). Zu § 67 sei besonders auf Hallbauers Abhandlungen verwiesen. Interessant ist die Frage, ob und inwieweit noch landesrechtliche Verbote der Überversicherung und der Doppelversicherung giltig sind, insbesondere in strafrechtlicher Hinsicht. (Vgl. zu § 51 und § 59.)

Vor §§ 49 ff. Wegen der im VVG. nicht besonders geregelten kleineren Sachversicherungszweige vgl. die Literaturzusammenstellung über die Versicherungsarten vor § 1 ff. sowie hinsichtlich des Versicherungsfalls das zu § 1 IX Gesagte. Im übrigen sind diese Versicherungszweige bei den einzelnen Gesetzesbestimmungen mitbehandelt (vgl. z. B. wegen der Einbruchsversicherung zu § 33).

§ 49. I. Ausbesserung statt Geldersatz? VAPV. **11** Anh. 73 (LG. Hamburg). Wenn eine Hose einen Brandschaden (Loch) erlitten hat, so kann der Versicherte eine neue Hose verlangen. Er braucht sich nicht damit zu begnügen, daß die Hose von einer Kunststopferei repariert wird.

II. Wegen der Begriffe Versicherungssumme, Versicherungswert und Schaden vgl. auch ZVersWes. **11** 26.

§ 50. Vgl. JDR. **8** 1078, 1079.

§ 51. (Vgl. JDR. **8** 1079.) Literatur: Blad, Die Erscheinungsformen der Überversicherung mit besonderer Berücksichtigung des VVG. Diss., Gießen 1910. — Damm, Die Über- und Doppelversicherung im Landesstrafrechte. Zur Gültigkeit des preuß. Ges. vom 8. Mai 1837, MittöffFeuerversAnst. **11** 271.

I. Gültigkeit von § 20 PrG. vom 8. Mai 1837. **1.** Damm, Die Über- und Doppelversicherung im Landesstrafrechte. Zur Gültigkeit des PrG. vom 8. Mai 1837, MittöffFeuerversAnst. **11** 271. Die Strafbestimmung des § 20 PrG. vom 8. Mai 1837 gilt noch, aber nur für die Fahrnisversicherung, denn das Landesstrafrecht hat nur insoweit seine Kraft verloren, als seine Bestimmungen im Widerspruche stehen mit § 51 Abs. 1 und § 59 Abs. 1 u. 2 VVG. Das ist bei § 20 jenes G. nicht der Fall.

2. **RG.** LeipzZ. **11** 714. Auf die unter der Herrschaft des VVG. abgeschlossenen Versicherungen kann die im § 20 PrG. vom 8. Mai 1837 gegen die Überversicherung angedrohte Strafbestimmung keine Anwendung finden. Die Überversicherung des VVG. ist anders geartet als die, die jener § 20 im Auge hat.

II. LeipzZ. **11** 83 (Frankfurt). Wenn bei Einbruchsversicherung alle Wertgegenstände ohne Angabe von Ausnahmen versichert sind, ihr Wert aber geringer angegeben ist, als er in Wahrheit betrug, so sind bei der wegen Überver-

sicherung vorzunehmenden Reduktionsberechnung auch die zur Zeit des Einbruchs außerhalb der versicherten Räume befindlichen Wertgegenstände mitzuberücksichtigen.

III. Wegen der Seeversicherungstaxe und der Frage der Überversicherung s. zu § 57.

§ 52. (Vgl. JDR. 8 1079.) Sachwert. 1. **RG.** HansGZ. **11** Hptbl. 129, R. **11** Nr. 3722. behandelt den Unterschied von „Kostbarkeit" im Sinne des Gesetzes (§ 429 HGB., § 54 EisenbVerkO., § 372 BGB.) und „Seltenheit" im Sinne der Versicherungsbedingungen (letzteres verneint für eine Zobelpelzboa im Werte von 10 000 M.).

2. **RG. 73** 66, JW. **10** 339, LeipzZ. **10** 399, VAPV. **10** Anh. 76. Kunst- und Liebhaberwert sind auch bei (feuerversicherten) Gemälden unterscheidbar. Kunstwert ist der objektive (gemeine) Verkehrswert. Liebhaberwert ist höher, mag er reiner Affektionswert sein oder auch objektive Momente in sich tragen, die aus der Wertschätzung innerhalb des Kreises der Liebhaber zu entnehmen sind. Er bedarf der ausdrücklichen ziffernmäßigen Festsetzung in der Police. Eine solche liegt nicht vor, wenn die Police nur in einer Position den Gesamtwert von Gemälden, Kupferstichen, Bildern usw. mit 6680 M. angibt und dazu vermerkt, daß ein bestimmtes Gemälde mit 6000 M. als mitversichert gelte. Denn die Bedingungen setzen fest, daß Gemälde mit Kunstwert nur bei ausdrücklicher Benennung in der Police, Gegenstände mit Liebhaberwert aber nur dann versichert sind, wenn der Liebhaberwert als solcher beantragt und in der Police gekennzeichnet ist.

3. MasVersRdsch. **22** 242 (zur Versicherung von Kunst- und Liebhaberwerten). Ein Unterschied zwischen Kunst- und Liebhaberwert ist nicht begründet. Beide sind nur durch den Markt zu ermitteln. Der Marktwert, der Handelswert, ist der gemeine Wert, der Wert für jedermann, der versicherbare Wert. Darüber hinaus Versicherung zu gewähren, ist nicht möglich, nicht ratsam und nicht notwendig. § 2 Abs. 2 der neuen allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen ist nicht glücklich gefaßt.

§ 53. (Vgl. JDR. 8 1080.) Wegen der wichtigen Probleme der Betriebs- und Mietverlustversicherung s. zu § 89 VVG.

§ 54. (Vgl. JDR. 8 1080.) I. VAPV. **11** Anh. 78 (LG. Lübeck). Indirekter Schaden, der dadurch entsteht, daß von einer einheitlichen Sache oder von einer Sachgesamtheit Teile beschädigt werden und dadurch der Rest an Wert verliert, ist nur dann, wenn es sich um einheitliche Sachen handelt, zu ersetzen, bei Sachgesamtheit (z. B. Bibliotheken) nur dann, wenn das besondere Interesse an der ganzen Sachgesamtheit mitversichert ist. Als Sacheinheit ist eine Plüschgarnitur anzusehen. Wird einer ihrer Teile beschädigt (Plüschsofa), so kann Ersatz der ganzen Garnitur verlangt werden, wenn der Ersatz nur des beschädigten Teiles nicht möglich oder nicht genügend ist. Wann Sacheinheit und wann Sachgesamtheit vorliegt, entscheidet die Anschauung des Lebens. Nicht ist Sacheinheit die gesamte Hauseinrichtung oder die sämtlichen Einrichtungsstücke eines Raumes deshalb, weil sie nach einem einheitlichen Stile gearbeitet sind, wohl aber z. B. Plüschgarnituren, Gardinen eines Zimmers usw.

II. PraxPrV. **3** 155 (Colmar). Wenn die Versicherung sich auf „Möbel, Bettstellen, Bettwerk, Haus- und Küchengeräte, Kleider und Wäsche aller Art, Wanduhr, Spiegel, Glas, Gemälde, Ornamente, Haushaltungsvorräte und Brennmaterial" bezieht, so sind nicht mitversichert: Arbeitsgeschirr, Schiebkarren und Taschenuhren.

§ 55. I. PraxPrV. **3** 153 (KG.). Wenn bedingungsgemäß der Versicherer den Versicherungsnehmer gegen die Verluste schützen soll, die ihm für die nach der Schlachtung amtlich verworfenen oder als zum Genusse für Menschen unbrauchbar bezeichneten Tiere entstehen, so ist bei

gänzlichem Verluste des Tieres, also auch dann, wenn es ganz zur Entschädigung gestellt wird und in das Eigentum des Versicherers übergeht, alles zu ersetzen, was der Versicherungsnehmer bei gesundem Zustande des Tieres hätte verwerten können, demnach auch Haut, Kopf, Zunge usw.

II. Wegen Verzichts auf weitere Versicherungsansprüche bei der Schadensregulierung s. zu § 11.

§ 57. (Vgl. JDR. **8** 1081.) Literatur: Damm, Die taxierte Police und ihre Bedeutung für die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, MittöffFeuerversAnst. **11** 811 ff. — Pabst, Die taxierte Police, ein Mittel zur Herabsetzung der Unkosten des Hausbesitzers, MittöffFeuerversAnst. **11** 131 ff. — Rehm, Die Frage der Unanfechtbarkeit der Seeversicherungstaxe, ZVersWiss. **11** 465. — Lehmann, Die Unanfechtbarkeit der Seeversicherungstaxe, ZVersWiss. **11** 785.

1. Rehm, Die Frage der Unanfechtbarkeit der Seeversicherungstaxe, ZVers. Wiss. **11** 465 ff. Vom Betrugsfall abgesehen, ist es rechtlich zulässig, die Anfechtbarkeit der Versicherungstaxe auszuschließen. Denn der maßgebende Satz (§ 793 Abs. 2 HGB.): „Der Versicherer kann eine Herabsetzung der Taxe fordern, wenn sie wesentlich übersetzt ist" stellt nicht zwingendes, sondern durch Vertrag abänderliches Recht dar. Hierfür spricht außer anderen Gründen das rechtliche Wesen, der wirtschaftliche Zweck der Taxe und der Umstand, daß auch § 57 VVG. kein zwingendes Recht darstellt.

2. Lehmann, Die Unanfechtbarkeit der Seeversicherungstaxe, ZVersWiss. **11** 785 ff. Auch wenn die Taxe den wirklichen Versicherungswert erheblich übersteigt, liegt sowohl in der See- wie in der Binnenversicherung der Fall der Überversicherung nicht vor. Es kann jedoch in diesem Falle der Versicherer bei Eintritt des Versicherungsfalls Herabsetzung der Taxe fordern, selbst wenn Betrug nicht vorliegt. Dieses Recht kann durch Vertrag nicht ausgeschlossen werden. Der Ansicht Rehms, § 793 HGB. und § 57 VVG. seien dispositiv, ist nicht beizustimmen.

3. Vgl. auch zu § 87.

§ 58. Vgl. JDR. **8** 1081.

§ 59. (Vgl. JDR. **8** 1082.) Literatur: Damm, Die mehrfache und Doppelversicherung nach dem Reichs- und Landesversicherungsrechte, MittöffFeuerversAnst. **11** 64 ff. — Derselbe, Die mehrfache und die Doppelversicherung im Lichte des Reichs- und Landesversicherungsrechts, JahrböffFeuerversAnst. **11** 336 ff. — Derselbe, Über Über- und Doppelversicherung im Landesstrafrechte. Zur Gültigkeit des PrG. vom 8. Mai 1837, MittöffFeuerversAnst. **11** 271. — Heyers, Beiträge zur Lehre von der Doppelversicherung. Diss. Greifswald 1910. — Kleist, Kann eine von einem Gastwirte zugunsten seiner Gäste verpflichtete Feuerversicherungsgesellschaft im Falle eines Brandschadens Regreß nehmen gegen eine andere Versicherungsgesellschaft, bei der ein geschädigter Gast sich seinerseits gegen Feuerschaden versichert hatte und umgekehrt? Diss., Heidelberg 1908. — Marcus, Schadensverteilung im Falle des Zusammentreffens von Haftpflicht- und sonstiger Schadensversicherung. Diss., Heidelberg 1908. — Winter, Die Doppelversicherung, GesuR. **12** 414.

I. Voraussetzungen des Vorliegens einer Doppelversicherung. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 819, JW. **10** 760, LeipzZ. **10** 942, WarnE. **10** 383, VAPV. **10** Anh. 101, R. **10** Nr. 2907. Doppelversicherung ist auch bei Haftpflichtversicherung möglich, wenigstens nach früherem Rechte, dahingestellt, ob auch nach VVG. Denn Doppelversicherung liegt vor, wenn ein und derselbe Versicherte Subjekt verschiedener auf denselben Gegenstand bezüglicher Versicherungsverträge für dieselbe Zeit und für dieselbe Gefahr ist (**RG. 35** 48 ff.). Diese Voraussetzungen liegen aber auch bei dem Abschlusse mehrerer Haftpflichtversicherungen vor.

2. HansGZ. **11** Hptbl. 52 (Hamburg). Wenn eine (Transport-) Versicherung mit, die andere ohne Kriegsgefahr abgeschlossen ist, so liegt keine Doppelversicherung vor.

3. RG. R. 11 Nr. 3725. Begriff der Doppelversicherung (im Sinne der Seeversicherung, § 788 HGB.). Sie kann auch dann vorliegen, wenn der eine Versicherungsanspruch formell nicht derselben Person zusteht, die die andere Versicherung genommen hat, wofern nur sachlich der gleiche Schaden gegeben ist (z. B. wenn der Beauftragte im eigenen Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers die Versicherung abgeschlossen hat).

4. HansGZ. 11 Hptbl. 213 (Hamburg). Doppelversicherung liegt vor, wenn der Versicherungsnehmer neben einer Kaskoversicherung noch eine Haftpflichtversicherung genommen hat, die ihn gegen alle Schäden . . ., für die er in seiner Eigenschaft als Frachtführer verantwortlich gemacht werden könne, sichern sollte. Denn hierunter fällt nicht bloß die Haftung aus Vertrag, sondern auch die kraft Gesetzes.

5. Wegen der Frage, ob Doppelversicherung vorliegt, wenn für dieselben Tiere eine Viehversicherung und eine Feuerversicherung genommen wird, s. zu § 116.

II. Vertragliche Behandlung der Doppelversicherung. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 819 ff., JW. **10** 760, LeipzZ. **10** 942, VAPV. **10** Anh. 101, R. **10** Nr. 2907, WarnE. **10** 383. Wenn bestimmt ist, daß jede Doppelversicherung die Versicherung ungültig mache, so ist der Verlust des Versicherungsanspruchs objektiv an das Bestehen der Doppelversicherung geknüpft. Darauf, ob die Doppelversicherung entschuldbar war, kommt es also nicht an. Der Versicherte kann sich hierauf nicht berufen. Es liegt nicht die Verletzung einer Verpflichtung vor (Unterlassung von Doppelversicherung), sondern die Begrenzung der Gefahr, die die Gesellschaft übernehmen will. Ähnlich ist Entschuldigung unzulässig, wenn bei Feuerversicherung Gebäude ohne Genehmigung der Gesellschaft anderweit versichert waren oder wenn Mobiliar ohne Genehmigung einem Dritten übereignet war (vgl. **RG. 70** 43).

2. **RG.** SchlHolstAnz. **11** 45. Wenn bedingungsgemäß (§ 40 Ziff. 3 und § 15 Ziff. 1 des Reglements der schleswig-holsteinischen Landesbrandkasse) der Verlust des Versicherungsanspruchs an die Tatsache geknüpft ist, daß die versicherten Sachen schon anderweitig versichert sind, so ist unerheblich, ob die frühere Versicherung infolge der späteren anderweitigen Versicherung ruht, der Versicherungsnehmer also nur formell noch bei der ersten Gesellschaft versichert ist.

3. **RG.** R. **11** Nr. 239. Wenn in beiden Versicherungsverträgen, die ein Versicherungsnehmer mit verschiedenen Versicherern abgeschlossen hat, je der Verlust des Ersatzanspruchs an die objektive Tatsache des Bestehens einer anderweiten Versicherung geknüpft ist, so kann der Versicherungsnehmer von keinem der beiden Versicherer Ersatz verlangen. Beide Versicherungen schließen sich gegenseitig aus.

4. VAPV. **11** 225. Ist Versicherung (für fremdes Eigentum) für den Fall genommen, daß dieses nicht bereits anderweit gedeckt sei, so kann der Versicherer vom Versicherungsnehmer den Nachweis verlangen, daß eine andere Versicherung nicht besteht oder nicht eingreift.

5. PraxPrV. **3** 55 ff. (KG.). Auf eine Bestimmung, nach der im Falle der Doppelversicherung der Versicherer nur pro rata haftet, kann sich dieser stets berufen, wenn die Doppelversicherung am Schadenstage bestand, und zwar selbst dann, wenn der Versicherungsnehmer Ansprüche gegen den zweiten Versicherer nicht geltend macht.

III. Frühere gesetzliche Regelung. 1. BadRpr. **11** 46 (Karlsruhe). Doppelversicherung ist (früheres Recht) zulässig, wofern sie nur nicht in betrügerischer Absicht genommen ist. Unmöglichkeit der

Vertragserfüllung liegt nicht vor; §§ 306, 812 BGB. greifen nicht Platz. Der Versicherungsnehmer kann die zweite Versicherung nicht aus dem Grunde anfechten, weil er irrigerweise an die erste Versicherung nicht gedacht bzw. den Umfang der ersten Versicherung nicht erkannt habe.

2. DJZ. **10** 1237, KGJ. **40** C 393, VAPV. **10** Anh. 35, R. **10** 708, **11** 625 (KG.). Durch das VVG. ist § 2 PrG. vom 8. Mai 1837 aufgehoben, der die Nichtigkeit der Doppelversicherung bestimmt. Damit ist aber auch § 24 desselben G. völlig weggefallen, der jede Doppelversicherung für strafbar erklärt. Er gilt nicht etwa noch insoweit, als die Doppelversicherung in betrügerischer Absicht genommen wurde.

3. PraxPrV. **3** 55 ff. (KG.). Nach Lübecker und Oldenburger Recht besteht kein privatrechtlich wirkendes Verbot der Doppelversicherung. Ebenso verstößt hiernach Doppelversicherung mit der Abrede der Haftung pro rata nicht gegen die guten Sitten.

IV. Kündigungs- und Anfechtungsrecht. PraxPrV. **3** 55 ff. (KG.). Ist vertragsmäßig für den Versicherer die Unkenntnis vom Bestehen einer Doppelversicherung ein Kündigungsgrund, so besteht daneben kein besonderes Anfechtungsrecht wegen Irrtums.

V. Über die Anwendbarkeit von § 67 VVG. auf die Fälle der mehrfachen und der Doppelversicherung vgl. zu § 67 (Hallbauer, LeipzZ. **10** 647 ff.).

§ 61. (Vgl. JDR. **8** 1082.) Literatur: Josef, Irrtum im Beweggrund bei Herbeiführung des Brandfalls, LeipzZ. **11** 767. — Derselbe, Die Wirkung der Gütergemeinschaft auf den Versicherungsanspruch, LeipzZ. **11** 915. — Derselbe, Versicherung durch den einen und Brandstiftung durch den anderen Ehegatten, ACivPr. **107** 373 ff. — Derselbe, Die Haftung des Versicherungsnehmers für Handlungen Dritter, ZVersWiss. **11** 201 ff. (s. oben zu § 6). — Im übrigen s. zu § 6 und das dort unter VI. Gesagte.

I. Haftung für Dritte (vgl. JDR. **8** 1083). 1. *Josef, Versicherung durch den einen und Brandstiftung durch den anderen Ehegatten, ACivPr. **107** 373—383. a) Hat der Mann das Eingebrachte der Frau gemäß §§ 1045, 1384 BGB. unter Versicherung gebracht, so ist zwar nur der Mann Versicherungsnehmer im Sinne des § 61 VVG., der Versicherer ist aber leistungsfrei, auch wenn die Frau den Brand herbeiführt, weil auf eine solche Versicherung die Grundsätze von der Versicherung für fremde Rechnung anzuwenden sind. b) Hat die Frau Versicherung genommen und geht sie sodann die Ehe ein, so sind sowohl beim gesetzlichen Güterrecht als auch im Falle der Gütergemeinschaft sämtliche ihr gegenüber dem Versicherer obliegenden Verbindlichkeiten vom Manne zu erfüllen; seine Handlungen und Unterlassungen gelten als solche der Frau. Folglich ist, obwohl der Mann hier nicht der Versicherungsnehmer ist, der Versicherer leistungsfrei, auch wenn der Mann den Brand der von der Frau in die Ehe gebrachten Sachen herbeiführt. c) Stehen dem Manne an der versicherten Habe der Frau Rechte nicht zu (Gütertrennung, Vorbehaltsgut) und überläßt sie die Verwaltung dem Manne, so hat dieser nur die rechtliche Stellung, wie jeder von der Frau beauftragte Fremde. Der Versicherer ist also leistungspflichtig, wenn der Mann den Brand jener Habe herbeiführt. Das gleiche gilt, wenn der Mann die Verwaltung seiner versicherten Habe der Frau überläßt und diese den Brand herbeiführt. Denn nach § 61 kommt nur das Verschulden des Versicherungsnehmers in Betracht, nicht das dritter Personen. Der § 278 BGB. kommt nicht zur Anwendung; denn der Versicherungsnehmer, der Dritten die Verwaltung der versicherten Habe überträgt, bedient sich dieser Dritten nicht zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten gegenüber dem Ver-

sicherer, sondern will auch geschützt sein gegen die Leichtfertigkeit derer, denen er seine Habe anvertraut. d) Hat der Mann das Gesamtgut unter Versicherung gebracht, so ist, wenn die Frau den Brand herbeiführt, der Versicherer leistungspflichtig. Denn dem Manne steht aus jener unerlaubten Handlung der Frau kein Anspruch, am wenigsten ein fälliger Anspruch gegen die Frau zu; ein solcher kann also auf den Versicherer nicht übergehen und dieser kann sonach gegen den Anspruch des Mannes auf die Versicherungssumme nicht aufrechnen.

2. Vgl. auch wegen des durch die Ehefrau herbeigeführten Brandes, Josef, LeipzZ. **11** 915, s. unten zu § 67.

3. Ritter, ABürgR. **35** 211 ff. (213). Der Versicherungsnehmer muß sich fremdes Verschulden unter entsprechender Anwendung von § 278 BGB. anrechnen lassen. Eine derartige nur mittelbare Anwendung von § 278 BGB. ist unbedenklich und geboten. Die Abgrenzung im einzelnen ist nicht schwieriger als in den sonstigen Anwendungsfällen von § 278 BGB. Allerdings ist § 254 BGB. nicht heranzuziehen. Eine Verteilung des Schadens kommt also nicht in Frage.

4. Wegen der Haftung für Dritte s. zu § 6 (Brodmann).

5. Wegen der Haftung für Angestellte bei der Viehversicherung s. zu § 125, bei der Transportversicherung s. zu § 130.

6. Vgl. Josef, ZVersWiss. **11** 201 ff., oben zu § 6.

7. Wegen der Herbeiführung des Brandes durch Angehörige, Dienstboten usw. s. zu § 85 I.

II. Vorsatz (vgl. JDR. 8 1082). 1. Josef, Irrtum im Beweggrunde bei Herbeiführung des Brandfalls, LeipzZ. **11** 767. Im Gegensatze zu § 152 VVG. fordert § 61 VVG. nur eine vorsätzliche oder grobfahrlässige Handlung, nicht aber Widerrechtlichkeit. Zum Vorsatz im Sinne von § 61 VVG. aber genügt es, daß der Versicherte wissentlich und willentlich handelte. Unerheblich ist es, weshalb er handelte. Daher kann er nicht nachträglich Ersatz mit der Begründung verlangen, er habe den Wert und die Bedeutung der verbrannten Sachen, sei es selbst schuldlos, irrig verkannt.

2. Damm, MittöffFeuerversAnst. **11** 760. Unter vorsätzlicher Herbeiführung des Versicherungsfalls ist nicht nur eine gewollte Handlung, sondern auch eine gewollte Unterlassung zu verstehen, wenn dadurch der Versicherungsfall herbeigeführt wird, z. B. es fallen glühende Kohlen aus dem Ofen, der Versicherungsnehmer läßt sie liegen. § 62 VVG. hilft in solchen Fällen nicht immer, weil er einen eingetretenen Versicherungsfall voraussetzt.

3. **RG.** (Strafs.) **44** 255. Strafprozessuale Behandlung des Brandstifters (dessen Beeidigung im Prozesse gegen den Versicherungsbetrüger) und des Versicherungsbetrügers (Strafzumessung).

III. Grobe Fahrlässigkeit (vgl. JDR. 8 1083). 1. **RG.** PraxPrV. **3** 159. Nach welchem Rechte bei älteren Versicherungsverträgen der Begriff des „groben Verschuldens" bei Herbeiführung des Schadensfalls zu beurteilen ist, kann unerörtert bleiben. Jedenfalls liegt ein grobes Verschulden des Versicherungsnehmers vor, wenn er ein großes Warenlager, in dem sich auch leicht feuerfangende Gegenstände befinden, ohne jede unmittelbare Aufsicht bei vollem Betriebe der Beleuchtungsanlage völlig abgeschlossen stehen läßt. Es genügt nicht, daß er einem in einem anderen Raume sich aufhaltenden Angestellten den Auftrag erteilt hatte, alle 10—15 Minuten vom Stande der Dinge sich zu unterrichten.

2. VAPV. **11** Anh. 81 (KG.). Kein grobes Verschulden (Einbruchsversicherung), wenn die vorhandenen besonderen Verschlüsse bei Geschäftsschluß während der Mittagspause nicht benutzt oder mehrfache Sicherungen (Verschluß zweier Türen) unterlassen wurde,

falls der Geschäftseingang in einem hellen Hausflure liegt, der von Mietparteien belebt ist. Kein grobes Verschulden, wenn an die Türe angeschrieben ist „Von 1—3 geschlossen".

3. PraxPrV. **3** 157 (KG.). Sind nach den Bedingungen einer Einbruchsdiebstahlversicherung Eisengitter vor den Fenstern anzubringen und angebracht, so ist ein Offenlassen der Fenster mangels einer besonderen Vereinbarung nicht als grobe Fahrlässigkeit anzusehen.

4. SchlHolstAnz. **10** 55 (Kiel). Bedingungsgemäße Anspruchsverwirkung bei Einbruchsversicherung infolge groben Verschuldens des Versicherungsnehmers liegt vor, wenn der Versicherungsnehmer das Zimmerfenster nachts offenstehen läßt, obwohl außen am Hause ein Leitergerüst zum Zwecke des Hausabputzes angebracht ist.

5. VAPV. **10** Anh. 75 (Naumburg). Grobe Fahrlässigkeit des gegen Einbruchsdiebstahl Versicherten liegt nicht darin, daß er den Schlüssel zu dem Sekretäre, dessen Fächer mit ihm verschlossen sind, auf dem Sekretäre selbst hinter einer Figur versteckt aufbewahrt.

IV. Über die Möglichkeit der Anwendung von § 254 BGB. bei § 61 s. zu § 6 (Schneider).

V. Über das Verhältnis von § 61 zu § 130 vgl. zu § 130.

VI. Vgl. auch zu §§ 180, 152, 130.

§ 62. (Vgl. JDR. **8** 1085.) Literatur: Josef, Eintritt des Versicherungsfalls, ZVersWiss. **11** 128.

I. Beginn der Pflicht zu Rettungsmaßnahmen. 1. Josef, Eintritt des Versicherungsfalls, ZVersWiss. **11** 128. Die im § 62 VVG. aufgestellte Pflicht zu Rettungsmaßnahmen entsteht nicht erst nach Beginn der Versicherung. Vielmehr kann sie schon vor diesem Zeitpunkte, ja selbst vor Beginn des Versicherungsvertrags beginnen. § 62 VVG. unterscheidet nicht, ob die Versicherung schon wirksam war oder nicht. Andererseits erwachsen dem Versicherungsnehmer, der in dieser Weise seine Rettungspflicht erfüllt, Versicherungsansprüche für die hierdurch entstandenen Schäden gemäß § 83 VVG.

2. Über die Frage, ob die Pflicht des Versicherungsnehmers zu Rettungsmaßregeln schon vor Beginn der Versicherung besteht, vgl. auch Josef, JheringsJ. **57** 211 ff., s. oben zu § 7.

II. Vgl. wegen des Begriffs des „Eintritts des Versicherungsfalls" auch unten zu § 83 III 1 (Schneider, LeipzZ. **10** 56).

III. Wegen der Anrechnung stehengebliebener Gebäudeteile s. oben zu § 88.

§ 64. (Vgl. JDR. **8** 1085 und 1142 ff.) Literatur: Biedermann, Die Schiedsgerichtsbestimmungen des Versicherungsvertragsrechts im Vergleiche zum 10. Buche der ZPO. unter besonderer Berücksichtigung des öffentlichen Feuerversicherungswesens, MittöffFeuerversAnst. **11** 12 ff. — Fuld, Schiedsgutachten und ihre Anfechtung, AssekJahrb. **33** 21 ff. — Elperting, Zur prozessualen Geltendmachung der Versicherungsansprüche, JW. **11** 394. — Josef, Die „Ablehnung" der Schiedsgutachten bei der Unfallversicherung, ZVersWiss. **11** 801 ff. — Pasche, Das Verfahren bei der Abschätzung von Brandschäden, insbesondere das Sachverständigenverfahren, LeipzZ. **11** 260. — Vgl. auch die Literaturangaben und den Bericht zu § 184; doch ist der Hauptberichtsstoff zu § 64 verwertet, da dieser im wesentlichen mit § 184 übereinstimmt.

I. Bildung der Schiedsgutachterkommission. 1. Josef, „Die Ablehnung" der Schiedsgutachter bei der Unfallversicherung, ZVersWiss. **11** 801 ff. a) Sollen bei der Unfallversicherung nach dem Vertrage Sachverständige die im § 184 VVG. bezeichneten Feststellungen treffen, so ist kein Teil berechtigt,

den vom Gegner benannten Sachverständigen abzulehnen, d. h. dessen Feststellungstätigkeit dadurch zu verhindern, daß er ihn als befangen bezeichnet. Andererseits wollen die Parteien aber durch diese außergerichtliche Schiedsbegutachtung dasselbe erreichen, was sie auf dem umständlicheren Wege einer gerichtlichen Beweisaufnahme erreichen könnten; daraus folgt, daß jeder Teil nur solche Sachverständige benennen darf, die bei einer gerichtlichen Beweisaufnahme als unbefangen gelten würden. Hat dem zuwider eine Partei einen Sachverständigen benannt, der bei einer gerichtlichen Beweisaufnahme mit Erfolg wegen Befangenheit hätte abgelehnt werden können, so ist die Feststellung nicht dem Vertrag entsprechend erfolgt, danach unwirksam, und der Versicherungsnehmer kann nunmehr seinen Anspruch ohne Rücksicht auf die erfolgte Schiedsbegutachtung im Rechtswege geltend machen. Voraussetzung ist dabei, daß er der Gesellschaft gegen das Tätigwerden des Sachverständigen Widerspruch erhoben hat, noch bevor ihm die schriftliche Feststellung der Kommission zuging. b) Durch dies Recht des Versicherungsnehmers zur Geltendmachung der Wirkungslosigkeit der Feststellung als einer vertragswidrig erfolgten wird nicht berührt das ihm nach § 184 zustehende Recht auf Anfechtung der Feststellung wegen offenbarer Unrichtigkeit. c) Hat der Versicherungsnehmer gegen die von der Gesellschaft in Gemäßheit der Allgemeinen Versicherungebedingungen erfolgte Auswahl eines Obmanns nicht fristmäßig Widerspruch erhoben, so gilt jene Auswahl als von ihm genehmigt, selbst wenn dem Obmanne die für diese Tätigkeit nach den Versicherungsbedingungen erforderlichen Eigenschaften abgehen.

2. WallmVersZ. **45** 1396 (APV.). Wenn besondere Vorschriften in den Bedingungen fehlen, steht dem Versicherer das Recht zur Ablehnung des vom Versicherungsnehmer gewählten Gegensachverständigen nur dann zu, wenn in dieser Wahl ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegt, z. B. wenn eine übelbeleumdete Person oder jemand ausgewählt wird, der in anderen Fällen die Pflichten eines unparteiischen Sachverständigen erweislich gröblich verletzt hat. Die Ablehnungsgründe sind klar und unzweideutig anzugeben. Genaue Prüfung vor Ablehnung ist nötig.

3. Wegen der Ablehnung der Schiedsrichter s. auch zu II 1 und zu IV 1.

4. PraxPrV. **3** 177 (KG.). Wenn der Versicherte sich weigert, das Los zur Bestimmung des Obmanns der Schätzungskommission zu ziehen, so verliert er dadurch seine Versicherungsansprüche nicht. Der Versicherer mußte und konnte die Losziehung in diesem Falle durch eine andere Person vornehmen lassen. Tat der Versicherer das nicht, so kann er gegenüber der Leistungsklage des Versicherten nicht einwenden, daß die Höhe des Schadens von der Schätzungskommission festzustellen sei.

II. Verfahren vor der Kommission. 1. Tasche, Das Verfahren bei der Abschätzung von Brandschäden, insbesondere das Sachverständigenverfahren, LeipzZ. **11** 260. Die Schadensschätzung muß schleunig sein. Soweit Einigung mit dem Versicherten nicht möglich ist, müssen beide Teile Sachverständige ernennen. Bei öffentlichen Feuerversicherungsanstalten ist wegen ihrer Stellung die Abschätzung durch eigene Organe oder von ihnen ernannte Sachverständige unbedenklich. — § 14 der neuen allgemeinen Versicherungsbedingungen der Privatversicherer regelt in zweckmäßiger Weise in Anschluß an § 64 VVG. das Abschätzungsverfahren. — Die Anfechtung des Schiedsgutachtens darf nach § 64 VVG. nicht in zu weitem Maße zugelassen werden. Kleinliche Nachprüfung ist zu vermeiden, da sonst der Zweck, die Sache glatt zu erledigen, nicht erreicht werden kann und man leicht ins Uferlose gerät. Besondere Begründung des Gutachtens unnötig, wenn sich aus den Berechnungen Gang und Art der Abschätzung genügend klar ergibt. Offenbare Unbilligkeit liegt im allgemeinen nur dann vor, wenn die Sachverständigen in wesentlichen Punkten sich geirrt oder mit ihren

Entscheidungsbefugnissen Mißbrauch getrieben haben, nicht aber schon deshalb, weil andere, selbst gerichtliche, Sachverständige abweichender Meinung sind. Es genügt, wenn die Sachverständigen alle ihnen zu Gebote stehenden Auskunfts- und Prüfungsmittel eingehend und gewissenhaft geprüft haben. Äußerlich gute Form spricht nicht für, etwaige Überschreitung der Prüfungsgrenze spricht nicht ohne weiteres gegen die Billigkeit des Ergebnisses. — Ablehnung der Sachverständigen nicht schon möglich wegen eines gewissen Maßes von Subjektivität, da ja die Parteien die Sachverständigen ernennen, wohl aber bei erheblichen, gegen die Unparteilichkeit sprechenden Gründen. Oberbeamte, technische Beamte der Versicherer sind zuzulassen, wenn ihnen Entschließungsfreiheit gewährleistet wird. Im übrigen sind im allgemeinen Personen unzulässig, die im Abhängigkeits- oder Unterordnungsverhältnis zu einer Partei stehen (z. B. Direktor der beteiligten versicherten Gesellschaft). — Ablehnung des Obmanns ist stets dann möglich, wenn er nicht beiden Parteien völlig unbefangen gegenübersteht. Ablehnung ausgeschlossen für diejenige Partei, die ihn wissentlich zuläßt. — Schiedsgericht an Stelle des Sachverständigenverfahrens oder, unter Ausschluß des Rechtswegs, als Kontrollorgan zur Nachprüfung etwaiger offenbarer Unbilligkeit über den Sachverständigen (2. Instanz) ist unzweckmäßig. Daher § 23 PrG. vom 25. Juli 1910 verfehlt.

2. PraxPrV. **3** 244 (Hamburg). Hat der Versicherer bei früheren Schadensregulierungen die bedingungsgemäße (nach den allgemeinen Seeversicherungsbedingungen vorgeschriebene) Zuziehung von Vertretern nicht verlangt, sie auch selbst nicht beobachtet, so kann er in einem späteren Falle den Verstoß gegen diese Vorschriften nicht rügen, es sei denn, daß er den anderen Teil darauf hingewiesen hatte, daß sein entgegenkommendes Verhalten nur eine Ausnahme darstelle.

3. SeuffA. **65** 7, SächsOLG. **32** 264 (Dresden). Daß der Spruch der Sachverständigenkommission einstimmig erfolgen müsse, kann im Zweifel nicht gewollt sein (vgl. OLG. **16** 368). Vielmehr solle sie, insbesondere wenn die Zahl ihrer Mitglieder eine ungerade ist, im Zweifel nach Stimmenmehrheit entscheiden.

4. Über die Bemessung der Frist für die vorgeschriebene Feststellung einzelner Anspruchsvoraussetzungen durch Sachverständige s. zu § 12 Ziff. I.

III. Formelle Mängel des Schiedsgutachtens. 1. **RG.** VAPV. **11** Anh. 57, JW. **11** 412, LeipzZ. **11** 629, R. **11** Nr. 1826, 1827. Wenn bedingungsgemäß der Spruch der Ärztekommission „schriftlich zu begründen ist", so gehört dazu die Unterschrift aller Schiedsgutachter. Es liegt also kein formell gültiger Spruch vor, wenn hinterher einer der Gutachter erklärt, er könne den unstreitig einstimmig gefaßten Beschluß nicht unterschreiben, weil er nachträglich anderer Meinung geworden ist.

2. **RG.** JW. **10** 716, LeipzZ. **11** 72, VAPV. **10** Anh. 97, R. **10** Nr. 2727. Wenn bedingungsgemäß über die Frage der Invalidität und ihrer Ursache „eine Kommission von 3 Ärzten" entscheiden soll, so genügt es nicht, daß jeder der 3 Ärzte ein Einzelgutachten einreicht. Vielmehr muß eine Beratung erfolgen und auf Grund derselben ein gemeinsamer Ausspruch der Ärzte über jene Fragen ergehen. Da dies nicht geschehen ist, ist die Kommissionsbestellung ergebnislos verlaufen und nunmehr das Gericht zur Entscheidung jener Fragen befugt.

3. **RG.** VersAnn. **11** 981. Ist der Spruch unklar (Rentenherabsetzung; unsicher, ob die Kommission meint, es sei schon eine Verminderung der Erwerbsfähigkeit eingetreten, oder ob sie nur die Anstellung eines Versuchs der Wiederaufnahme der Arbeit empfiehlt), dann ist das Kommissionsverfahren endgültig zu Ende und der Weg zu voller gerichtlicher Geltendmachung frei. Keine Pflicht des Ver-

sicherten, sich auf Versuche zwecks Ergänzung und Klarstellung des Spruches einzulassen.

IV. Materielle Mängel des Schiedsgutachtens. 1. Fuld, Schiedsgutachten und ihre Anfechtung, AssekJahrb. **33** 21 ff. a) Schiedsvertrag bezweckt die Entscheidung des gesamten Rechtsverhältnisses oder von Teilen desselben. Schiedsgutachtenvertrag hat die Feststellung einzelner für die Entscheidung erhebliche Tatsachen zum Gegenstande. Beides berührt sich oft. Nicht der Name, sondern der Inhalt des Abkommens entscheidet, was gemeint war. Im Zweifel ist Schiedsvertrag zu verneinen. Er ist im Versicherungswesen nicht so häufig wie der Schiedsgutachtenvertrag. b) Die Anfechtung nach §§ 64, 184 VVG. ist enger als die im § 319 BGB. gegebene. Letztere Bestimmung ist nur subsidiär anwendbar. Sie enthält abänderliches Recht. Infolgedessen kann ihre Anwendbarkeit vertraglich ausgeschlossen werden. Nach § 64 Abs. 3 VVG. ist nur die Ausschließung der im § 64 VVG. geregelten Anfechtbarkeit unwirksam. Die Abrede, daß das Schiedsgutachten unanfechtbar sein solle, ist daher nicht schlechthin ungültig. Die Abrede, daß die Schiedsgutachter „unter Ausschluß des Rechtswegs" entscheiden sollen, schließt nicht ohne weiteres die Anfechtung wegen Unbilligkeit aus. c) Offenbare Unbilligkeit verlangt nicht, daß eine Beweisaufnahme darüber unnötig sein müsse, ob sie vorliege. Offenbare Unbilligkeit liegt nicht ohne weiteres vor, wenn anderweit abweichende Schätzungen erfolgen. Flüchtigkeit und Oberflächlichkeit der Schiedsgutachter allein genügt nicht. Nötig ist ursächlicher Zusammenhang zwischen Spruch und Mängeln. Verschulden der Gutachter ist unerheblich. Spätere Änderungen der Sachlage dürfen nicht berücksichtigt werden, mag dies auch bisweilen für den Versicherten unbillig erscheinen. — Unbedingter Anfechtungsgrund ist die Besorgnis der Befangenheit eines Gutachters; ein Nachweis ursächlichen Zusammenhanges ist in diesem Falle nicht nötig. Der Begriff der Befangenheit darf aber nicht zu eng aufgefaßt werden. Sie ist nicht gegeben z. B. gegenüber dem Vertrauensarzt und gegenüber dem Hausarzte. Wohl aber bei Personen, die in wirtschaftlicher Abhängigkeit zu einem der Beteiligten stehen. Ein Ablehnungsrecht der Beteiligten ist im Gegensatze zum RG. zu verneinen. Daher ist ein Verzicht auf Ablehnung nicht anzunehmen, wenn der Gegner nicht von vornherein die Befangenheit geltend macht. — Das gleiche gilt hinsichtlich der Nichtrüge von solchen Mängeln des Verfahrens, die in Verletzung von Grundsätzen bestehen, deren Beachtung aus der Natur jedes Verfahrens sich ergibt und die daher als selbstverständlich erscheinen. In solchen Fällen ist Anfechtung wegen offenbarer Unbilligkeit zulässig. d) Ist der Spruch ungültig, dann ist der gewöhnliche Prozeßweg zu beschreiten, nicht eine neue Kommission zu berufen. Im übrigen ist, solange ein Schiedsgutachten nicht vorliegt, nur Feststellungsklage über den Anspruchsgrund und Klage auf Einberufung der Kommission, nicht aber Leistungsklage zulässig. Auch nach Erlaß des Feststellungsurteils kann die Gesellschaft die Kommission hinsichtlich der Feststellung der Höhe noch berufen. Verweigert oder verzögert sie die Berufung der Kommission, so kann das Gericht hieraus unter freier Würdigung der Sachlage Schlüsse ziehen.

2. **RG.** WallmVersZ. **45** 1889. Unrichtigkeit des Spruches allein ist nicht gleichbedeutend mit offenbarer Unbilligkeit. Diese verlangt, daß der Spruch dem sachverständigen Beurteiler, der sich in die Zeit der Spruchabgabe zurückversetzt, ohne weiteres als verfehlt erscheinen muß.

3. **RG.** LeipzZ. **10** 547, R. **10** Nr. 2173. Offenbare Unbilligkeit liegt vor, wenn es sich um einen groben Irrtum in dem angefochtenen Gutachten, um eine für jeden zur Nachprüfung Befähigten auf der Hand liegende Sachwidrigkeit handelt.

4. LeipzZ. **11** 718 (Colmar). Eine offenbare Unbilligkeit liegt

jedenfalls dann nicht vor, wenn das Endergebnis der Schätzung dem Versicherten nicht nachteilig ist.

5. Wegen des Begriffs der offenbaren Unbilligkeit vgl. auch zu II 1 und V 1.

6. **RG.** VAPV. **11** Anh. 57, R. **11** Nr. 1826, 1827. Mit materiellen Mängeln behaftet und daher unverbindlich ist der Spruch der Ärztekommission, wenn die Schiedsgutachter in einer den Bedingungen widersprechenden Weise andere Umstände (z. B. den Beruf des Versicherten bei der Feststellung des Invaliditätsgrads) mit berücksichtigt haben.

7. **RG.** PraxPrV. **3** 162. Wenn nach erfolgtem Abschätzungsverfahren der Versicherungsnehmer über die Versicherungssumme mit der Erklärung quittiert, daß er das Ergebnis der Abschätzung anerkenne und auf weitere Ansprüche verzichte, so kann das Anerkenntnis nicht mehr wegen offenbarer Unrichtigkeit des Abschätzungsergebnisses angefochten oder nach §§ 812 ff. BGB. kondiziert werden. Vielmehr wäre nur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung möglich.

7. Vgl. auch zu II 1.

V. Vertraglicher Ausschluß der Anfechtbarkeit und des Rechtswegs. 1. **RG.** WarnE. **10** 4 s. schon JDR. **8** 1144 § 184 VVG. unter VI 3.

2. **RG.** JW. **10** 836, R. **10** Nr. 3281, WarnE. **10** 332. Auch wenn bestimmt ist, daß das Unfallschiedsgutachten für beide Teile unbedingt endgültig und daß der Rechtsweg ausgeschlossen sein solle, kann das Gutachten nach §§ 317—319 BGB. als offenbar unbillig angefochten werden, wenn ihm wesentliche Mängel anhaften, die einem Sachverständigen bei unparteiischer und sachgemäßer Prüfung nicht hätten entgehen können (**RG. 69** 168). Ebenso ist das Gutachten unverbindlich, soweit es über den Rahmen seiner Aufgabe hinausgeht, insbesondere über Ansprüche entscheidet und Bedingungen auslegt.

3. SeuffA. **65** 7 ff., SächsOLG. **32** 264 (Dresden). Die Bestimmung, daß der Spruch der Sachverständigenkommission unanfechtbar sei, ist gültig, selbst wenn auch die Fälle grober Fahrlässigkeit mit umfaßt werden. Ob der Ausschluß des Rechtswegs auch für den Fall arglistigen Verhaltens der Mitglieder unsittlich ist, bleibt dahingestellt. Ist der Ausschluß des Rechtswegs bestimmt, so ist daraus zu folgern, daß der Wille der Beteiligten dahin geht, daß die Kommission endgültig und nicht bloß nach billigem Ermessen entscheiden soll. Nur wenn letzteres gemeint wäre, würde der Ausschluß des Rechtswegs unwirksam sein (vgl. **RG. 6** 201, **10** 131, **24** 359).

4. OLG. **22** 197 (Dresden). Auf das im Versicherungsvertrage geordnete Schätzungsverfahren sind die §§ 317 ff. BGB. entsprechend anwendbar, selbst wenn über die Anfechtbarkeit des Schiedsgutachtens nichts gesagt und wenn bestimmt ist, daß der Rechtsweg ausgeschlossen sein solle.

VI. Verhältnis des Schiedsverfahrens zu der gerichtlichen Geltendmachung der Versicherungsansprüche. 1. **RG.** WallmVersZ. **45** 193. Wenn die Einsetzung eines Schiedsgerichts dem Versicherten „zustehen" soll, ohne daß Bestimmungen darüber getroffen sind, was bei Nichtanrufung des Schiedsgerichts geschehen soll, so ist anzunehmen, daß dessen Einsetzung nicht obligatorisch sein solle. Ein wirksamer Schiedsgerichtsvertrag liegt in diesem Falle nicht vor (Unfallversicherungsvertrag des deutschen Jagdschutzvereins).

2. Elperting, Zur prozessualen Geltendmachung der Versicherungsansprüche, JW. **11** 394. Gegen Salinger, R. **08** 143 ff. (vgl. schon JDR. **8** § 184 VVG. 1142 unter 1 c), verficht Verf. aus Rechts- und Billigkeitsgründen die Meinung, daß der Versicherungsnehmer nicht sofort Leistungsklage, sondern nur Feststellungs-

klage erheben kann, wenn bedingungsgemäß gewisse tatsächliche Unterlagen des Anspruchs durch eine Schiedskommission zu prüfen sind. Auch eine Klage auf Einberufung der Schiedskommission ist inkorrekt. Die Leistungsklage ist abzuweisen. Das Gericht kann nicht durch Beweisbeschluß die Einberufung der Schiedskommission dem Versicherer aufgeben.

3. **RG.** R. **10** Nr. 3045, 3064. Wenn auf die Klage des Versicherten hin durch Zwischenurteil die Verpflichtung des Versicherers dem Grunde nach rechtskräftig festgestellt ist, so hat das Verfahren vor dem Erstinstanzgerichte seine Fortsetzung zu finden. Der Versicherer ist hierin mit dem Einwande zu hören, daß über den Betrag eine Gutachtenkommission zu entscheiden habe. Der Versicherte kann die Entscheidung der Kommission nachbringen. Die Leistungsklage wird durch jene Bestimmung nicht ausgeschlossen.

4. **RG.** R. **10** Nr. 2964. Ist dem Versicherer gegenüber der Grund der Entschädigungspflicht rechtskräftig festgestellt, so muß er zur Herbeiführung der Ermittelung des Grades der Erwerbsunfähigkeit die bedingungsgemäß hierzu bestimmte Kommission berufen. Unerheblich ist es, daß der Versicherer nach wie vor die Existenz eines Schadens bestreitet.

5. Vgl. auch oben zu III 3 u. IV 1.

VII. **RG.** PrazPrV. **3** 232 ff., WarnE. **10** 4. Die Sachverständigenkommission ist auch dann zuständig, wenn das Entschädigungsverfahren bereits eingeleitet ist und Entschädigungsbeträge längere Zeit hindurch gezahlt sind. Insbesondere ist sie auch dann zuständig, wenn es sich bloß um die Rückforderung angeblich zuviel gezahlter Beträge handelt.

VIII. MittöffFeuerversAnst. **11** 777 (Düsseldorf). Eine ohne das übliche Sachverständigenverfahren von einem Regulierungsbeamten des Versicherers durchgeführte Schadensermittelung bindet im allgemeinen die Parteien erst dann, wenn beide ihr Einverständnis erklärt haben. Wenn aber der Versicherungsnehmer bei der Abschätzung anwesend ist, dem Beamten die erforderlichen Angaben macht und dann das einen Teil der Schadensschätzung betreffende Protokoll mit „einverstanden" unterzeichnet, so bindet ihn dieser Teil der Schadensschätzung.

IX. **RG. 73** 182, LeipzZ. **10** 554. Stempelpflicht (Tarifst. 71 Nr. 2 PrStempG. vom 31. Juli 1895) der Urkunden, in denen der Hagelversicherte unter Anerkennung der einfachen Schadenstaxe auf Aufnahme einer formellen oder Obmannstaxe verzichtet, wennschon dieser Verzicht von der Genehmigung der Gesellschaft bedingt ist.

X. Im übrigen vgl. auch zu § 184.

§ 65. PrazPrV. **3** 123 (KG.). Wenn der Gutsinspektor mit Genehmigung des Versicherungsnehmers stets völlig selbständig mit dem Versicherer verhandelt hat (Viehversicherung), so wirkt seine Kenntnis von der Schadensfeststellung gegenüber dem Versicherungsnehmer in der Weise, daß von dieser Kenntnis ab die Frist läuft, mit deren Ablauf die Schadensfeststellung bedingungsgemäß unanfechtbar wird. Ferner aber wirken die an den Inspektor geleisteten Zahlungen auch gegenüber dem Versicherungsnehmer.

§ 66. RG. JTVersZ. **11** 34. Wenn das Schiedsgericht auf Grund eines den Parteien mitgeteilten Beweisbeschlusses von einem Sachverständigen ein Gutachten erfordert, so ist, da das Schiedsgericht mit Wissen der Parteien handelt, unmittelbar ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien und dem Sachverständigen zustande gekommen und die Parteien haften dem Sachverständigen für seine Gebühren unmittelbar als Gesamtschuldner.

§ 67. (Vgl. JDR. **8** 1086.) Literatur: Baer, Übergang des Schadensersatzanspruchs des Versicherungsnehmers gegen den Schädiger im Falle des § 67 VVG., wenn bei der schädigenden Handlung ein Familienangehöriger des Versicherungsnehmers

und ein Dritter beteiligt sind, LeipzZ. **10** 922. — Hallbauer, Der gesetzliche Rechtsübergang auf dem Gebiete des Privatversicherungsrechts, LeipzZ. **10** 367 ff., 647 ff. — Josef, Die Wirkung der Gütergemeinschaft auf den Versicherungsanspruch, LeipzZ. **11** 915. — Kleist, Kann eine von einem Gastwirte zugunsten seiner Gäste verpflichtete Feuerversicherungsgesellschaft im Falle eines Brandschadens Regreß nehmen gegen eine andere Versicherungsgesellschaft, bei der ein geschädigter Gast sich seinerseits gegen Feuerschaden versichert hatte und umgekehrt? Diss., Heidelberg 1908.

I. Im allgemeinen. 1. Hallbauer, Der gesetzliche Rechtsübergang auf dem Gebiete des Privatversicherungsrechts, LeipzZ. **10** 367 ff., 647 ff. § 67 VVG., der in vollem Umfange dispositiv ist und nur auf die nach dem 1. Januar 1910 begründeten Versicherungsverhältnisse Anwendung findet, gilt nur für die Schadens-, nicht für die Personenversicherung. Bei der Hagelversicherung ist er beschränkt anwendbar, nämlich dann, wenn ein Dritter die Gefahr des Hagelschadens übernommen hatte. — Der Anspruch, um dessen Übergang es sich handelt, muß auf den Ersatz desjenigen Schadens gerichtet sein, der gleichzeitig den Gegenstand der Versicherung bildet. Maßgebend ist nur der Gegenstand, nicht der Rechtsgrund des Anspruchs. Es ist unerheblich, ob die Haftung des Dritten auf Gesetz oder Vertrag beruht und wie dieser Vertrag gestaltet ist, insbesondere ob quantitativ sich der Ersatzanspruch mit dem Versicherungsanspruche deckt. — Der Übergang erfolgt im Augenblicke der Zahlung. Vorher steht der Anspruch auch nicht einmal bedingt dem Versicherer, sondern unbeschränkt dem Versicherungsnehmer zu. Insbesondere kann der Versicherungsnehmer vor der Zahlung des Versicherers frei verfügen. Ebenso kann der Ersatzanspruch vor dem Übergang von Gläubigern des Versicherungsnehmers gepfändet werden. Allerdings greift dann § 67 Abs. 1 Satz 3 korrigierend ein. Denn im § 67 ist der Begriff der „Aufgabe des Rechtes" im weitesten Sinne zu verstehen. — Verf. bespricht dann im einzelnen die materiell-rechtliche Gestaltung der Rechtsbeziehungen a) zwischen Versicherungsnehmer und Dritten, b) Dritten und Versicherer, c) Versicherungsnehmer und Versicherer und d) zwischen Versicherer, Versicherungsnehmer und Dritten einerseits und zwischen den Personen, die zu dem Versicherungsanspruch in rechtliche Beziehung getreten sind, andererseits. Insbesondere wird das Eingreifen der §§ 407, 408, 412 BGB. und die Anwendbarkeit der Bereicherungsgrundsätze bei den verschiedenen Gestaltungsarten erörtert. — Weiter werden eingehend die prozeßrechtlichen Fragen besprochen, die der § 67 VVG. auslöst. Endlich geht Verf. in einem besonderen Teile (647 ff.) insbesondere ein auf die Gestaltung der Rechtslage in den Fällen der mehrfachen Versicherung, der Doppelversicherung, der Unterversicherung, der Versicherung für fremde Rechnung, der Transportversicherung (§ 148 VVG.) und der Viehversicherung (§ 118 VVG.). — Bei der mehrfachen Versicherung bestimmt sich dem Dritten gegenüber der Übergang der Forderung nach Zeit und Umfang streng nach der Zahlung der Versicherungssumme, zwischen den mehreren Versicherern muß aber unter Umständen ein Ausgleichsverfahren erfolgen. Es ist insoweit § 59 Abs. 2 VVG. analog anzuwenden, der im Falle der Doppelversicherung direkt anwendbar ist. — Bei der Versicherung für fremde Rechnung tritt an Stelle des Versicherungsnehmers (im § 67 VVG.) der Versicherte. Dessen Schadensersatzansprüche gehen auf den Versicherer über. Andernfalls wäre § 67 VVG. hier gegenstandslos. Ebenso kann nur die Zahlung an den Versicherten den Übergang der Ansprüche herbeiführen, es sei denn, daß der Versicherte seine Zustimmung zur Versicherung gegeben oder wenn er die Zahlung an den Versicherungsnehmer genehmigt hat oder wenn der Versicherungsnehmer hinterher die Versicherungssumme dem Versicherten auszahlt. — Nicht anwendbar ist § 67 nach Abs. 1 Satz 2 dann, wenn die Anwendung des § 67 die Folge hätte, daß der Versicherungsnehmer einen Teil seines Schadens nicht ersetzt erhielte. Doch kann sich der Dritte nicht auf § 67

Abs. 1 Satz 2 berufen. — Unter Familienangehörigen sind nicht bloß Eltern, Kinder und Frau zu verstehen. Häusliche Gemeinschaft bedeutet, daß diese Dritten sich dem Organismus des Hauswesens eingefügt und daß sie die hausväterliche Gewalt des Hausherrn anerkannt haben. Finanzielle Abhängigkeit genügt nicht. — Für die Viehversicherung gibt § 118 VVG. eine Sonderregelung an Stelle des § 67 VVG. Doch ist § 67 anwendbar, wenn und soweit es sich um Schadensersatzansprüche nach § 463 BGB. handelt.

2. MittöffFeuerversAnst. **11** 825 (Kiel). Zu den Ersatzansprüchen des Versicherungsnehmers, die (im Streitfalle zufolge Vertrags) auf den entschädigenden Versicherer übergehen, gehört auch derjenige Anspruch, der dem Versicherungsnehmer auf Grund des PrFluchtlinienG. vom 2. Juli 1875 deshalb zusteht, weil die stehengebliebenen Mauerreste infolge der neuen Baufluchtlinie für den Wiederaufbau unverwendbar waren, während sie zum Bau hätten verwendet werden können, wenn die neue Baufluchtlinie nicht festgestellt worden wäre.

II. Vertragliche Abreden. 1. **RG.** LeipzZ. **11** 470. Im Versicherungsvertrage kann im voraus bestimmt werden, daß die dem Versicherten gegen Dritte, die den Brand verschuldet haben, zustehenden Ansprüche im Zeitpunkte der Zahlung der Versicherungssumme ohne weiteres auf den Versicherer übergehen. Es liegt eine Abtretung künftiger Forderungen vor, die zulässig ist.

2. OLG. **22** 248, R. **11** Nr. 1913 (Hamburg). Wenn die Parteien des Mietvertrags die Kosten der Spiegelglasversicherung für den Mietgegenstand je zur Hälfte tragen, so kann der Vermieter den Mieter nicht in Anspruch nehmen für den durch Verschulden der Angestellten des Mieters entstandenen Glasschaden.

3. Über die Möglichkeit stillschweigender Ausschließung von § 67 s. auch zu § 74 (Flechtheim, Moldenhauer).

III. Aufgabe des Rückgriffsrechts. **RG.** HansGZ. **10** Beibl. 255, VAPV. **10** Anh. 73. Wenn der Unfallversicherte dem Konkursverwalter des Schädigers gegenüber auf Geltendmachung der Ersatzansprüche in jenem Konkurse verzichtet, so ist hiermit kein endgültiger Verzicht auf den Ersatzanspruch selbst gewollt, der den Versicherer zur Ablehnung der Versicherungsleistung aus dem Grunde berechtigen würde, weil der bedingungsgemäße Übergang der Regreßansprüche auf ihn unmöglich wäre.

IV. Zu Abs. 2. 1. Baer, Übergang des Schadensersatzanspruchs des Versicherungsnehmers gegen den Schädiger im Falle des § 67 VVG., wenn bei der schädigenden Handlung ein Familienangehöriger des Versicherungsnehmers und ein Dritter beteiligt sind, LeipzZ. **10** 922. Hallbauer (LeipzZ. **10** 654) meint: bei einer fahrlässigen Brandstiftung habe der Dritte, der an derselben zusammen mit einem Familienangehörigen des Versicherungsnehmers beteiligt ist und der den Versicherer befriedigt, keinen Regreßanspruch an den Familienangehörigen nach §§ 830, 426 BGB. Hallbauer (aaO.) sagt ferner, der Dritte könne, weil ihm jener Regreßanspruch nicht zustehe, dem Versicherer den Einwand entgegensetzen, daß er nur für die Hälfte des Schadens hafte. Beides ist unrichtig. Der Grundgedanke des § 67 Abs. 2 VVG. rechtfertigt eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf den Regreßanspruch des Dritten aus § 426 Abs. 1 BGB. nicht, mag immerhin ein Regreßanspruch aus § 426 Abs. 2 nicht in Frage kommen.

2. VersAnn. **11** 1 ff. (Übergang des Schadensersatzanspruchs des Versicherungsnehmers gegen den Schädiger auf den Versicherer, wenn ein Familienangehöriger und ein Dritter den Schaden gemeinsam verursacht haben). Der Ansicht Baers (s. oben) ist beizutreten.

3. Josef, Die Wirkung der Gütergemeinschaft auf den Versicherungsanspruch, LeipzZ. **11** 915. Wenn die gütergemeinschaftliche Ehefrau grobfahrlässig den Brand verursacht, so berührt das den Entschädigungsanspruch des Mannes, der Versicherungs-

nehmer ist, nicht. Dem Versicherer erwächst auch nicht nach § 826 BGB. ein Anspruch gegen die Frau. Wohl aber geht bei vorsätzlicher Brandstiftung der Frau der dem Ehemann ihr gegenüber erwachsende Anspruch nach § 67 VVG. auf den Versicherer über, freilich ohne ihm — im Hinblick auf § 1467 BGB. — unmittelbar Nutzen zu bringen.

4. Vgl. auch Josef, MittöffFeuerversAnst. **11** 797 ff., unten zu § 88.

5. Vgl. auch oben zu I.

§ 68. (Vgl. JDR. 8 1087). 1. Schneider, LeipzZ. **10** 58. Lehnt der im Wege der Versicherung für fremde Rechnung Versicherte die Versicherung ab, so ist § 68 VVG. anwendbar und zwar Abs. 1 bei Ablehnung vor Beginn der Versicherung und Abs. 2 bei Ablehnung nach Beginn.

2. **RG. 74** 126, JW. **10** 835, R. **10** Nr. 2908, VAPV. **10** Anh. 108 (preuß. Recht). Bei Kauf unter Eigentumsvorbehalt kann der Käufer die Sache versichern. Er hat ein versicherbares eventuelles Eigentümerinteresse, selbst wenn die Gefahr zufälligen Unterganges beim Verkäufer verblieben sein sollte. Eine dem Versicherungszwecke widersprechende Bereicherung des Käufers ist ausgeschlossen, weil bei der zwischen ihm und dem Verkäufer notwendig werdenden Auseinandersetzung die Versicherungssumme nicht als dem Käufer allein zustehend angesehen werden kann, sondern bei der Ausgleichung als ein in diese mit hineinzuziehender Faktor für beide Teile in Betracht kommen muß.

3. MittöffFeuerversAnst. **10** 434 (Celle). Ist eine Sache schlechthin ohne Angabe eines besonderen Interesses gegen Feuersgefahr versichert, so gilt das Eigentumsinteresse daran als versichert. Beim Kaufe einer beweglichen Sache unter Vorbehalt des Eigentums bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises hat der Käufer schon vor dem Eigentumsübergang ein eventuelles versicherbares Eigentumsinteresse. Daher ist die Versicherung dieses Interesses für seine Rechnung denkbar und wirksam.

4. Vgl. Josef, Zweifelsfragen über den Beginn der Versicherung, JheringsJ. **57** 211 ff., s. oben zu § 7.

5. Wegen der Anwendbarkeit von § 68 im Falle der Ablehnung der Versicherung für fremde Rechnung seitens des Versicherten s. zu § 74 (Schneider, LeipzZ. **10** 58).

6. Wegen der Wirkung der Hagelversicherung hinsichtlich bereits erfolgter Hagelschläge s. zu § 112.

7. LeipzZ. **10** 954, 956 (LG. Leipzig). §§ 68, 69 ff. VVG. können, da das EGVVG. schweigt, auf bestehende ältere Versicherungsverträge nicht angewendet werden. Aber auch schon früher war es ein Satz ungeschriebenen Rechtes, daß im Falle der Veräußerung der versicherten Sache wegen des Interessewegfalls die Versicherung erlischt und der Versicherte nur für die laufende Versicherungsperiode, nicht für die ganze Versicherungsdauer Prämie zu zahlen hat. Die Unklarheit der Bedingungen (die Entschädigungspflicht ruht bis zur schriftlichen Genehmigung) wirkt gegen den Versicherer.

II. Veräußerung der versicherten Sache.

Vorbemerkung zu §§ 69—73: Die §§ 69 ff. haben mannigfache Bearbeitung gefunden, insbesondere ihr Verhältnis zum ALR. und zu den allgemeinen Versicherungsbedingungen.

Literatur: Baumgarte, Zu § 69 VVG., MittöffFeuerversAnst. **11** 515. — Burchard, Der Einfluß der Veräußerung einer versicherten Sache auf das bestehende Versicherungsverhältnis, LeipzZ. **11** 329 ff. — Bittner, Die bäuerliche Gutsabtretung, SeuffBl. **10** 770 ff. — Hilse, Zur Anwendbarkeit von § 69 VVG. auf die unter der Herrschaft des ALR. abgeschlossenen Versicherungsverträge. Sind die Satzungen der preußischen öffentlichen Feuerversicherungsanstalten Rechtsnormen? MittöffFeuerversAnst. **11** 536 ff. — Josef, Zum

Begriffe der Veräußerung im § 69 VVG., besonders bei der bäuerlichen Gutsabtretung, SeuffBl. **11** 306 ff. — Derselbe, Zum Begriffe der Veräußerung der versicherten Sache, LeipZ. **11** 371 ff. — Rehm, Der Überschußanspruch bei Veräußerung der veräußerten Sache, ZVersWiss. **10** 483. — Schneider, Zum Begriffe des Interesses nach VVG., LeipzZ. **10** 58. — Derselbe, Der Einfluß des Eigentumswechsels der versicherten Sache auf das Versicherungsverhältnis nach dem VVG., JahrböffFeuerversAnst. **10** 340 ff. — Kirchberger, Die Veräußerung der versicherten Sache, ÖsterrVersZ. **10** 276 ff. — Weiland, Eigentumsänderung bei der Sachschadensversicherung nach VVG., DVersZ. **11** 225. — WallmVersZ. **45** 1617 ff., 1633 ff.: Zu den §§ 69 ff. VVG.; ihre Bedeutung für die unter der Herrschaft des ALR. geschlossenen Versicherungsverträge, für die Satzungen der preußischen Sozietäten und den Erwerber versicherter Gegenstände.

§ 69. (Vgl. JDR. 8 1089.) I. Begriff der Veräußerung. 1. *Burchard, Der Einfluß der Veräußerung einer versicherten Sache auf das bestehende Versicherungsverhältnis, LeipzZ. **11** 329 ff. Die Bestimmungen der §§ 69 f. suchen die bei Veräußerung der versicherten Sache auftretenden Bedürfnisse beider Parteien zu befriedigen. Indem sie die Konsequenzen des Grundsatzes mildern, daß nur das subjektive Interesse versichert werden könne, dienen sie auch den Wünschen des Versicherers. Das wesentliche ist der ohne jedes Zutun der Beteiligten eintretende Übergang des Versicherungsverhältnisses auf den Erwerber: eine über das gewöhnliche Maß hinausgehende Festigung der vertraglichen Beziehungen, doch aber nicht eine so starke Bindung, daß sie unlöslich wäre. Den gleichen gesetzgeberischen Gedanken haben das schweizerische Recht und eine Reihe anderer ausländischer Rechte aufgenommen. Der rechtliche Vorgang läßt sich konstruktiv nicht in der gewohnten Weise erfassen. Nach dem Vorbilde, das die §§ 571 ff. BGB. gewähren, ist ein unmittelbares Eintreten des Erwerbers, unabhängig von der rechtlichen Stellung des Vorgängers, anzunehmen, geboten durch besondere wirtschaftliche Bedürfnisse. Das Anwendungsgebiet des § 69, zunächst anscheinend groß, bei näherer Prüfung sich einengend, ist umgrenzt durch die Begriffe „Veräußerung" und versicherte „Sache". In der Hauptsache liegt es innerhalb der Immobilienversicherung. Zu erwägen ist, ob das praktische Bedürfnis nicht eine analoge Anwendung in einigen Fällen fordert, in denen der Begriff „Veräußerung" oder „Sache" nicht in eigentlichem Sinne vorliegt.

2. Schneider, LeipzZ. **10** 58. Es ist unrichtig, unter einer Veräußerung im Sinne von § 69 VVG. eine „Rechtsnachfolge in bezug auf das versicherte Interesse" zu verstehen (so Gerhard, Komm. z. VVG. § 69). Vielmehr hält sich § 69 durchaus an das Sacheigentum. Nicht genügt ein eigentumartiges, ein dem Eigentume wirtschaftlich gleichwertiges Interesse, ebenso nicht die bloße Übergabe, um eine Veräußerung annehmen zu können.

3. Schneider, Der Einfluß des Eigentumswechsels der versicherten Sache auf das Versicherungsverhältnis nach VVG., JahrböffFeuerversAnst. **10** 340 ff. Es ist bei Auslegung des § 69 VVG. streng an den Erfordernissen der Sache und der Veräußerung festzuhalten. Er trifft nur körperliche Gegenstände und ist nicht auf „versicherte Interessen" schlechthin auszudehnen. Veräußerung aber ist der Eigentumsübergang gemäß §§ 929 ff. BGB. bzw. § 925 BGB.; nicht genügt ein Gefahrübergang irgendwelcher anderer Art. Auf den Versicherungswillen der Beteiligten kann es bei der Anwendung von § 69 VVG. nicht ankommen.

4. Josef, LeipzZ. **11** 373 ff. Veräußerung im Sinne des § 69 VVG. liegt nur vor, wenn durch Rechtsgeschäft unter Lebenden ein Eigentumswechsel, eine Änderung des Rechtssubjekts eintritt, so wenn ein Gemeinschafter aus der Gemeinschaft ausscheidet, wenn eine juristische Person in der Art umgeändert wird, daß sie aufgelöst und ihr Vermögen in eine neugegründete juristische Person eingebracht wird, ferner bei Fusion und Verstaatlichung von Aktiengesellschaften, bei Erwerb

durch Vermächtnis, bei der bäuerlichen Gutsüberlassung mit Altenteil und Erbabfindung bei der Sicherheitsübereignung. Dagegen liegt Veräußerung im Sinne des § 69 VVG. nicht vor, wenn trotz des unter Lebenden erfolgten Rechtsakts die Personenidentität fortdauert, so bei Umwandlung von Gesamthandseigentum in Bruchteilseigentum und umgekehrt, bei Umwandlung einer Kommandit-Aktiengesellschaft in eine Aktiengesellschaft, beim Verkauf unter Eigentumsvorbehalt.

5. Josef, SeuffBl. **11** 306 ff. Das Versicherungsvertragsgesetz ist als ein Teil des BGB. als in dieses hineingefügt anzusehen. Daher bestimmt sich der Begriff der Veräußerung, die nach § 69 VVG. dem Versicherer anzuzeigen ist, nach dem BGB., das unter Veräußerung jede Übertragung des Rechtes versteht, die unter Lebenden erfolgt. Folglich liegt, wenn das bäuerliche Grundstück gegen Altenteil einem Abkömmling übertragen wird, eine anzeigepflichtige Veräußerung vor. Gleichgültig ist der Umstand, daß nach der Anschauung der Beteiligten diese Veräußerung zugleich eine antizipierte Erbfolge insofern enthält, als der Kaufwert zugleich zur Regelung der erbschaftlichen Verhältnisse der Geschwister des Erwerbers verwandt wird. Denn das von den Beteiligten beabsichtigte und getätigte Rechtsgeschäft hat die Folge, die das Gesetz an das Geschäft knüpft, ohne Rücksicht auf die Anschauungen der Beteiligten und den wirtschaftlichen Zweck, den sie mit dem Geschäfte verbinden.

6. Bittner, SeuffBl. **11** 770 ff. Die bäuerliche Gutsabtretung mit Altenteil ist nicht als eine Veräußerung im Sinne des § 69 VVG. zu erachten.

7. VersAnn. **40** 833 und **41** 264 führen aus, daß die Sicherheitsübereignung als anzeigepflichtiger Eigentumswechsel zu behandeln sei.

8. Vgl. auch unten zu III 1, wegen der Sicherungsübereignung, und unten zu III 4, wegen des Begriffs Veräußerung eines Grundstücks ohne gleichzeitige Auflassung.

II. Rechtsfolgen der Veräußerung: 1. hinsichtlich des Versicherungsanspruchs. **RG.** PraxPrV. **3** 162. Wird die versicherte Sache veräußert, so steht nach der Veräußerung dem Veräußerer ein eigenes Recht aus dem Versicherungsvertrage nicht mehr zu, und zwar auch dann nicht, wenn bedingungsgemäß die Versicherung auch ohne Genehmigung des Versicherers noch eine bestimmte Zeit fortbesteht und in dieser Zeit ein Schaden eintritt. Vielmehr ist alsdann der Erwerber anspruchsberechtigt. Dieser Grundsatz ergibt sich nach ALR., nach gemeinem Rechte, nach § 5 der allgemeinen Feuerversicherungsbestimmungen (ältere Fassung) und nach VVG.

2. hinsichtlich des Rechtes auf Dividende. a) Ehrenberg, Der Prämienüberschuß bei Gegenseitigkeitsvereinen im Falle der Veräußerung einer versicherten Sache, ZVersWiss. **10** 192 ff. Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit ist berechtigt und verpflichtet, sobald er von der Veräußerung der versicherten Sache Kenntnis erlangt hat, den auf das Versicherungsjahr (d. h. das Jahr, in welchem die Veräußerung erfolgt) entfallenden Überschuß an den Erwerber auszuzahlen bzw. auf die Prämie des folgenden Jahres zu verrechnen, es sei denn, daß der Erwerber von seinem gesetzlichen Rechte, den Versicherungsvertrag zu kündigen, Gebrauch macht. — Für den Fall, daß der Versicherungsverein von seinem gesetzlichen Rechte, den Vertrag zu kündigen, Gebrauch macht, ist er — wenn trotzdem noch eine Prämie zu entrichten ist — befugt, den Überschuß des Veräußerungsjahrs auf diese Prämie zu verrechnen. In allen anderen Fällen ist er verpflichtet, die Anweisung der Parteien über die Auskehrung des Überschusses einzuholen und dementsprechend zu verfahren. Ist eine übereinstimmende Anweisung beider Parteien nicht zu erwirken, so hat er einen der Höhe des Überschusses gleichkommenden Betrag zu hinterlegen. Das gleiche gilt von dem Überschusse des folgenden

Jahres, falls nochmals eine Jahresprämie zu entrichten ist. b) Rehm, Der Überschußanspruch bei Veräußerung der versicherten Sache, ZVersWiss. **10** 483. Der Erwerber einer versicherten veräußerten Sache hat allein den Anspruch auf den Überschußanteil (Dividende), weil a) der Veräußerer seine Mitgliedschaft auf den Erwerber übertragen hat, b) weil der Versicherer den Überschußanteil aufrechnen darf gegen die Prämienforderung, die er aber nur gegen den Erwerber hat; der Veräußerer haftet dafür nur als selbstschuldnerischer Bürge.

3. hinsichtlich des Eigentums am Versicherungsscheine. Wegen des Eigentums an der Feuerversicherungspolice beim Wechsel des Grundstückseigentümers s. zu § 3.

III. § 5 der allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen und ALR. II. 8 § 2163 (vgl. JDR. **8** 1090). 1. **RG. 73** 141, LeipzZ. **10** 400. Nicht rechtsirrig ist die Auslegung der Police dahin, daß zu den genehmigungsbedürftigen Veräußerungen, die eventuell das Ruhen der Versicherung bewirken, auch die Sicherungsübereignung (vgl. JDR. 8 VVG. § 69 I 1) gehört (zu § 5 der allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen). — Vgl. auch oben zu I 7.

2. MittöffFeuerversAnst. **11** 647 (Breslau). § 2168 II. 8 ALR. greift nicht ein, wenn er durch Parteiabrede aufgehoben ist. Eine solche Aufhebung liegt vor, wenn nach den Bedingungen im Falle eines Besitzwechsels zwar die Verpflichtungen, nicht aber die Rechte aus dem Versicherungsvertrag ohne weiteres auf den Erwerber übergehen sollen. In solchen Fällen muß der Versicherer mit dem Erwerber einen neuen Vertrag schließen, wenn er ihn in Anspruch nehmen will.

3. WallmVersZ. **45** 2321 (LG. Münster). § 5 der allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen steht mit § 2163 II. 8 ALR. in Widerspruch, da letztere Bestimmung ein Fortbestehen des Versicherungsverhältnisses, also der beiderseitigen Pflichten und Rechte erfordert, die erstgenannte Vorschrift aber im Veräußerungsfalle gerade die Hauptverpflichtung, die Entschädigungspflicht bis zur Genehmigung seitens der Gesellschaft ruhen läßt. Der Erwerber ist also, da § 2163 dispositiv ist, an den Vertrag nicht gebunden und es greifen §§ 69 ff. VVG. Platz.

4. BreslauAK. **11** 15 (LG. Breslau). Wenn bedingungsgemäß bei Eigentumswechsel die Versicherung bis zur Anzeigeerstattung und Genehmigung ruht, so ist diese Bestimmung nicht auch auf den Fall auszudehnen, daß zwar das Grundstück verkauft und übergeben, die Auflassung aber noch nicht erfolgt ist.

5. VAPV. **11** Anh. 59 (LG. Graudenz). Die Bestimmung des § 2163 II. 8 ALR. gilt nicht nur für die Feuerversicherung, sondern für jede Art Schadensversicherung.

6. Vgl. auch zu § 68 VI sowie zu § 73.

IV. 1. Wegen des bedingungsgemäß an den Verkauf der versicherten Sache geknüpften Erlöschens der Versicherung s. zu § 9.

2. Über das Fortbestehen der Versicherung bei Eigentumswechsel, wenn der neue Eigentümer infolge falscher Belehrung durch den Agenten die bedingungsgemäße Erneuerung unterlassen hat, s. oben zu § 43 Ziff. 1 (RG) unter I 3.

V. Rückwirkung von §§ 69 ff. 1. Hilse, Zur Anwendbarkeit von §§ 69 ff. VVG. auf die unter der Herrschaft des ALR. abgeschlossenen Versicherungsverträge. Sind die Satzungen der preußischen öffentlichen Feuerversicherungsanstalten Rechtsnormen? MittöffFeuerversAnst. **11** 536 ff. Letztere Frage wird bejaht im Hinblick auf Art. 2 VerfUrk., Art. 3 EGBGB., § 34 PrG. vom 25. Juli 1910 in Verb. mit § 120 VAG., § 192 VVG. §§ 69—71 VVG. haben keine rückwirkende Kraft. Erster zulässiger Kündigungstermin bei laufenden Versicherungen ist derjenige, der bei Abschluß der Versicherung vorgesehen war. Erst von diesem ab verlängert sich nach § 8 VVG. die Versicherung nur auf je ein Jahr.

2. WallmVersZ. **45** 1617 ff., 1633 ff., 2273 „Die §§ 69 ff. VVG. und die preußischen Sozietäten". a) Versicherungen, die unter der Herrschaft des ALR. abgeschlossen sind, gehen, wenn der versicherte Gegenstand nach dem 1. Januar 1910 veräußert wird, nicht auf Grund des § 2163 II. 8 ALR. auf den Erwerber über, sondern auf Grund von §§ 69 ff. VVG. Denn auf den Erwerber kann das ALR., das den Versicherungsvertrag in sich beherrscht, erst Anwendung finden, nachdem der Versicherungsvertrag auf ihn übergegangen ist. Das ALR. kann also nicht für den Übergang selbst maßgebend sein. Dem Erwerber steht also ein Kündigungsrecht nach § 70 VVG. zu. b) Wie bei den nicht mit Monopol ausgestatteten Sozietäten die bisherigen Satzungsbestimmungen über die materiellen Versicherungsverhältnisse einen privatrechtlichen Charakter tragen, so wird dasselbe der Fall sein bei den Satzungen, die zukünftig nach den Vorschriften des PrG. über die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten vom 25. Juni 1910 aufzustellen sind. c) Eine Bestimmung der Sozietätssatzung, wonach dem Erwerber eines bei der Sozietät versicherten Gegenstandes ein Kündigungsrecht nicht zustehen soll, ist zwar nach dem PrSozietätsG. zulässig. Sie wäre aber selbst dann für den Erwerber unverbindlich, wenn die Satzung einen gesetzlichen Charakter trüge. Denn die reichsgesetzliche Stellung des Erwerbers nach §§ 69 ff. VVG. kann weder durch Vertrag zwischen Sozietät und Vorbesitzer, noch auch durch die preußische Gesetzgebung geändert werden. Das Reichsrecht geht dem Landesrechte vor und der Erwerber kann erst unter Sozietätsrecht zu stehen kommen, nachdem die Sozietätsversicherung auf ihn übergegangen ist. Der Übergang selbst aber kann sich nur nach VVG. vollziehen und dieses kennt und will nicht einen Übergang der Versicherung ohne Kündigungsrecht des Erwerbers.

3. Hiergegen Hilse, MittöffFeuerversAnst. **11** 263 (vgl. auch Derselbe aaO., Nr. vom 10. August 1911), der ausführt, daß die auf Grund der Normativbestimmungen des PrG. vom 25. Juli 1910 erlassenen Satzungen und allgemeinen Versicherungsbedingungen der öffentlichen Feuerversicherungsanstalten auch Dritten gegenüber Rechte begründen und Verbindlichkeiten erzeugen können.

4. WallmVersZ. **45** 2321 (LG. Münster). Den §§ 69 ff., besonders § 70 VVG. ist zwar keine rückwirkende Kraft beigelegt (vgl. Art. 4 EGVVG.), aber sie müssen, wenn die Veräußerung nach dem 1. Januar 1910 erfolgt, Anwendung finden. Denn zu dieser Zeit bestehen keine rechtlichen Beziehungen zwischen Versicherer und Erwerber mehr, wie sie § 2163 II. 8 ALR. vorsah. Der Erwerber kann also kündigen, wennschon der Vertrag unter ALR. geschlossen war.

5. Wegen der Rückwirkung von §§ 68, 69 ff. auf ältere Verträge s. auch zu § 68 VI.

VI. Über die Frage, ob Doppelversicherung vorliegt und wie sie zu behandeln ist, wenn ein Obhutspflichtiger eine Sache unter Sachversicherung nimmt, die auch vom Eigentümer in Versicherung gegeben ist, vgl. zu § 74 (Flechtheim, Moldenhauer).

VII. Vgl. auch zu § 128.

§ 70. RG. JW. **10** 157, LeipzZ. **10** 632, VAPV. **10** Anh. 38, R. **10** Nr. 581. Wenn der Versicherer in Kenntnis des Eigentumswechsels eine weitere Prämienrate annimmt, so gibt er hierdurch zu erkennen daß er die Versicherung fortsetzen will. Er kann daher nicht hinterher geltend machen, daß ihm die Mitteilung vom Eigentumswechsel nicht vom Versicherten selbst oder auf dessen Veranlassung durch den Agenten, sondern durch letzteren ohne Zutun des Versicherten zugegangen sei.

§ 71. (Vgl. JDR. **8** 1092.) I. Schneider, ZVersWiss. **11** 127. Es ist nicht daran zu denken, daß der Versicherer durch Vertragsabreden mit dem (angeblichen) Erwerber die Rechte des (angeblichen) Veräußerers ändern könnte, wofern

der Veräußerer ihm nicht selbst die Anzeige zugehen ließ oder um die Anzeige des angeblichen Erwerbers wußte. Der gute Glaube nützt gegenüber solchen unrichtigen Anzeigen, mögen sie auch gutgläubig erfolgen, nicht (aM. Hager-Behrend, Komm. z. VVG. [2] 236).

II. Wegen der Anzeige durch Agenten s. zu § 70.

§ 73. (Vgl. JDR. 8 1092.) VAPV. **10** Anh. 36 (KG.). § 2163 II. 8 ALR. findet auch auf Zwangsversteigerungen Anwendung. Er ist aber dispositiv und durch § 5 der allgemeinen Feuerversicherungsverbandsbedingungen ist eine Änderung erfolgt. Hiernach erlischt durch den Eigentumswechsel der alte Vertrag. Ein neuer Vertrag mit dem Ersteher kommt nicht durch die einseitige Erklärung des Versicherers, daß er zur Fortsetzung bereit sei, zustande, sondern es ist die Annahmeerklärung des Versicherungsnehmers nötig.

III. Versicherung für fremde Rechnung.

Vorbemerkung zu § 74–80: Die interessante Gestaltung der Versicherung für fremde Rechnung verdient es, immer weiter erforscht zu werden. Dieser eigenartige Rechtsbegriff erscheint in mannigfachster Weise und unter mannigfachster Verkleidung. Interessant sind die Ausführungen Flechtheims zum sog. Schutze durch mittelbare Versicherung.

Literatur: Blumhardt, Das Recht auf Leistung des Versicherers bei der Versicherung für fremde Rechnung, DJZ. **10** 1224. — Flechtheim, Schutz durch mittelbare Versicherung, LeipzZ. **11** 675 ff. — Josef, Versicherung durch den einen und Brandstiftung durch den anderen Ehegatten, ACivPr. **107** 373 ff. (s. zu § 61). — Lenné, Das Versicherungsgeschäft für fremde Rechnung. 1911. — Moldenhauer, Bemerkungen zu Flechtheim, LeipZ. **11** 675 ff., 688 ff. — Ramshorn, Voraussetzungen und juristische Natur des Vertrags bei der Versicherung für fremde Rechnung. Diss., Leipzig 1910.

§ 74. I. Versicherung des Obhutspflichtigen. 1. Flechtheim, Schutz durch mittelbare Versicherung, LeipzZ. **11** 675 ff. Nicht jede Versicherung einer fremden Sache stellt Versicherung eines fremden Interesses dar. Vielmehr kann der Versicherungsnehmer eine fremde Sache auch im eigenen Interesse versichern (z. B. Verwahrer usw.). Das Interesse des Dritten ist in solchen Fällen nicht das eigene, sondern das Haftpflichtinteresse. Der Dritte könnte auch Haftpflichtversicherung nehmen zur Deckung etwaiger Verantwortlichkeit gegenüber dem Sacheigentümer. Meist bringt aber der Dritte die Sache selbst unter Sachversicherung. Diese einheitliche Versicherung deckt dann sowohl das Interesse des Eigentümers wie auch das Haftpflichtinteresse des Dritten. Denn die Sachversicherungen schließen in aller Regel auch diejenigen Gefahren mit ein, die im Verhältnisse des Eigentümers zum Obhutspflichtigen dem letzteren zur Last fallen. Die Mitversicherung des Haftpflichtinteresses ist jedoch in den gewöhnlichen Fällen der Sachversicherung durch Obhutspflichtige keine unmittelbare, sondern eine mittelbare. Unmittelbar ist nur das fremde Interesse versichert. Es liegt eine echte Versicherung für fremde Rechnung vor. Aber die Wirkungen der doppelten Funktion dieser Versicherung machen sich in verschiedenen Richtungen bemerkbar. Insbesondere gilt dies für § 67 VVG. Diese Vorschrift ist dispositiv. Ihre Ausschließung ist in derartigen Fällen als stillschweigend vereinbart anzusehen. Sonst könnte der Zweck der ganzen Versicherung gefährdet werden, insofern dann etwaige Ersatzansprüche des Eigentümers gegen den Obhutspflichtigen auf den Versicherer übergehen und von diesem gegen den Versicherungsnehmer selbst geltend gemacht werden könnten. Der Ausschluß des Erwerbes dieser Ersatzansprüche vermehrt das Risiko des Versicherers. Die Prämie kann wachsen. Deshalb ist es geboten, durch Antragsfragen klarzustellen, ob eine mittelbare Versicherung des eigenen Haftpflichtinteresses mit in Betracht kommt. — Der Abschluß einer solchen Versicherung ist auch für das innere Verhältnis des Eigentümers zum Versicherungsnehmer von

Bedeutung, nämlich für die Frage, ob und inwieweit der Eigentümer die Prämie erstatten muß. — Wichtig ist auch die Frage der Doppelversicherung. Solche liegt vor, soweit dieselben Gefahren und Interessen sowohl vom Obhutpflichtigen als auch anderweit vom Eigentümer selbst versichert sind. Im übrigen liegt keine Doppelversicherung vor. Der Versicherer des Obhutpflichtigen kann nur dann Ausgleichung von dem anderen Versicherer verlangen, wenn er beweist, daß den Obhutspflichtigen an dem Schaden kein Verschulden trifft. — Wollen beide Versicherer nach ihren Bedingungen nur dann haften, wenn ein anderer Versicherer nicht haftet, schließen sich also beide Versicherungen aus, dann muß die Entscheidung gefunden werden aus dem objektiv erkennbaren Zwecke der Verträge und aus der Interessenlage der bei den Verträgen beteiligten Personen. Das führt dazu, den Versicherer des Obhutspflichtigen haften zu lassen, wenn der Schaden durch einen Zufall entstanden ist oder wenn ihm der Nachweis nicht gelingt, daß den Obhutspflichtigen kein Verschulden trifft.

2. (Vgl. JDR. **8** 1081 I 1) Moldenhauer, LeipzZ. **11** 688 ff., Bemerkungen zu Flechtheim, LeipzZ. **11** 675 ff. Richtig ist, daß die Versicherung des Obhutspflichtigen eine echte Versicherung für fremde Rechnung (keine Haftpflichtversicherung) ist, und zwar mit Verzicht auf die Rechte aus § 67 VVG. — Nicht zutreffend ist es aber, den Versicherer des Obhutspflichtigen für zufällig eingetretenen Sachschaden dann haften zu lassen, wenn beide Versicherungen sich gegenseitig ausschließen. Näher liegt es, den Versicherer des Eigentümers haften zu lassen.

II. Ablehnung der Versicherung seitens des Versicherten. Schneider, LeipzZ. **10** 58. Lehnt bei Versicherung für fremde Rechnung der Versicherte die Versicherung ab, so ist § 68 VVG. anwendbar, und zwar Abs. 1 bei Ablehnung vor Beginn der Versicherung und Abs. 2 bei Ablehnung nach ihrem Beginn (aM. Gerhard, Komm. z. VVG. 346).

III. Wegen der Anwendbarkeit von § 67 bei Versicherung für fremde Rechnung s. oben zu I und auch zu § 67 (Hallbauer).

IV. Wegen der Anwendbarkeit von § 157 auf die Haftpflichtversicherung zugunsten Dritter s. zu § 157 (Meuret).

V. Wegen der Kollektivunfallversicherung an deutschen Hochschulen s. vor §§ 179 ff.

VI. Über Versicherungsnahme seitens des Erbschaftsbesitzers und seitens des Ehemanns s. zu § 80.

VII. Wegen des Konkursfalls s. zu § 14 (Kirchberger).

§ 75. (Vgl. JDR. **8** 1093.) I. Blumhardt, Das Recht auf Leistung des Versicherers bei der Versicherung für fremde Rechnung, DJZ. **10** 1224. Sowohl der Versicherungsnehmer wie der Versicherte kann über Rechte aus der Versicherung nur verfügen, wenn er die Police besitzt oder der andere Teil zustimmt (ebenso § 50 Abs. 4 ÖstEntw. z. VVG.). Ob der Versicherte vom Versicherungsnehmer die Aushändigung der Police bzw. die Zustimmung fordern kann, hängt von dem zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnis ab.

II. Vgl. auch zu § 80.

§ 77. Vgl. zu § 14 (Kirchberger).

§ 78. Ritter, ABürgR. **35** 215. Der Versicherer kann gegenüber der Gegenpartei aufrechnen, soweit diese durch Annahme der Zahlung verfügen kann, außerdem natürlich gemäß § 78 VVG.

§ 79. Vgl. JDR. **8** 1093.

§ 80. (Vgl. JDR. **8** 1093.) 1. Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, ACivPr. **105** 335. Wenn der Erbschaftsbesitzer eine Erbschaftssache versichert, so steht beim Versicherungsfalle nicht ihm, sondern dem Erben der Versicherungsanspruch zu. Denn der Erbschaftsbesitzer

hat keinen Schaden. Es sind §§ 74 ff. VVG. anzuwenden. Gleichgültig ist es, ob der Erbschaftsbesitzer die Prämie aus eigenen Mitteln bezahlt hat. Hat er es getan, so kann er sie dem wirklichen Erben in Gegenrechnung stellen.

2. **RG. 76** 133, R. **11** Nr. 2349, 2350. Der Ehemann, der eingebrachtes Gut der Ehefrau versichert, wird der Ehefrau und dem Versicherer gegenüber zur Tragung der Versicherungskosten verpflichtet, mag er nun im eigenen Namen oder im Namen der Ehefrau den Vertrag abschließen. Dagegen erwirbt in allen Fällen die Ehefrau die Ansprüche aus der Versicherung.

3. BayRpflZ. **10** 22, R. **10** Nr. 297 (Zweibrücken). Wenn der Müller das von ihm zu mahlende fremde Getreide versichert, so erwirbt der Eigentümer den Versicherungsanspruch, wennschon der Müller die Prämie aus seinen Mitteln zahlt.

4. Wegen der Feuerversicherung der Sachen der Angehörigen, Dienstboten usw. s. § 85 I.

Zweiter Titel. Feuerversicherung.

Vorbemerkung zu § 81—107: Die Feuerversicherung hat, zum großen Teile dank der Tätigkeit des rührigen Verbandes öffentlicher Feuerversicherungsanstalten Deutschlands und seiner „Mitteilungen" eingehendere Bearbeitungen in verschiedener Richtung erfahren. Besonders war die Frage der Bagatellschäden noch immer Gegenstand des Streites (s. zu § 83). Im übrigen war besonders die Anrechnung stehen gebliebener Gebäudeteile streitig (s. zu § 88) und ebenso knüpften sich an die den Schutz der Realgläubiger bezweckenden Bestimmungen mannigfache Fragen. Neu sind die verschiedenen Arten der Betriebsverlustversicherung, Mietverlustversicherung usw. (s. zu § 89). Besonderen Hinweis verdient das ausgezeichnete Buch Liebigs über das deutsche Feuerversicherungswesen.

Literatur: Domizlaff, Die allgemeinen Versicherungsbedingungen für Feuerversicherung mit Erläuterungen und Anhang. Berlin 1911. — Domizlaff, Die Bestimmungen des Feuerversicherungsvertrags. Berlin 1911. — Emminghaus, Feuerversicherung. Sonderabdruck aus dem 4. Bd. des Handwörterbuchs der Staatswissenschaften. Jena 1911. — Feldmann, Die Feuerversicherung in der Praxis. Budapest 1909. — Fischer, Organisation und Verbandsbildung in der Feuerversicherung. Tübingen 1911. (Abdruck aus der Z. f. ges. Staatswiss.) — Gröppler, Die Ausdehnung der Haftung aus dem Feuerversicherungsvertrag auf unsere Elementarschäden. Diss., Halle 1910. — Hahn, Die Brandversicherungsanstalten in den beiden badischen Markgrafschaften Baden-Durlach und Baden-Baden bis zu ihrer Vereinigung 1803 und die Brandversicherungsordnung von 1803. Kiel 1911. (Abdruck aus den Mitteil. der öff. FeuerversAnst.). — Hennig, Die Bedeutung der Feuerversicherung für die Technik, ZVersWiss. **11** 1 ff. — Henne, Einführung in die Beurteilung der Gefahren bei der Feuerversicherung. (Heft XIX der Veröffentlichungen des deutschen Vereins für Versicherungswissenschaft.) Berlin 1910. — Josef, Zubehör und Bestandteile des Gebäudes, insbesondere in ihrer Einwirkung auf die Versicherungspflicht öffentlicher Anstalten, GoldschmidtsZ. **69** 135 ff. (s. zu § 192). — Kleinfeller, Der strafrechtliche Schutz bei Brandschäden und Demolierungen, MittöffFeuerversAnst. **11** 673 ff. — Liebig, Das deutsche Feuerversicherungswesen. Berlin 1911. — Lübstorff, Öffentlicher Betrieb und Privatbetrieb im Feuerversicherungswesen. Jena 1911. — Leder, Selbstversicherung gegen Brandschäden, MittöffFeuerversAnst. **11** 806. — Most, Einige Bemerkungen und Mitteilungen zur Frage der Selbstversicherung gegen Brandschäden, JahrbNatÖkuStat. **41** Heft 6. (Im übrigen s. wegen Selbstversicherung oben vor §§ 1 ff.) — Maas, Die Brandgilden, insbesondere von Schleswig-Holstein. Stuttgart 1911. — Marck, Die neuen Bedingungen der Privatfeuer- und Hagelversicherungsgesellschaften nach VVG. nebst Vorschlägen zur Reform der pomm. Provinzialfeuersozietät. Stettin 1910. — Ruttke, Die Versicherung gegen Erdbeben und andere unmeßbare Gefahren, MittöffFeuerversAnst. **09** 237. — Schaefer, Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft der Feuerversicherung. Hamm 1910. — Derselbe, Urkundliche Beiträge und Forschungen zur Geschichte der Feuerversicherung in Deutschland 2. Bände. Hannover 1911. — Schima, Statistik der Feuerversicherung, AssekJahrb. 32 II. 3 ff. — Stündel, Empfiehlt sich die Übernahme der gesamten Feuerversicherung

auf das Reich? Nürnberg 1910. (Erlangen, Diss.) — Tasche, Das Verfahren bei der Abschätzung von Brandschäden, insbesondere das Sachverständigenverfahren, LeipzZ. 11 260. — Weiland, Die Unterschiede der alten und der neuen allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Feuerversicherung, DVersZ. **11** 81 ff., 114 ff. — Worms, Der neue Feuerversicherungsvertrag. Berlin 1910. — Wegen der öffentlichen Feuerversicherungsanstalten und der neuen preußischen und sächsischen Gesetze s. zu § 192.

Vor §§ 81 ff. (Vgl. JDR. **8** 1096 III.) I. Rechtliche Stellung der Feuerwehr und der Feuerwehrleute. 1. Örtmann, Beschädigung einer Mauer bei Löscharbeiten, PrVerwBl. **32** 718. Die Feuerwehr darf beim Löschen das Eigentum anderer nur dann beschädigen, wenn das zu rettende Gut höher zu bewerten ist, als jenes fremde Eigentum. Da die Beschädigung im öffentlichen Interesse erfolgt, ist nach §§ 74, 75 Einl. zum ALR. der Staat dem geschädigten Dritten ersatzpflichtig. Das gleiche gilt für die Gemeinde, die das mindere Interesse dem höheren aufopfert, selbst wenn der geschädigte Dritte der Fiskus ist. Dagegen kann sie Ersatz ihrer Aufwendungen von dem vom Brande Betroffenen nach § 683 BGB. verlangen, also auch Erstattung des an die Dritten zu zahlenden Betrags.

2. GesuR. **10** 143 verneint die Frage nach der Haftung der Stadtgemeinde für Schädigungen Dritter durch die Pflicht- oder freiwillige Feuerwehr.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 980, R. **10** Nr. 2147, 2169 nimmt eine Haftung des Ortsvorstehers (nicht der Gemeinde) an für sachwidrige Anordnungen gegenüber einer auswärtigen Feuerwehr, die bei einem Brande Hilfe leistet, wobei ein Feuerwehrmann infolge Befolgung jener Anordnungen getötet wird.

4. SächsOLG. **31** 187 (Dresden). In Sachsen ist der Rechtsweg gegen Gemeinden zulässig für Klagen auf Ersatz des durch unrichtige Maßnahmen der Feuerwehr erwachsenen Schadens.

5. **RG.** MittöffFeuerversAnst. **11** 780. Die Feuerwehr kann von dem Brandbetroffenen Bezahlung ihrer Dienste nicht verlangen, soweit diese in Ausübung des allgemeinen Feuerschutzes geleistet werden. Hierzu gehört die Löschung des Brandes und die hierzu erforderlichen Maßnahmen sowie die Verpflichtung, solange noch Brandverdacht besteht (glimmende oder glimmverdächtige Baumwolle), Mannschaften und Löschgeräte an der Brandstelle zurückzulassen. Soweit der Brandbetroffene in solchen Fällen Bezahlung zusagt, hat dies nur den Sinn, daß diejenigen Dienste bezahlt werden sollen, die von der Feuerwehr über den angegebenen allgemeinen Feuerschutz hinaus geleistet werden.

6. HansGZ. **10** Beibl. 209, R. **10** Nr. 2522 (Hamburg). Staatliche und städtische Feuerwehren können für ihre Leistungen insoweit Vergütung fordern, als sie über den Rahmen des Feuerschutzes hinausgehen (Stellung einer Wache zum Schutze eines Baumwollenlagers, die durch Feuersgefahr nicht bedingt war.)

7. Wegen des Rechtes der Gemeinden auf Ersatz der Aufwendungen für Feuerhilfe gegenüber dem Brandbetroffenen s. oben zu I 1 aE.

8. BadRpr. **11** 161 (Karlsruhe). Die Versicherung von Feuerwehrleuten gegen Unfälle, die sie „im Dienste" erleiden, umfaßt nicht diejenigen Unfälle, die auf dem Wege zur Brandstelle eintreten.

9. Wegen der Versicherung der Feuerwehrleute gegen Unfälle s. auch zu § 179 sowie GesuR. **10** 382.

10. MittöffFeuerversAnst. **10** 545, SchlHolstAnz. **10** Nr. 19 (Kiel). Haftung eines Feuerwehrmanns, der einem Kinde das Schieben eines Spritzenwagens erlaubt hatte (das Kind war dann im Gedränge von diesem Wagen überfahren worden).

II. Die Verpflichtung zur Eingehung einer Feuerversicherung. 1. OLG. **20** 410, KGJ. **39** A 205 (KG.). Nach preußischem Rechte

ist die im Rentengutsvertrag übernommene Feuerversicherungspflicht im Grundbuch eintragungsfähig.

2. SchlHolstAnz. **10** 314 (Kiel). Eine Unmöglichkeit der Erfüllung der übernommenen Verpflichtung, bestimmte Gegenstände gegen Feuersgefahr zu versichern, liegt nicht deshalb vor, weil der Abschluß des Versicherungsvertrags nur zu ungewöhnlich hohen Prämiensätzen möglich ist.

III. **RG.** SeuffA. **65** 397. Anspruch auf Schadensersatz, wenn durch den Bau einer Bahn die Feuerversicherungsfähigkeit eines Anliegergrundstücks erschwert wird?

IV. SeuffBl. **11** 642, R. **11** Nr. 3437 (Stuttgart). Wenn das versicherte Haus nach Abschluß des formrichtigen Kaufvertrags, aber vor der Auflassung niederbrennt, so wird die Auflassung nicht gehindert und der Käufer zur Erhebung der Versicherungssumme berechtigt. Er kann aber Kaufpreisminderung verlangen.

V. MittöffFeuerversAnst. **11** 649 (Hamburg). Der Verwahrer von Sachen (Lagerhalter) muß dem Auftraggeber den Brandschaden vergüten, wenn er die Waren in andere als die vereinbarten Räume bringt, ohne dem Auftraggeber Mitteilung zu machen, und wenn infolgedessen der Auftraggeber, weil nur die vereinbarten Räume von ihm unter Feuerversicherung gebracht waren, von der Versicherungsgesellschaft keinen Ersatz erhält.

VI. **RG.** MittöffFeuerversAnst. **11** 732. Der Versicherte kann von der Eisenbahn, die an seinem Grundstück entlang geführt wird, Ersatz derjenigen Aufwendungen für Schutzbauten usw. fordern, von deren Errichtung die Versicherungsgesellschaft den Fortbestand der Versicherung abhängig macht.

VII. MittöffFeuerversAnst. **09** 14 (Celle). Die von einer Feuerversicherungsanstalt mit der Schätzung der zu versichernden Baulichkeiten beauftragten Schätzer haften nach Werkvertragsgrundsätzen, wenn sie versehentlich in der Schätzung einen später abgebrannten Hausanbau vergessen haben. Unerheblich ist es, daß die Schätzung zufolge gesetzlicher Vorschrift nötig war und die Schätzer obrigkeitlich bestellt und vereidigt waren. Zwischen Anstalt und Schätzern besteht trotzdem nur ein privatrechtliches Verhältnis.

VIII. 1. Leder, Selbstversicherung gegen Brandschäden, MittöffFeuervers. Anst. **11** 806 ff. Die Selbstversicherung ist weiter nichts als Unversichertsein. Entweder kommt eine Versicherung überhaupt nicht in Frage, die sog. Selbst- oder Eigendeckung, sei es mit, sei es ohne Rücklage. Oder aber es wird zwar Versicherung genommen, aber ein bestimmter Teil von ihr ausgeschlossen: sog. vereinbarte Selbstversicherung. Sie ist in allen Formen nicht unbedenklich, selbst wenn ein besonderer Rücklagefonds geschaffen wird.

2. Vgl. auch oben zu § 1 (Mertens).

IX. Wegen der Verlängerungsscheine in der Feuerversicherung s. zu § 8.

X. Gegen die Verwendung von sog. Kuponpolicen in der Feuerversicherung s. VAPV. **10** 117.

XI. Wegen der HannovVO. vom 24. Januar 1828, wonach Gebäudefeuerversicherungen nur auf Grund einer vorherigen amtlichen Taxe erfolgen dürfen, vgl. § 121 VAG., sowie wegen der einzelstaatlichen Feuerversicherungsgesetzgebung überhaupt s. § 192 VVG.

XII. Über die Frage, ob frühere Brände im Versicherungsantrage anzugeben sind s. zu §§ 16, 17, 18.

§ 81. (Vgl. JDR. 8 1094). Wegen der Frage, ob eine entsprechende Anwendung von § 81 auf andere Zweige der Sachversicherung zulässig ist, vgl. zu VAG. § 7 Ziff. 2.

§ 82. (Vgl. JDR. 8 1094.) Literatur: Henne, Der Begriff der Explosion in der Feuerversicherung und die sog. Schwungradexplosion, ZVersWiss. **10** 23 ff. — Wolfram, Eine Definition der Explosion, ZVersWiss. **11** 225.

I. Begriff der Explosion. 1. Henne, Der Begriff der Explosion in der Feuerversicherung und die sog. Schwungradexplosion, ZVersWiss. **10** 23 ff. Verf. bespricht die verschiedenen Fälle von Explosionen nach ihrer technischen Seite und kommt zum Ergebnisse, daß die Schwungradexplosion (Zerstörung rotierender Körper durch die Zentrifugalkraft) nicht mit Sicherheit als Explosion im Sinne des VVG. bezeichnet werden kann und daß ihr Einschluß in die Feuerversicherung diese immer mehr auf das ihr an sich fremde Gebiet der Betriebsschäden ausdehnt.

2. Wolfram, Eine Definition der Explosion, ZVersWiss. **11** 225 ff. Explosion ist eine plötzliche und unbegrenzte Vergrößerung des Volumens eines Körpers. Ein Explosionsschaden ist ein durch eine plötzliche und unbegrenzte Vergrößerung des Volumens eines Körpers verursachter Schaden. — Bagatellschäden sind auch in der Explosionsversicherung unvermeidlich und zu verhüten (Schuß, Gärung von Heidelbeeren, Kinderknallbüchse, Petroleumlampe).

3. MittöffFeuerversAnst. **11** 692 (Hamm). Wenn bedingungsgemäß die durch die Wirkung des elektrischen Stromes (Kurzschluß usw.) an der Leitung und an den Apparaten selbst herbeigeführten Schäden von der Versicherung ausgeschlossen sind, so genügt es zum Nachweise dieser Wirkung als Brandursache, daß jede andere Ursache, die den Schaden herbeigeführt haben könnte, außer ihr fehlt, und daß sie an sich wahrscheinlich ist.

II. Wegen des Begriffs des Brandes s. zu § 83.

§ 83. (Vgl. JDR. 8 1095.) Literatur: Domizlaff, Bemerkungen über den Begriff des Brandes, ZVersWiss. **11** 527 ff. — Hagen, Bagatellschäden in der Feuerversicherung, DJZ. **10** 581. — Josef, Brand, Brandereignis, Feuersbrunst und Kleinschäden, R. **11** 86. — Derselbe, Brand-, Seng-, Bügel- und andere Kleinschäden, GesuR. **10** 515. — Moldenhauer, Der Begriff „Brandereignis" in der neueren Rechtsprechung, LeipzZ. **11** 584. — Pincus, Die Bagatellschäden in der Lebensversicherung ZVersWiss. **10** 760. — Thiesing, Die Bagatellschädenfrage in der Feuerversicherung, FinuAssekRev. **11** 47. — Worms, Die Bagatellschäden in der Feuerversicherungspraxis und Kritik der bisherigen Vorschläge zu ihrer Bekämpfung, ZVersWiss. **10** 127 ff. — Ziegler, Die Entschädigungspflicht der Feuerversicherer für sog. Bagatellschäden, DJZ. **10** 757. — Sommer, Die Versicherung gegen die Kosten der Aufräumung bei Brandschäden MittöffFeuerversAnst. **09** 297. — Zur Frage der Bagatellschäden sind während des Berichtszeitraums eine große Anzahl Artikel veröffentlicht. Von ihnen sind nur die wichtigsten wiedergegeben. Die veröffentlichten Entscheidungen sind zum größten Teile verzeichnet, da es geboten schien, die verschiedenartige Behandlung der aktuellen Frage zu zeigen und da die Entscheidungen, weil vielfach von Untergerichten erlassen, schwer auffindbar sind.

I. Stellung der Rechtslehre zum Begriffe des Brandes, der Kleinschäden und der Bagatellschäden. 1. Josef, Brand, Brandereignis, Feuersbrunst und Kleinschäden, R. **11** 86. a) Dient das Feuer wirtschaftlichen Zwecken und hat es nur die Sachen erfaßt, die von ihm erfaßt werden sollen, so liegt ein Brand oder Brandereignis im Sinne von § 83 VVG. nicht vor, mögen auch andere (z. B. die in der Ofenröhre oder auf den Herd befindlichen) Sachen durch die vom Feuer ausgegangene Hitze beschädigt sein. Andererseits ist nicht erforderlich ein Feuer von größerem Umfange. Es genügen Brände geringsten Umfanges, die z. B. durch eine herabfallende Kerze entstehen oder sofort gelöscht werden. b) Für solche Schäden, die die Sachen durch ein Feuer erleiden, dem sie ihrer Bestimmung gemäß ausgesetzt sind, ist der Versicherer leistungsfrei nur, wenn eine Veränderung der Sachen durch das Feuer bezweckt war (z. B. Braten, Plätten, anders beim Schornsteinbrande), die Sache ferner dem Feuer selbst (nicht etwa

bloß in der Nähe des Feuers der Hitze zwecks Trocknens) ausgesetzt werden sollte, weiter die vom Feuer beschädigte Sache dem Feuer im Augenblicke der Schädigung noch ausgesetzt sein sollte und schließlich der Schaden ein Feuerschaden ist, also nicht etwa durch eine Explosion entstanden, die kein Feuer verursacht hat. c) Jede weitere Einschränkung der Ersatzpflicht bei sog. kleinen Haushaltungsschäden verbietet sich durch die Unmöglichkeit, die ersatzfreien Brandschäden in sicherer Weise abzugrenzen.

2. Moldenhauer, Der Begriff „Brandereignis" in der neueren Rechtsprechung, LeipzZ. **11** 584. Verf. bespricht eine große Menge insbesondere land- und amtsgerichtliche Entscheidungen über Bagatellschäden und kommt zu dem Ergebnisse, daß bisher über den Begriff des Brandereignisses noch keinerlei Klarheit herrsche und daß deshalb der Begriff (ähnlich wie der des Unfalls) durch Zusätze in den Bedingungen abgegrenzt und umschrieben werden müsse. Ein sicherer Begriff sei hier so wenig wie beim „Unfalle" zu finden. Er schlägt als eine, wennschon nicht immer zutreffende Definition vor: „Brand ist jeder beabsichtigte oder bestimmungswidrige Verbrennungsprozeß, der sich in einem Flammen oder Glühen äußert." Demnach liegt kein Brand vor beim Verkohlen der Wäsche im Waschkessel, beim Springen der Bratpfanne, beim Anbrennen der Speisen, beim Ansengen durch Bügeln. Wohl aber liegt Brand z. B. vor bei den durch Funken herbeigeführten Schäden. Der Verbrennungsprozeß braucht nicht durch äußere Ursachen hervorgerufen zu sein. Er kann sich auch infolge der eigenen Hitze der Gegenstände entwickeln.

3. Domizlaff, Bemerkungen über den Begriff des Brandes, ZVersWiss. **11** 527 ff. Brand ist ein Feuer, das bestimmungswidrig an Sachen, die ihm nicht ihrer Bestimmung gemäß ausgesetzt sind, durch einen Verbrennungsprozeß (Flammen oder verzehrende Glut) einen wirtschaftlichen Schaden verursacht. — Hierunter fallen auch die Sengschäden (abgesehen von Bügeln, Kochen usw.) sowie die Gährungsschäden, falls es bei ihnen nicht bei der Gährung geblieben, sondern zu wirklichen Verbrennungsprozessen mittels zerstörender Glut gekommen ist. — Soll für solche Schäden nicht mitgehaftet werden, so empfiehlt es sich, sie besonders auszuschließen.

4. Hagen, Bagatellschäden in der Feuerversicherung, DJZ. **10** 581. Die Bagatellschäden (Kleinschäden) mögen ursprünglich nicht Aufgabe der Feuerversicherung gewesen sein. Die Entwickelung hat sie aber in den Kreis der Fälle einbezogen, in denen der Versicherte Entschädigung zu erwerben und der Versicherer sie zu geben seit langem gewohnt war. Die Einführung einer strengeren Praxis der Versicherer ist also ungerechtfertigt, zumal diese Bagatellschäden (bis 20 M.) zwar 46 pCt. aller Versicherungsfälle darstellen, aber nur 0,326 pCt. der gezahlten Entschädigungssumme ausmachen. Die Ablehnung der Entschädigungspflicht läßt sich weder auf § 83 VVG. noch auf § 1 Abs. 6 der neuen Feuerversicherungsbedingungen gründen.

5. Ziegler, Die Entschädigungspflicht der Feuerversicherer für sog. Bagatellschäden, DJZ. **10** 757. Bagatellschaden ist im Sinne der Bestrebungen der Feuerversicherer nicht identisch mit Kleinschaden. Es sind darunter zu verstehen gewisse, auf Wärmeeinwirkungen zurückzuführende, aber ohne Brand eingetretene Beschädigungen, namentlich von Haushaltungsgegenständen, die nach den Zwecken der Feuerversicherung und nach dem Versicherungsvertrage nicht unter den Begriff „ersatzpflichtige Brandschäden" fallen: z. B. Beschädigung der Tischdecke durch heiße Splitter des Zylinders der Lampe (VAPV. **9** 13), Springen des Spiegels durch Nähern einer Flamme (LG. Berlin u. AG. Posen, beide abweichend).

6. Worms, Die Bagatellschäden in der Feuerversicherungspraxis und Kritik der bisherigen Vorschläge zu ihrer Bekämpfung, ZVersWiss. **10** 127 ff. Verf. empfiehlt zur Bekämpfung der Bagatellschäden: a) Einführung einer Bagatellschädenklausel in der Police, b) Aufstellung eines Katalogs über die hauptsächlichsten ab-

zulehnenden Bagatellschäden, c) möglichst örtliche Regulierung auch der Kleinschäden durch geschulte Beamte, d) Einführung eines von dem Versicherten auszufüllenden Schadensanzeigeformulars und anschließend hieran eine „vertrauliche Mitteilung" des Agenten. Unter Bagatellschäden versteht er hierbei „jene zahllosen Seng- und Brennschäden im Haushalt und Betrieb, die ohne „Brandereignisse" zu sein, nicht Gegenstand des Versicherungsvertrags sind. Ihr Ausschluß ist moralisch und wirtschaftlich geboten.

7. Pincus, Die Bagatellschäden in der Feuerversicherung, ZVersWiss. **10** 760. Verf. schlägt vor, daß in den Versicherungsbedingungen ausdrücklich der Satz aufgenommen werde, daß ein ersatzpflichtiger Brand nur dann vorliege, wenn der Schaden durch ein „loderndes Feuer" herbeigeführt worden sei.

II. Stellungnahme des APV. und der Rechtsprechung hierzu. 1. a) VAPV. **10** 13. Ein Brand liegt nicht vor, wenn eine Tischdecke durch einen herunterfallenden Splitter eines geplatzten Zylinders beschädigt wird. Aufgabe der Feuerversicherung ist es, die Schäden zu ersetzen, die durch elementare Brandereignisse entstehen, nicht aber solche Bagatellschäden, bei denen die Gefahr elementaren Weitergreifens eines Brandes ausgeschlossen ist. b) VAPV. **10** 272 ff. Dieselbe Auffassung wird vertreten in einem Gutachten des APV. in einem Falle, wo ein Überzieher durch Funken, die von der Zigarre abfielen, beschädigt wurde.

2. R. **11** Nr. 384 (BayVGH.). Unter „Brand" (im Sinne von Art. 34 Bay. BrandversG.) ist nicht eine schädigende Feuerwirkung auf solche Gegenstände zu begreifen, die dem Feuer und dessen Wirkung bestimmungsgemäß ausgesetzt werden. Daher liegt kein Brandschaden vor, der zu entschädigen wäre, wenn ein Zimmerofen durch die Einwirkung des in ihm befindlichen Feuers beschädigt oder zerstört wird.

3. VAPV. **11** Anh. 73 (LG. Hamburg, Berufungsgericht, eingehende Begründung). Ein Brandschaden liegt vor, wenn ein Verbrennungsprozeß gegeben ist, bei welchem durch eigene Wärme eine Zerstörung des brennenden Körpers stattfindet und ein Schaden entweder durch die zerstörende Wirkung eines bestimmungswidrigen Verbrennungsprozesses selbst oder durch die bestimmungswidrigen oder normalerweise nicht zu erwartenden Einwirkungen eines ordnungsmäßigen Verbrennungsprozesses auf einen nicht brennenden Körper verursacht wird. Nicht nötig ist die Möglichkeit der Flammenbildung oder der Fortpflanzung des Feuers. Schwelen, Glimmen, Glühen genügt in der Regel, nicht aber Ansengen, weil weder die durch eigenen Verbrennungsprozeß erzeugte Wärme die zerstörende Wirkung ausübt, noch eine Zerstörung des Körpers selbst gegeben erscheint. Unerheblich ist es, daß der entstandene Schaden gering ist. Nach alledem kann Ersatz verlangt werden für ein durch eine brennende Zigarette in die Hose gebranntes Loch, und zwar braucht sich der Versicherte nicht mit Beseitigung des Loches durch eine Kunststopferei zu begnügen.

4. VAPV. **11** Anh. 72 (LG. I Berlin). Ansengen eines Teppichs durch Herabfallen eines zersprungenen heißen Glaszylinders stellt einen ersatzpflichtigen Brandfall dar. Denn § 83 will nicht Kleinschäden, sondern nur solche Schäden ausschließen, die durch ein Feuer entstehen, dem die versicherten Sachen ihrer Bestimmung gemäß ausgesetzt sind. Nicht ist nötig ein elementares Brandereignis oder die Entwickelung einer Flamme. Genügend ist Vernichtung oder Beschädigung durch Berührung mit glühenden anderen Gegenständen oder durch Erzeugung einer übermäßigen Hitze. Auch solche Sengschäden können erheblich sein. — Auf alle Fälle muß aber der Versicherer eine derartige Auslegung der „Brandschäden" dann gelten lassen, wenn er früher einen gleichartigen Schaden ohne Vorbehalt ersetzt hatte.

5. PraxPrV. **3** 167 (LG. Königsberg). Unter Brand ist ein Schadenfeuer zu verstehen, d. h. ein Feuer, das unbeabsichtigt zu unwirtschaftlichen Zwecken entstanden ist oder über den natürlichen Umfang hinausgeht. Daher keine Ersatzpflicht, wenn ein Spiegel infolge der Hitze einer ihm zu nahe gebrachten brennenden Lampe zersprungen ist.

6. VAPV. **10** Anh. 115 (LG. Breslau). Versicherungsanspruch bejaht für Schaden am Billardtuch, entstanden durch Versengen infolge herabfallender heißer Teile des gesprungenen Zylinders der Lampe.

7. VersAnn. **42** 382. Kein Versicherungsanspruch bei Sengschäden (LG. Potsdam) oder wenn ein Spiegel infolge der Hitze einer ihm zu nahe gebrachten Lampe springt (LG. Königsberg).

8. HansGZ. **11** Beibl. 53, VersAnn. **42** 240 (LG. Hamburg). Entschädigungsanspruch besteht, wenn eine herabfallende Zigarette ein Loch in die Hose des Versicherten brennt.

9. VAPV. **10** Anh. 114 (AG. Neuß). Kein Versicherungsanspruch wenn der durch Berühren einer glimmenden Zigarre beschädigte Rock nicht selbständig weiter zu brennen vermochte; Brandschaden ist von dem engeren Begriffe des Feuerschadens zu trennen.

10. PraxPrV. **3** 165 (AG. Königsberg). Kein Brandschaden liegt vor, wenn Kleidungsstücke durch Anlehnen an einen eisernen Ofen versengt werden, wofern der Ofen nicht selbst zum Glühen gekommen war, das Feuer also seinen eigentlichen Herd überschritten hatte und die Ofenwände selbst infolge des Glühendwerdens eine gefährliche Feuerwirkung bildeten.

11. MittöffFeuerversAnst. **11** 864 (LG. Cöln). Versicherungsanspruch verneint in einem Falle, in welchem durch glühende Kohlen, die der Versicherungsnehmer auf einer Schaufel durchs Zimmer trug, Löcher in den Teppich gebrannt wurden.

12. MittöffFeuerversAnst. **11** 569 (LG. Braunschweig). Kein Brandschaden liegt vor, wenn der durch Überheizen rotglühend gewordene Ofen mit kaltem Wasser übergossen wird und hierdurch Schaden leidet.

13. VersUnion **11** Nr. 8, 9 (LG. I Berlin). Versengen eines Teppichs durch herabfallenden heißen Zylinder stellt einen zum Schadensersatze verpflichtenden Brandfall dar.

14. MittöffFeuerversAnst. **11** 864 (AG. Berlin-Mitte). Entschädigungsanspruch für Sengschäden verneint (Loch in Bluse gebrannt).

15. VAPV. **10** Anh. 11 (AG. Braunschweig). Kein Versicherungsanspruch bei Beschädigung des Rockes durch Funken der Zigarette.

III. Mittelbare Brandschäden (vgl. JDR. **8** 1096 II). 1. Schneider, LeipzZ. **10** 56. § 83 VVG. begreift den Fall, daß das Feuer lediglich droht (Brand im Nachbarhaus oder im Dachstuhle), höchstens insoweit als das unmittelbarste Drohen eines Brandes vorliegt. Es ist nur im Einzelfalle nach billigem Ermessen zu entscheiden, ob § 83 anwendbar, ob also ein Versicherungsfall eingetreten ist und die dem Bedrohten entstandenen Aufwendungen zu ersetzen sind. — Ebenso muß man bei § 62 VVG. sich möglichst eng an den Wortlaut halten und den wünschenswerten Ausgleich je nach Lage des Falles und nach der Eigenart des einzelnen Versicherungszweigs dem Vertrag überlassen.

2. HansGZ. **10** Hptbl. 153 (Hamburg). Haftung für nicht unmittelbaren Feuerschaden (Güter fallen bei dem Versuche, sie vor dem Feuer zu retten, ins Wasser) verneint mit Rücksicht auf die Fassung der betreffenden Bedingungen.

IV. Rückwirkung von § 83. PraxPrV. **3** 167 (LG. Königsberg). § 83 VVG. hat keine rückwirkende Kraft.

§ 84. (Vgl. JDR. **8** 1096.) Literatur: Wehberg Kriegsversicherung bei den öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, ZVersWiss. **11** 474 ff., 722 ff., 874. —

Hahn, ZVersWiss. **11** 719, 874. — Derselbe, Die Kriegsversicherung bei den öffentlichen Feuerversicherungsanstalten der deutschen Bundesstaaten, MittöffFeuerversAnst. **11** 459 ff., 508 ff. — Wehberg, Die Kriegsversicherung bei den öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, MittöffFeuerversAnst. **11** 726 ff. (Polemik gegen Hahn, aaO. 508 ff.) Vgl. auch vor §§ 1 ff.

Kriegsschäden. 1. Wehberg, Kriegsversicherung bei den öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, ZVersWiss. **11** 474 ff., 722 ff., 874. Die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten ersetzen a) teils alle Kriegsschäden in voller Höhe, b) teils, und zwar in voller Höhe nur diejenigen, die durch Mutwilligkeit oder Ruchlosigkeit des Militärs oder Armeegefolges entstanden sind, mit Ausnahme jedoch von denjenigen, die von eigenen, befreundeten oder feindlichen Truppen zur Kriegführung oder zur Erreichung militärischer Zwecke auf Befehl eines Truppenführers vorsätzlich veranlaßt worden sind, c) teils aber ersetzen sie alle Kriegsschäden, aber nicht in voller Höhe, nämlich nur $^1/_3$ der (s. zu b) infolge Anordnung der Truppenführer entstandenen Schäden. — Diese Bestimmungen sind sehr reformbedürftig, besonders im Hinblick auf das Haager „Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkrieges", insbesondere Artt. 3 u. 47. Die Versicherung aller Kriegsschäden (oben zu a) ist unnötig, da der durch Leichtsinn oder Ruchlosigkeit der Soldaten entstandene Schaden ohnehin vom Feinde zu ersetzen ist. Die Beschränkung der Ersatzpflicht in der oben zu b und c angegebenen Weise ist aber geradezu widersinnig, weil dann im wesentlichen die Versicherung nur da eingreift, wo sowieso schon der fremde Staat ersatzpflichtig ist, während gerade die anderweit ungedeckten Schäden nicht versichert sind.

2. Gegen Wehberg wendet sich Hahn, ZVersWiss. **11** 719 u. 874. Die bisherige Regelung ist sehr vernünftig. Ausschluß jeder Kriegsgefahr erscheint geboten. Das Haager Abkommen ist auszuscheiden, da seine Einhaltung zweifelhaft ist und aus ihm nur Ansprüche der Staaten erwachsen, deren Geltendmachung überdies langwierig ist.

3. Hahn, Die Kriegsversicherung bei den öffentlichen Feuerversicherungsanstalten der deutschen Bundesstaaten, MittöffFeuerversAnst. **11** 459 ff., 508 ff. Verf. wendet sich gegen Wehberg, ZVersWiss. **11** 474 ff., und führt aus: In denjenigen Staaten, in denen Zwangsanstalten bestehen, erscheint eine Kriegsschädenversicherung im Rahmen des Zwanges nicht zulässig, weil einerseits die Gemeinschaft der Hausbesitzer nicht gezwungen werden darf, allein die Kriegsbrandschäden im engeren Sinne zu tragen, andererseits der Staat als Gesamtheit seiner Untertanen nicht nur die eine einzelne Klasse von Untertanen treffenden Brandschäden vergüten, die anderen Kriegsbeschädigten aber leer ausgehen lassen kann. Es ist nicht angängig, daß die Anstalten zuviel versprechen. Die Regelung des Ersatzes von Kriegsschäden, wie sie gegenwärtig bei den einzelnen Anstalten besteht, ist verständig und wohl bedacht. Auf die internationalen Verträge ist nicht zu großer Wert zu legen. Trotz ihres Bestehens ist die Versicherung von Kriegsschäden nicht mit dem Hinweise darauf als überflüssig zu bezeichnen, daß Feuerschäden im Kriege sowieso vom Feinde ersetzt werden müssen. Eine andere Frage ist es, ob nicht eine Vereinigung aller oder wenigstens aller öffentlichen Feuerversicherer zum Zwecke gemeinsamer Tragung der Kriegsschäden möglich und zweckmäßig ist (vgl. auch Damm, MittöffFeuerversAnst. **11** 339).

4. HansGZ. **11** Hptbl. 52 (Hamburg). Kriegsgefahr begreift jede auf politischem Grunde beruhende feindselige Handlung einer Partei, nicht nur die eigentliche Kriegführung durch einen anerkannten Staat in sich. Also fallen auch Revolutions- und Aufruhrgefahren unter den Begriff der Kriegsgefahr (Eisenbahnerunruhen in Rußland).

5. VAPV. **11** 116. Der Feuerversicherer haftet nicht für Brandschäden, die infolge eines Bombardements der Stadt entstehen.

6. Wegen des Begriffs des „Krieges“ im Versicherungsrechte s. auch vor §§ 129 ff.; wegen des Kriegsrechts s. vor § 1 VVG.

§ 85. (Vgl. JDR, 8 1098.) Literatur: Fuld, Die Feuerversicherung der Sachen von Dienstboten und Angehörigen, MittöffFeuerversAnst. **11** 564. — Derselbe, Die Mitversicherung von Sachen der Dienstboten, MittöffFeuerversAnst. **11** 726.

I. Mitversicherung von Hausangehörigen. 1. Fuld, Die Feuerversicherung der Sachen von Dienstboten und Angehörigen, MittöffFeuervers. Anst. **11** 564. Die Vorschriften der §§ 74 ff. VVG. finden auf die Feuerversicherung der Sachen von Dienstboten und Familienangehörigen keine vorbehaltlose, sondern nur eine entsprechende Anwendung, da eine besondere Versicherung zugunsten Dritter nicht abgeschlossen ist. Der Unterschied zeigt sich in mannigfacher Beziehung. Insbesondere besteht kein Versicherungsanspruch, wenn der Brand von dem Dienstherrn vorsätzlich oder grobfahrlässig verursacht ist. Dagegen besteht ein Versicherungsanspruch des Dienstherrn, wenn der Brand von Dienstboten oder Angehörigen verschuldet ist; in solchen Fällen können nur die betreffenden Schuldigen keine Versicherungsansprüche geltend machen. — Der Dienstherr kann vom Dienstboten nicht kraft Gesetzes einen Beitrag zu den Versicherungskosten fordern. Ein entsprechender Vertrag wäre unsittlich. — Das „Dienstverhältnis“, von dem § 85 VVG. redet, braucht kein reiner Dienstvertrag im Sinne des BGB. zu sein. Gemischte Verträge genügen. Das wirtschaftliche, nicht das juristische Moment entscheidet. Unter § 85 VVG. fällt auch der Lehrling, der Hauslehrer, der Privatsekretär, die Hausdame. Auf Gesinde ist er nicht zu beschränken.

2. Fuld, Die Mitversicherung von Sachen der Dienstboten, MittöffFeuervers. Anst. **11** 726. Wenn der Dienstbote den Brand vorsätzlich verursacht hat, so bleibt der Versicherungsanspruch des Dienstherrn bestehen. Doch kann der Versicherer den auf die Sachen des Dienstboten entfallenden Betrag abziehen. In allen anderen Fällen ist voll zu zahlen.

II. Außenversicherung (vgl. JDR. 8 1098). 1. WallmVersZ. **45** 2161 legt die Unterschiede dar, die die Außenversicherung für häusliches Mobiliar und Arbeitsgerät nach den neuen allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen gegenüber der unter der Herrschaft der alten Bedingungen allgemein gebräuchlichen Außenversicherung aufweist.

2. MittöffFeuerversAnst. **11** 694 (LG. I Berlin). Die Versicherungsbedingung, daß die in dem, von anderen Mietparteien mitbewohnten Hause, befindlichen Sachen des Versicherungsnehmers versichert seien, ist nicht dahin auszulegen, daß alle Sachen desselben versichert seien, gleichgültig, wo sie sich in jenem Hause befinden (z. B. die im Treppenflur oder auf dem Mansardengang aufgestellten Sachen). Vielmehr sollen nur diejenigen Sachen getroffen sein, die sich in der vom Versicherungsnehmer bewohnten Etage oder doch in dem zu dieser Etage gehörigen Mansarden- und Kellerraume befinden.

3. LeipzZ. **10** 954 (LG. I Berlin). Wäsche, die auf dem Hausboden zum Trocknen hängt, ist mitversichert, selbst wenn der Versicherungsnehmer in dem Antrage die Frage: „Welcher Betrag bis höchstens 5 pCt. des häuslichen Mobiliars soll sich auf dem Hausboden befinden?“ mit einem Striche beantwortet hatte.

III. Über Beschädigungen von Teilen von Sachgesamtheiten und einheitlichen Sachen s. zu § 54.

§ 86. (Vgl. JDR. 8 1098.) Literatur: Heyne, Die Vesicherung gegen Brandschaden und die Brandschadenregulierung. Leipzig 1910. — Tasche, Das Verfahren bei der Abschätzung von Brandschäden, insbesondere das Sachverständigenverfahren, LeipzZ. **11** 260 (vgl. zu § 64). — Munk, Kostbarkeiten und Seltenheiten in der Feuerversicherung, MittöffFeuerversAnst. **11** 471.

1. Wegen der Frage, ob der Versicherte sich mit Ausbesserung der beschädigten Sachen begnügen muß, vgl. zu § 49.

2. Wegen Kunst- und Liebhaberwert s. zu § 52 (RG.).

§ 87. (Vgl. JDR. 8 1098.) Literatur: Damm, Die taxierte Police und ihre Bedeutung für die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, MittöffFeuerversAnst. **11** 811 ff. — Pabst, Die taxierte Police ein Mittel zur Herabsetzung der Unkosten des Hausbesitzers, MittöffFeuerversAnst. **11** 131 ff. — Vgl. auch zu § 57.

I. Damm, Die taxierte Police und ihre Bedeutung für die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, MittöffFeuerversAnst. **11** 811 ff. Die taxierte Police ist die Beurkundung eines Versicherungsverhältnisses, bei dem im Wege der Vereinbarung der Versicherungswert unter den Versicherungsparteien von vornherein auf einen bestimmten Betrag festgelegt wird. Sie ist trotz des Erfordernisses der „Vereinbarung" rechtlich auch bei denjenigen öffentlichen Anstalten denkbar, bei denen die Entstehung eines Versicherungsverhältnisses nicht auf einen Vertrag zurückzuführen ist; sie würde in diesem Falle eine vertragsmäßige Erweiterung der gesetzlichen Grundvorschriften sein. Die Sachschadenversicherung bezweckt, den infolge bestimmter äußerer Ereignisse eintretenden Vermögensschaden, der durch die gänzliche oder teilweise Zerstörung einer Sache verursacht ist, innerhalb der Grenzen der Versicherungssumme nach Maßgabe des Versicherungswerts zu ersetzen. Für den Versicherungsnehmer ist es sehr wichtig, den Versicherungswert für alle Fälle genau festgestellt zu sehen, zumal diese Feststellung vom Gesetze selbst nicht genauer geregelt ist und erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Diesem Bedürfnisse dient die taxierte Police. Sie ist in §§ 57, 87, 89 VVG. geregelt. Diese Bestimmungen gelten nicht für die öffentlichen Anstalten mit Zwangsversicherung. Für diese gilt vielmehr als subsidiäres Gesetzesrecht das frühere Landesrecht weiter. Sie können die taxierte Police im Rahmen des Landesrechts, also auch im Gegensatze zum Reichsrechte regeln. Dasselbe gilt für diejenigen Anstalten, die Monopolrecht haben, zugleich aber freiwilligen Beitritt gestatten. — Die vereinbarte Taxe begründet eine nur beschränkt widerlegbare Rechtsvermutung. Wird bewiesen, daß die Taxe erheblich übersetzt ist, so besteht zwar die Möglichkeit, aus diesem Grunde den Vertrag wegen Betrugs anzufechten. Im übrigen wird aber der Vertrag durch jenen Umstand nicht berührt und die Taxsumme erhält dann nur die Bedeutung einer gewöhnlichen Versicherungssumme, d. h. nach § 55 VVG. die des Schadens höchstbetrags. — Die Taxe gilt im Verhältnisse zu Dritten nur insoweit, als diese Realgläubiger sind. — Sie ist in ihren Grundlagen und in ihrem Ergebnisse ganz verschieden von den zur Feststellung des Verkehrswerts erforderlichen Grundstückstaxen, wie denn überhaupt die Verwertung der Versicherungstaxen bei Grundstücksgeschäften durchaus unrichtig ist; sie können höchstens als Teilfaktor und auch nur bei städtischen Grundstücken verwendet werden. — Die Taxe gilt im Zweifel für die ganze Versicherungsdauer, doch sind Zeit- und Nachprüfungsklauseln gebräuchlich. — Nicht möglich ist zurzeit die Anfechtung der Taxe seitens des Versicherungsnehmers aus dem Grunde, weil sie ohne sein Verschulden zu niedrig sei oder (infolge der wirtschaftlichen Entwickelung) zu niedrig geworden sei; insoweit ist Abhilfe im Wege der Vereinbarung und durch entsprechende Gesetzesänderung geboten. — Anfechtung wegen Irrtums ist möglich insbesondere wegen Rechenfehlern, die bei der technischen Berechnung der Neu- und Zeitwerte unterlaufen. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung kommt besonders dann in Betracht, wenn der Versicherte falsche Angaben im Fragebogen gemacht hat; dann besteht auch Rücktrittsrecht (§§ 17 ff. VVG.). — Die öffentlichen Anstalten können die Anfechtung der Taxe wegen Übersetzung und Irrtums satzungs- und vertragsmäßig ausschließen, nicht aber diejenige wegen Betrugs. — Die Taxe ist ein zweischneidiges Schwert, dessen gesetzliche Schneide einer Nachbesserung bedarf durch Einführung von Klauseln über eine angemessene

Beschränkung der Zeitdauer oder die Möglichkeit von Nachprüfungen des Versicherungswerts zu bestimmten Terminen, über die Möglichkeit der Anfechtbarkeit bei allzu großer Unterschreitung des Versicherungswerts und vielleicht durch ausdrückliche Festlegung der allgemeinen Grundsätze, die die Wertminderung der Sachen infolge außergewöhnlicher wirtschaftlicher Umstände beeinflußt. — Es besteht keine dringende Notwendigkeit, die taxierte Police im Sinne des VVG. bei allen öffentlichen Anstalten einzuführen.

II. VAPV. **11** 116. Der Fall einer vereinbarten Taxe über den Wert des versicherten Interesses zur Zeit des Eintritts des Versicherungsfalls liegt vor, wenn für einen graphischen Betrieb bestimmt war, daß für Steine und Platten nur der Betrag der Zeichnerlöhne und Herstellungskosten als versichert gelten solle, und zwar je nach dem Alter der Zeichnungen zu 100, 75, 50 pCt.

§ 88. (Vgl. JDR. **8** 1095, 1098.) Literatur: Hilse, Vollschaden oder Teilschaden im versicherungsrechtlichen Sinne, R. **11** 134. — Josef, Die Anrechnung stehengebliebener Gebäudeteile auf die Brandentschädigung und der Übergang von Ansprüchen des Versicherungsnehmers gegen Dritte auf den Versicherer, MittöffFeuerversAnst. **11** 797 ff. — Schneider, Die Anrechnung stehengebliebener Gebäudeteile auf die Brandentschädigung, MittöffFeuerversAnst. **11** 25 ff.

Anrechnung von Gebäuderesten. 1. Hilse, Vollschaden oder Teilschaden im versicherungsrechtlichen Sinne, R. **11** 134. Vollschaden liegt stets dann vor, wenn, sei es aus technischer Unmöglichkeit oder rechtlicher Unzulässigkeit, die durch Feuer nicht zerstörten Mauerteile für den Erneuerungsbau nicht verwendet werden können.

2. Josef, Die Anrechnung stehengebliebener Gebäudeteile auf die Brandentschädigung und der Übergang von Ansprüchen des Versicherungsnehmers gegen Dritte auf den Versicherer, MittöffFeuerversAnst. **11** 797 ff. a) Nach § 88 VVG. hat bei der Gebäudefeuerversicherung der Versicherer den vollen Bauwert (den Betrag, für den am Orte ein Bauwerk gleicher Art errichtet werden kann) zu zahlen. Ist die Zahlungspflicht des Versicherers abhängig davon, daß die Wiederherstellung des Gebäudes erfolgt, so ist der Versicherungsnehmer nach § 62 VVG. verpflichtet, die stehengebliebenen Gebäudereste zum Wiederaufbaue zu verwenden, was eine Minderung des vom Versicherer zu zahlenden Bauwerts zur Folge hat. Diese Verwendungspflicht des Versicherungsnehmers fällt fort, wo die Verwendung unmöglich ist, sei es infolge natürlicher Fehler der Gebäudeteile, sei es, weil ein behördliches Verbot des Wiederaufbaues an der alten Stelle vorliegt. Fällt aber die Verpflichtung des Versicherungsnehmers zur Verwendung der Gebäudeteile hiernach weg, so ist der Versicherer nach § 88 VVG. verpflichtet, den Bauwert voll zu bezahlen. Denn das auf Grund des Gesetzes sich ergebende Verbot, durch das die Verwendung der alten Gebäudeteile unmöglich gemacht wird und hiermit die Zahlungspflicht des Versicherers erweitert wird, ist nicht eine besondere Schadensursache neben dem Brande. b) Danach ist der Versicherer ersatzpflichtig auch insoweit, als der Schaden darin besteht, daß dem Versicherungsnehmer die Verwendung der Gebäudeteile durch Gesetz oder behördliche Verfügung unmöglich ist. Ersatzpflichtig für diesen Schaden ist aber dem Versicherungsnehmer (insbesondere nach dem Enteignungs- und Baufluchtliniengesetze) zugleich die Gemeinde oder der Unternehmer, die die Unverwendbarkeit verursacht haben. Der Anspruch gegen den Dritten geht also auf Ersatz desjenigen Schadens, der gleichzeitig den Gegenstand der Versicherung bildet. Nach § 67 VVG. geht folglich dieser Anspruch des Versicherungsnehmers gegen den Dritten auf den Versicherer über.

3. Schneider, Die Anrechnung stehengebliebener Gebäudeteile auf die Brandentschädigung, MittöffFeuerversAnst. **10** 25 ff. Der Wert stehengebliebener Gebäudebestandteile ist stets von der Versicherungssumme abzurechnen, es sei denn,

daß der Versicherer selbst ihre Verwendung zum Wiederaufbaue verbietet. In allen anderen Fällen kommt nichts darauf an, ob ihre Wiederverwendbarkeit infolge äußerer Naturgeschehnisse oder durch Eingreifen Dritter (Baupolizei, Baufluchtlinien) unmöglich gemacht wird.

4. **RG.** VAPV. **10** Anh. 112, R. **10** 647 und Nr. 3100. Es muß Vollschaden ersetzt werden, wenn stehengebliebene Mauern aus polizeilichen Gründen nicht wiederaufgebaut werden dürfen, selbst wenn bedingungsgemäß bei Nichtwiederaufbau nur ein Teil der Versicherungssumme gezahlt werden soll.

5. MittöffFeuerversAnst. **11** 825 (Kiel). Vollschaden ist zu ersetzen und Abzug des Wertes stehengebliebener Mauerreste unzulässig, wenn die Wiederverwendung dieser Reste zum Neubaue dadurch unmöglich geworden ist, daß die festgestellte Baufluchtlinie die Wiedererrichtung des Gebäudes an der früheren Stelle nicht zuläßt.

§ 89. (Vgl. IDR. **8** 1098 und 1080 zu § 53.) Literatur: Bossert, Betriebsverlustversicherung. Diss., Erlangen 1911. — Derselbe, Die vertraglichen Voraussetzungen für die Haftung des Betriebsverlustversicherers, MasVersRdsch. **23** 373. — Domizlaff, Die Versicherung gegen Schaden durch Betriebsunterbrechung infolge Brand, Blitzschlag oder Explosion, LeipzZ. **11** 721 f., 821 ff. — Derselbe, Die Versicherung gegen Schaden durch Betriebsunterbrechung infolge Brand, Blitzschlag oder Explosion, MittöffFeuerversAnst. **11** 828 (im wesentlichen mit der Abhandlung in der LeipzZ. übereinstimmend). — Derselbe, Bemerkungen zu der Feuerversicherung des mittelbaren Schadens, AssekJahrb. **32** II 101 ff. — Dorenfurth, Die Versicherung gegen Mietverlust, MittöffFeuerversAnst. **10** 442 ff. — Manes, Bemerkungen zur Einführung der Betriebsverlustversicherung, ZVersWiss. **11** 1063 ff. — Mayer, Die Mietverlustversicherung, ZVersWiss. **10** 528. — Niczky, Die Chomageversicherung, ZHandWissuPr. **10** 432. — Seeger u. Beck, Kritische Bemerkungen zur Mietverlustversicherung für Berlin, ZVersWiss. **10** 10 ff. — Tasche, Die Behandlung mittelbarer Schäden, insbesondere von Miet- und Betriebsverlust in der Feuerversicherung, DVersZ. **10** 249.

I. Betriebsverlustversicherung. 1. Domizlaff, Die Versicherung gegen Schaden durch Betriebsunterbrechung infolge Brand, Blitzschlag oder Explosion, LeipzZ. **11** 721 ff., 818 ff. Die Feuerversicherung schreitet auf dem Wege von der Versicherung des Sachwerts fort zur Versicherung des Schadensersatzes. Nach französischen und englischen Vorbildern aber in eigener, durchdachter und soliderer Weise entsteht in Deutschland die Versicherung gegen Schaden durch Betriebsunterbrechung infolge von Brand, Blitzschlag oder Explosion. Die Bedingungen dieser Versicherungsart werden im einzelnen eingehend besprochen, insbesondere die Feststellung und Umgrenzung des zu versichernden Interesses, die Berechnung der Versicherungssumme und der Prämie sowie die Feststellung der Entschädigung. Die Betriebsunterbrechungsversicherung kann auch mittelbar wohltätig wirken, z. B. für Agenten, die sich gegen Schaden versichern können, den sie haben, weil ihr Geschäftsherr eine Betriebsunterbrechung erlitten hat. Ein besonderer Fall der Betriebsunterbrechungsversicherung ist die Mietzinsverlustversicherung, die schon seit 1910 sich bewährt hat.

2. Domizlaff, Bemerkungen zu der Feuerversicherung des mittelbaren Schadens, AssekJahrb. **32** II 101 ff. Verf. bespricht die Idee der Versicherung des mittelbaren Schadens, ihre Entwickelung und ihre Ausgestaltung besonders im VVG. (§§ 62, 63, 83, 52, 53, 89 ff.) sowie in den allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen. In einzelnen Gestaltungen ist jener Gedanke schon verwirklicht: z. B. Versicherung der Aufräumungskosten, Baulastversicherung, Versicherung der Negativplatten der Photographie und von technischen Plänen, Zeichnungen usw. und vor allem die sog. Betriebsverlustversicherung, insbesondere ihre Unterarten: die Mietverlustversicherung und die schwierigere Betriebsverlustversicherung für das Ge-

werbe (französisches, englisches System, Bedingungen der Frankfurter Transport-, Unfall- und Glasversicherungsgesellschaft).

3. VAPV. **11** 117. Nach § 89 Abs. 1 VVG. ist die namentlich bei ausländischen Gesellschaften übliche Abrede nichtig, daß nicht der durch eine infolge Brandes eingetretene Betriebseinstellung erwachsene nachweisbare Schaden vergütet werden soll, sondern daß von der für Gewinnentgang verabredeten Versicherungssumme soviel Prozente gezahlt werden sollen, als die Sachschadenvergütung Prozente der Feuerversicherungssumme ausmacht. Eventuell ist in solchen Fällen der ganze Vertrag nichtig.

4. VAPV. **11** 227 gibt die „allgemeinen Bedingungen für die Versicherung gegen Schaden durch Betriebsunterbrechung infolge von Brand, Blitzschlag oder Explosion" wieder, die unter bestimmten Bedingungen genehmigt worden sind.

II. Wegen der taxierten Police s. zu §§ 57, 87.

§ 92. Vgl. JDR. **8** 1098.

§ 93. R. **11** 144 (BayVGH.). Art. 54 BayBrandversG. bestimmt das Erlöschen des Einspruchsrechts wegen vorzeitiger Vornahme von Änderungen an den vom Brande unversehrt gebliebenen Gebäudeteilen. Hierunter fallen auch Veränderungen an Zubehörungen des versicherten Gebäudes und an Zubehörteilen.

§ 94. (Vgl. JDR. **8** 1098.) I. Verzinsung. 1. VAPV. **11** 10. Die Zinsenvorschrift des § 94 gilt auch dann, wenn die Auszahlung der Versicherungssumme lediglich wegen der erforderlichen Beibringung der behördlichen Auszahlungsgenehmigung verzögert wird.

2. MittöffFeuerversAnst. **11** 350 (Hamburg). Gültig ist (nach altem Rechte) die Bestimmung, daß der Versicherer, wenn der Versicherte klagt, erst nach Ablauf eines Monats nach Eintritt der Urteilsrechtskraft die Versicherungssumme zu verzinsen hat. Zahlt der Versicherer vor Urteilserlaß, so wird er nicht zinsenpflichtig. Wohl aber ist er kostenpflichtig; § 93 ZPO. steht ihm nicht zur Seite.

II. Rückwirkung. 1. VAPV. **11** Anh. 123 (Posen). § 94 Abs. 1 VVG. hat keine rückwirkende Kraft.

2. Vgl. auch zu § 11 VVG.

§ 96. Vgl. JDR. **8** 1098.

§ 97. (Vgl. JDR. **8** 1098.) Literatur: Gregor, Sicherung des Interesses des Realgläubigers, BlfGenossWes. **10** 865. — Vgl. auch zu § 88.

I. VAPV. **11** Anh. 122 (LG. Halle). Die Bestimmung, daß nur der Material-, nicht der Gebäudewert ersetzt wird, wenn das versicherte Gebäude nicht wieder aufgebaut wird, gilt auch dann, wenn es sich um Bauten auf fremdem Grund und Boden handelt und die Versicherungsparteien damit rechnen mußten, daß der Grundeigentümer, wozu er berechtigt war, den Wiederaufbau verbieten würde.

II. Wegen der Anrechnung stehengebliebener Gebäudeteile auf die Versicherungssumme s. zu § 88.

III. Vgl. zu § 14 VVG. (Kirchberger und Josef).

§ 98. (Vgl. JDR. **8** 1099.) Literatur: Biedermann, Sind auf dem Gebiete der Gebäudefeuerversicherung Pfändungen des Entschädigungsanspruchs durch persönliche Gläubiger des Versicherungsnehmers (Grundeigentümers) zulässig, sofern die Brandentschädigung nur zur Wiederherstellung des Gebäudes gezahlt werden darf? Welche Schritte kann der Versicherer einer unzulässigen Pfändung gegenüber unternehmen? MittöffFeuerversAnst. **11** 203 ff. — Schneider, Zu § 98 VVG., MittöffFeuerversAnst. **11** 293. — Vgl. auch Josef, MittöffFeuerversAnst. **11** 639 ff.

Pfändbarkeit der sog. Wiederherstellungsgelder. 1. Biedermann, MittöffFeuerversAnst. **11** 203 ff. Die sog. Wiederherstellungsgelder sind grundsätzlich unpfändbar. Ausgenommen sind solche Gläubiger, die in der Lage

sind, das gepfändete Geld seinem Zwecke zuzuführen und dabei gleichzeitig für ihren Anspruch Befriedigung finden (Baugläubiger, Baugeldgeber, Grundstückserwerber). Dieser Grundsatz gilt auch da, wo § 98 VVG. nicht gilt, was z. B. nach § 192 Abs. 1 VVG. der Fall ist. — Gegenüber unzulässigen Pfändungen steht § 766 ZPO. zu Gebote.

2. Hilse, MittöffFeuerversAnst. **11** 263. Die Wiederherstellungsgelder für ein durch Brand beschädigtes Gebäude können mit rechtlicher Wirksamkeit weder abgetreten noch für persönliche Ansprüche verpfändet werden.

3. Schneider, Zu § 98 VVG., MittöffFeuerversAnst. **11** 293. § 98 VVG. ist unabänderlich und ist auch für die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten durch § 192 Abs. 2 VVG. nicht aufgehoben. Nichtsdestoweniger haben die Vertragschließenden freie Hand in ihren Bestimmungen darüber, was als Schadensausgleich dem Versicherungsnehmer und wie es ihm zustehen soll. § 98 VVG. kann also mittelbar durch geeignete anderweitige Sicherungsbedingungen beiseite geschoben werden. Auf diese Weise kann selbst für die sog. „Baugläubiger" die Versicherungsforderung unangreifbar gemacht werden. Im Sinne dieser Grundsätze ist § 21 Abs. 2 Satz 1 PrG. vom 25. Juli 1910 zu verstehen und zulässig. Denn Anordnungen über die „Sicherung" sind unbeschränkt möglich.

4. Vgl. zu §§ 14 und 15 (Josef) sowie zu § 101 I.

§ 99. (Vgl. JDR. **8** 1099.) Literatur: Josef, Die Verweigerung des Wiederaufbaues seitens des Versicherungsnehmers in ihrer Einwirkung auf die Realgläubiger, SeuffBl. **11** 715 ff. — Iwand, Die versicherungsrechtliche Stellung des Hypothekengläubigers in bezug auf die sogenannte Wiederherstellungsklausel, DJZ. **10** 818.

Hypothekengläubiger und Wiederherstellungsklausel. 1. Josef, Die Verweigerung des Wiederaufbaues seitens des Versicherungsnehmers in ihrer Einwirkung auf die Realgläubiger, SeuffBl. **11** 715 ff. Ist der Versicherer nach den Versicherungsbedingungen nur verpflichtet, die Versicherungssumme zum Wiederaufbaue des versicherten Gebäudes zu zahlen, so kann der Hypothekengläubiger vermöge seines dinglichen Rechtes vom Versicherer nur verlangen, daß dieser die Versicherungssumme an den Versicherungsnehmer zum Zwecke des Wiederaufbaues zahle, und auch dies nur, wenn die bestimmungsgemäße Verwendung des Geldes als gesichert zu betrachten ist (§ 1130 BGB., § 97 VVG.). Diese letztere Voraussetzung ist keinesfalls gegeben, wenn der Versicherungsnehmer den Wiederaufbau verweigert. Eine solche Weigerung ändert nicht die Rechtslage des Versicherers. Sie verpflichtet ihn insbesondere nicht dazu, die Versicherungssumme an die Hypothekengläubiger auf deren Forderungen auszuzahlen, und bewirkt auch nicht eine Leistungsfreiheit des Versicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer gemäß § 101 VVG. Soweit sich aber jene Weigerung des Versicherungsnehmers (Eigentümers) darstellt als eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Einwirkung auf das Grundstück, ist nach § 1134 BGB. die Zwangsverwaltung gerechtfertigt, so daß der Zwangsverwalter an Stelle des Versicherungsnehmers die Versicherungssumme vom Versicherer fordern kann. In diesem Falle ist die bestimmungsgemäße Verwendung des Geldes schlechthin als gesichert zu betrachten.

2. Vgl. auch zu § 14 (Josef).

3. Iwand, Die versicherungsrechtliche Stellung des Hypothekengläubigers in bezug auf die sog. Wiederherstellungsklausel, DJZ. **10** 818. Aus § 1128 Abs. 2 verb. mit §§ 1276 Abs. 2, 1282 BGB. ergibt sich ebenso wie aus § 101 VVG., daß der Hypothekengläubiger auch gegen das „Verhalten" des Versicherungsnehmers insoweit geschützt ist, als der Versicherungsnehmer die Wiederherstellung unterläßt und hierdurch bewirkt, daß sich die Versicherungssumme bedingungsgemäß auf den Ersatz des Abbruchswerts (höchstens $1/3$ des Wiederherstellungsaufwandes) min-

dert. Ein Verschulden des Versicherungsnehmers ist nicht erforderlich. Man kann auch nicht sagen (so OLG. Colmar vom 1. März 1910), daß nach den Bedingungen die Entstehung des Versicherungsanspruchs durch die Wiederherstellung aufschiebend bedingt sei. Der Hypothekengläubiger kann die volle Summe fordern. Zweckmäßig ist es aber, den Schuldner sich zum Wiederaufbaue verpflichten zu lassen.

§ 100. (Vgl. JDR. 8 1100.) Literatur: Gottschall, Die Hypothekenhaftung der Versicherungsforderung nach BGB. Diss., Leipzig 1908. — Simon, Der versicherungsrechtliche Schutz der Hypothekengläubiger. Diss., Leipzig 1909. — Worms, Der Schutz der Realgläubiger durch Gesetzgebung und Privatfeuerversicherungspraxis, AssekJahrb. 33 37 ff. — Vgl. auch zu §§ 97, 99.

I. Der Schutz der Realgläubiger im allgemeinen. Worms, Der Schutz der Realgläubiger durch Gesetzgebung und Privatfeuerversicherungspraxis, AssekJahrb. **33** 37 ff. Die §§ 1127 ff. BGB. und §§ 99 ff. VVG. haben bewirkt, daß der Gläubigeranspruch vom Versicherungsanspruche losgelöst auftritt, daß „die Hypothek die Assekuranz umklammert". Das gilt auch für die den, im VVG. nicht besonders erwähnten, Nießbrauch behandelnden §§ 1045 ff., 1077 BGB. — Die Vereinigung der in Deutschland arbeitenden Privatfeuerversicherungsgesellschaften hat einen sog. Hypothekensicherungsschein entworfen, der dem die Hypothek anmeldenden Gläubiger erteilt wird. Der Wortlaut dieses Scheines und der „Erklärung des Versicherungsnehmers zwecks Ausfertigung eines Hypothekensicherungsscheins" wird wiedergegeben (51 ff.). Der Schein behandelt 1. die Anzeigepflicht des Versicherers gegenüber dem Gläubiger während der Versicherungsdauer, 2. die Verpflichtungen des Versicherers nach Eintritt des Versicherungsfalls, 3. die selbständigen Rechte des Gläubigers gegenüber dem Versicherer. Diese Bestimmungen werden im einzelnen untersucht. — Der Schein gewährt dem Gläubiger eine bessere Stellung als das Gesetz. Er wird aber nur ausgestellt, wenn der Versicherungsnehmer die oben erwähnte Erklärung erteilt. Geschieht dies nicht, dann braucht der Versicherer den Schein nicht auszustellen.

II. Die Anmeldung der Hypothek. 1. **RG.** WarnE. **11** 104. Wenn das Schreiben des Hypothekengläubigers ergibt, daß er alle zu seiner Sicherung nötigen Maßnahmen ergreifen will, so muß die Feuerversicherungsgesellschaft es als Anmeldung der Hypothek ansehen und aus ihm auch entnehmen, daß er die Eintragung seiner Hypothek in das sog. „Lagerbuch" der Gesellschaft haben will, sofern diese Eintragung zur Sicherung der Hypothek nach den betreffenden Bedingungen nötig ist. Es wird aber oft die Auslegung geboten sein, daß es auf diese Eintragung überhaupt nicht ankommt, weil sie nur den internen Geschäftsgang der Gesellschaft betrifft (ALR.).

2. PosMSchr. **10** 70 (Posen). Wenn in den Versicherungsbedingungen unter der Überschrift „Sicherung der Gläubiger, die ihre Forderung im Lagerbuche der Gesellschaft angemeldet haben" gesagt ist, daß die Versicherungssumme der im Lagerbuche verzeichneten Gläubiger soweit zu zahlen sei, als sie aus dem verpflichteten Grundstück wegen ihrer eingetragenen Forderung nicht gedeckt werden, so ist diese Bestimmung dahin auszulegen: a) daß schon die Anmeldung des Gläubigers genügt, unabhängig davon, ob die Gesellschaft die Eintragung im Lagerbuche bewirkt hat, und b) daß etwaige Verwirkung des Versicherungsanspruchs seitens des Versicherungsnehmers dem Gläubiger nicht schadet.

3. **RG.** VersPrax. **11** 20. Die Kenntnis des Versicherers von dem durch Abtretung erworbenen Rechte eines Hypothekengläubigers kann unter Umständen schon durch die einfache, aber nach Lage des Falles nicht unglaubwürdige Anzeige des neuen Gläubigers gegeben sein.

III. Kündigung der Versicherung. 1. OLG. **22** 162, R. **11** Nr. 1868

(Hamburg). Nachträgliche Zustimmung des Hypothekengläubigers zur Kündigung der Feuerversicherung macht diese auch dann von vornherein gültig, wenn bestimmt war, daß die Genehmigung drei Monate vor Ablauf der Versicherung beizubringen sei.

2. PraxPrV. **3** 46 (AG. Breslau). Stillschweigen des Versicherers auf eine Kündigung des Versicherungsvertrags, der nicht, wie bedingungsgemäß vorgeschrieben, die Einwilligungserklärung der Hypothekengläubiger beigefügt ist, gilt als Genehmigung; ein Widerspruch nach zwei Monaten ist verspätet.

3. PosMSchr. **10** 163 (Posen). Nach § 53 VAG. findet auf kleinere Versicherungsvereine auch § 39 BGB. Anwendung. Da §§ 1127, 1128, 1276 BGB. nicht entgegenstehen, so muß bei einem Gegenseitigkeitsverein eine Bestimmung, daß die Kündigung von der Zustimmung der Hypothekengläubiger abhängig sei, als unzulässig angesehen werden. Wie es nach VVG. zu beurteilen sein wird, bleibt unerörtert.

IV. Aufhebung der Versicherung. 1. VAPV. **11** Anh. 67 (Königsberg). Der Versicherungsnehmer ist auch ohne Zustimmung der Hypothekare berechtigt, Versicherungsanträge aufzuheben und Veränderungen in ihrem Inhalte vorzunehmen. Lediglich in der Verfügung über bereits erworbene Versicherungsansprüche ist er durch §§ 1227, 1228 BGB. beschränkt (vgl. Schneider, Die Erstreckung der Hypothekenhaftung auf die Versicherungsforderung nach §§ 1227, 1228 BGB., R. **08** 835 ff., LeipzZ. **09** 505 ff.).

2. KGJ. **39** B 27 (KG.). Erklärt der Hypothekengläubiger sein Einverständnis damit, daß der Grundstückseigentümer den Feuerversicherungsvertrag über das Grundstück aufhebt, so ist die Beurkundungsgebühr nach dem Werte der Hypothek oder, wenn die Versicherungssumme niedriger ist, nach dieser zu berechnen (§ 21 Nr. 3, § 39 Abs. 2 PrGKG.).

§ 101. (Vgl. JDR. **8** 1100.) Literatur: Baumgarte, Zur Pfändbarkeit von Entschädigungsforderungen, MitöffFeuerversAnst. **11** 470.

I. Pfändbarkeit der Entschädigungsforderungen. 1. Baumgarte, Zur Pfändbarkeit von Entschädigungsforderungen, Mittöff. FeuerversAnst. **11** 470. Die nach §§ 101, 102 VVG. dem Hypothekengläubiger unter Umständen gegen den Versicherer zustehenden Entschädigungsforderungen können von den Gläubigern des Hypothekars gepfändet werden.

2. Vgl. auch zu § 98 Ziff. I.

II. Wegen der bedingungsgemäßen Minderung der Versicherungssumme auf den Abbruchswert bei Unterlassung des Wiederaufbaues sowie wegen der Frage, ob der Versicherer die Versicherungssumme an die Realgläubiger zahlen muß, wenn der Versicherte den bedingungsgemäßen Wiederaufbau ablehnt, s. zu § 99.

Dritter Titel. Hagelversicherung.

Vorbemerkung zu § 108—115: Besonders bemerkenswerte Neuerscheinungen haben sich im Berichtszeitraume nicht gezeigt. Interessant ist der Aufsatz Gugels (s. u.), der zeigt, wie auch in Deutschland es in vielen Fällen für den Staat möglich wäre, bestehende private Organisationen und Gesellschaften nach englischem Vorbilde zu benutzen, um unter Ersparung besonderer Behörden staatliche Zwecke zu fördern.

Literatur zu § 108 ff.: Emminghaus, Hagelschädenversicherung. Sonderabdruck aus Bd. 5 des Handwörterb. d. Staatswissensch. Jena 1911. — Gugel, Das Hagelversicherungswesen in Württemberg, LeipzZ. **11** 132. — von Jan, Die Novelle zum Hagelversicherungsgesetze vom 4. April 1910, BayRpflZ. **10** 331 ff. — Haag, Das bayerische Hagelversicherungsgesetz. (2.) 1910. — Marck, Die neuen Bedingungen der Privatfeuer- und Hagelversicherungsgesellschaften nach VVG. nebst Vorschlägen zur Reform der pomm. Provinzialfeuersozietät. Stettin 1910. — Rohrbeck, Die Hagelversicherung in Kanada. Berlin 1911. — Derselbe, Die Hagelversicherung in Kanada,

AssekJahrb. 32 II, 251. — Sammlung von Versicherungsbedingungen deutscher Versicherungsanstalten. Herausgegeben vom Deutschen Vereine für Versicherungswissenschaft. III. Teil. 1910. (Transport-, Hagel-, Viehversicherung.)

Vor §§ 108 ff. I. v. Jan, Die Novelle zum Hagelversicherungsgesetz vom 4. April 1910, BayRpflZ. **10** 331 ff., bespricht die Änderungen, die für die Hagelversicherung durch die Novelle zum bayerischen Hagelversicherungsgesetz zu dem Zwecke geschaffen sind, um das bayerische Hagelversicherungsrecht dem Reichsrecht (VVG.) anzupassen.

II. Gugel, Das Hagelversicherungswesen in Württemberg, LeipzZ. **11** 132. Verf. gibt eine interessante Darstellung, in welcher Rechtsform der württembergische Staat mit der Norddeutschen Hagelversicherungsgesellschaft in Berlin sich verbunden hat, um unter eigener, der Ausgleichung dienender Beihilfe, die Hagelversicherungsnahme im Lande zu fördern.

§ 108. (Vgl. JDR. 8 1101.) I. VAPV. **11** Anh. 113 (KG.). Nach Nr. 1 der „Allgemeinen Zusatzbedingungen für fortlaufende oder mehrjährige Versicherung" ist der Hagelversicherer verpflichtet, bis zum 15. Juni jedes Versicherungsjahrs dem Versicherungsnehmer die volle vertragsmäßige Versicherung zu gewähren, auch wenn vor dem Hagelschlage seitens desselben noch kein Versicherungsantrag eingereicht und noch keine Prämie bezahlt ist (sog. Vorausdeckung), vorausgesetzt, daß der Versicherungsnehmer schon im Vorjahr in anderer Form bei dem Versicherer versichert war oder seine vorjährige Police von einer anderen Gesellschaft gleichzeitig mit der Beitrittserklärung oder doch spätestens vor einem etwaigen Hagelschlag an die Generalagentur eingereicht oder einen Bestellungsplan eingereicht hat. Tritt jedoch vor dem 1. bzw. 15. Juni mittags und zugleich vor Einreichung des Versicherungsantrags ein Schaden ein, so ist nach Nr. 4 jener Bedingungen seine Anmeldung sowohl im ersten Jahre wie auch in den Folgejahren in allen solchen Fällen zu berücksichtigen, wo zugleich mit der rechtzeitigen Schadensanzeige der ordnungsmäßige Versicherungsvertrag an die Generalagentur eingereicht wird. — Der Versicherungsnehmer hatte 1908 für mehrere Jahre versichert, 1909 aber keinen Bestellungsplan eingereicht und keinen Versicherungsantrag gestellt, wohl aber vom 3. Juni 1910, an welchem Tage er von einem Hagelschlage betroffen wurde, einen Versicherungsantrag gestellt und die Prämie bezahlt. Die Schadensmeldung ist dem Versicherer am 6. Juni 1910 zugegangen. Der Versicherer hatte früher die Prämie für 1909 als Vertragsstrafe eingeklagt, weigert sich aber, den Hagelschlag zu ersetzen. LG. und KG. verurteilen.

II. VAPV. **11** Anh. 112 (Posen). Der Versicherer kann sich auf die Klausel, daß die von einem Hagelschaden bereits betroffenen Feldfrüchte von der Versicherung ausgeschlossen sind, dann nicht berufen, wenn die Generalagentur, die bereits verhagelten Ackerflächen in Kenntnis von dem Hagelschlage mit als versichert in die von ihr ausgefertigte Police aufgenommen hat.

§ 114. (Vgl. JDR. 8 1101). I. VAPV. **11** Anh. 112 (Dresden). Wenn bedingungsgemäß bei Verkauf des Gutes an einen in die Versicherung nicht eintretenden Käufer der Hagelversicherungsnehmer eine weitere Jahresprämie als Ordnungsstrafe zu entrichten hat, so liegt ein stillschweigender Verzicht des Hagelversicherers nicht schon deshalb vor, weil er auf die Veräußerungsanzeige geschwiegen hat.

II. PraxPrV. **3** 63 (KG.). Ist der Zwangsverwalter in die Rechte und Pflichten aus dem Hagelversicherungsvertrag eingetreten, so ist er nicht verpflichtet während der Zwangsverwaltung einen Betrag für eine eventuell später auszuschreibende Nachschußprämie bereit zu stellen. Auch hat er nicht die Pflicht, dem Versicherer von dem Versteigerungstermine Nachricht zu geben. Trotz des Eintritts des Zwangsverwalters haftet der Grundstückseigentümer für die Prämie.

Vierter Titel. Viehversicherung.

Vorbemerkung zu § 116—128: Wichtigere Abhandlungen sind nicht zu erwähnen. Eine Reihe von Einzelfragen werden von Entscheidungen behandelt.

Literatur zu § 116 ff.: Ehrlich, Die Viehlebensversicherung auf Grundlage des VVG. und die neueren allgemeinen Versicherungsbedingungen der größeren privaten Viehlebensversicherungsgesellschaften in Deutschland. Berlin 1911. — Ehrlich, Das private Viehversicherungswesen in Deutschland, AssekJahrb. **32** II 195 f. — Emminghaus, Viehversicherung. Sonderabdruck aus Bd. 8 des Handwörterbuchs der Staatswiss. Jena 1911. — Sammlung von Versicherungsbedingungen deutscher Versicherungsanstalten. Herausgegeben vom deutschen Vereine für Versicherungswissenschaft. III. Teil. 1910. (Transport-, Hagel-, Viehversicherung.) — Thelemann-Schmidt, Bayerisches Viehversicherungsgesetz vom 1. Mai 1896. Fassung der Bekanntmachung vom 23. April 1910. (2) München 1910.

Vor §§ 116 ff. I. Wegen der Schlachtviehversicherung, auf die nicht §§ 116 ff., sondern die allgemeinen Regeln der Schadensversicherung anwendbar sind, s. zu § 55.

II. Wegen der Pferdeunfallversicherung, insbesondere von Nichtmitgliedern eines Versicherungsvereins s. VAPV. **11** 11 (vgl. zu § 21 VAG.).

III. Wegen der badischen Ortsviehversicherungsvereine s. zu § 192.

§ 116. I. Police. PraxPrV. **3** 40 (KG.). Ist im Versicherungsscheine das versicherte Pferd unrichtig bezeichnet (z. B. dem Alter nach), so haftet der Versicherer, wenn dem Versicherungsnehmer der Nachweis der Übereinstimmung des verendeten Tieres mit dem versicherten Tiere gelingt.

II. Prämie. VAPV. **11** Anh. 117 (Cöln). Wenn bei Viehversicherung bedingungsgemäß mit dem zunehmenden Alter des Tieres die Versicherungssumme sich ermäßigt, so ist für die Berechnung des wegen einer Krankheit zu vergütenden Minderwerts diejenige Höhe der Versicherungssumme maßgebend, die zur Zeit des Eintritts der betreffenden Krankheit bestand.

III. Haftungsumfang. 1. SchlHolstAnz. **10** 180 (Kiel). Die Versicherung von Kühen, die bei einem Kuhversicherungsverein auf Gegenseitigkeit genommen ist, der satzungsgemäß bezweckt, für Kühe Entschädigung zu gewähren, „die infolge einer Krankheit oder eines sonstigen Unfalls sterben oder getötet werden müssen", deckt nicht die Entschädigungspflicht für einen durch Feuer verursachten Schaden. Eine Doppelversicherung liegt also nicht vor, wenn der Versicherungsnehmer noch nebenher die Kühe gegen Feuerschaden versichert hat.

2. PraxPrV. **3** 169 ff. (LG. München). Auslegung von Bedingungen, die in gewisser Weise die Haftpflicht bei Verzug mit der Prämienzahlung hinsichtlich der zur Zeit des Beginns der Versicherung bestehenden Krankheiten einschränken.

IV. Nachversicherungspflicht. 1. PraxPrV. **3** 168 (KG.). Die bedingungsgemäße Nachversicherungspflicht hinsichtlich anderer eingestellter Pferde besteht nicht, wenn diese nicht versicherungspflichtig oder nicht versicherungsfähig sind.

2. LeipzZ. **11** 956 (Colmar). Die bedingungsgemäße Nachversicherungspflicht bei Einstellung von weiteren Tieren derselben Gattung neben den versicherten Tieren besteht dann nicht, wenn jene weiteren Tiere gar nicht versicherungsfähig sind (z. B. wegen zu großen Alters). — Die Berufung auf die Unmöglichkeit der Erfüllung der Versicherungsbedingungen steht dem Versicherungsnehmer auch dann zu, wenn bestimmt ist, daß der Erlös aus den verendeten Tieren auf die Versicherungssumme anzurechnen sei, und wenn dann sich ergibt, daß eine Verwendung des verendeten Tieres und die Erzielung eines Erlöses nicht möglich war.

3. PraxPrV. **3** 40 (KG.). Kein bedingungsgemäß verbotenes Einstellen unversicherter Tiere liegt vor, wenn der Versicherungsnehmer zwar noch andere

unversicherte Tiere gekauft und übereignet erhalten, sie aber nicht in sein Gehöft aufgenommen hat.

V. Über die Anzeigefrist bei laufender Viehversicherung s. vor §§ 16 ff.

§ 118. Über die Frage, wann neben § 118 auch § 67 eingreift, s. zu § 67 (Hallbauer aE.).

§ 121. I. Anzeigepflicht. 1. VAPV. **10** Anh. 31, PraxPrV. **3** 174 (KG.). Wenn bedingungsgemäß ein Sektionsbericht nur dann nötig ist, wenn der behandelnde Tierarzt die Todesursache nicht mit Sicherheit angeben kann, so greift diese Vorschrift nicht Platz, wenn die Bescheinigung des Arztes ohne Angabe von Zweifeln die Todesursache feststellt, mögen immerhin objektiv wissenschaftliche Bedenken an ihrer Richtigkeit bestehen.

2. Wegen Unterlassung des Sektionsberichts s. auch zu § 34.

3. PraxPrV. **3** 107 (KG.). Trotz Nichteinhaltung der gesetzten Frist ist die Schadensanmeldung rechtzeitig, wenn sie auf bestimmten, vom Versicherer einzufordernden Formularen erfolgen muß und diese nicht unverzüglich eingehen. In solchen Fällen wird die Anmeldefrist berechnet vom Eingange der Formulare.

4. KG. aaO. Eine grobfahrlässige Verletzung der Anzeigefrist liegt auch dann nicht vor, wenn Weihnachten in die Frist fiel und wenn eine genaue Schadensberechnung ohne Hilfe des Tierarztes nicht vorgenommen werden konnte.

II. 1. Wegen Verzichts auf weitere Ansprüche bei der Schädenregulierung durch den Verkäufer und Kassierer eines Großviehhändlers s. zu § 11.

2. Wegen der Stellung des Gutsinspektors s. zu § 65.

III. Wegen der Giltigkeit der HannovVO. vom 24. Januar 1828 s. VAG. zu § 121.

IV. Vgl. im übrigen zu § 33.

§ 123. (Vgl. JDR. 8 1102.) PraxPrV. **3** 177 (KG.). Ersatz der Futterkosten kann der Versicherte vom Versicherer weder auf Grund des VVG. noch auf Grund des BGB. fordern.

§ 125. I. PraxPrV. **3** 177 (KG.). Selbst wenn bedingungsgemäß die Entschädigung entfällt, falls der Versicherte sich Tierquälerei oder grobe Vernachlässigung des Tieres zuschulden kommen läßt, so besteht doch für den Versicherten keine Pflicht, nachträglich Ermittelungen darüber anzustellen, von welcher Person der Schaden verursacht ist, auch haftet er, wenn die Verletzung durch seine Angestellten erfolgt ist, hierfür nur dann, wenn ihn ein Verschulden bei der Auswahl oder Überwachung seiner Leute trifft.

II. Vgl. wegen der Haftung für fremdes Verschulden im übrigen zu § 61 und § 6.

§ 126. (Vgl. JDR. 8 1102.) I. VAPV. **10** Anh. 103 (KG.). Die bedingungsgemäß erforderliche Zustimmung des Versicherers zur Notschlachtung des versicherten Tieres wird durch den Nachweis ersetzt, daß die Genehmigung hätte erteilt werden müssen. Das gilt selbst dann, wenn der Versicherer die Genehmigung ausdrücklich abgelehnt hatte.

II. PraxPrV. **3** 169 ff. (LG. München). Darin, daß der Viehversicherer die Tötung genehmigt oder anordnet, liegt das Anerkenntnis, daß ein entschädigungspflichtiger Versicherungsfall vorliege. Wollte der Versicherer ein solches Anerkenntnis nicht, dann durfte er sich mit der Tötung des Tieres nicht befassen.

§ 128. (Vgl. JDR. 8 1102.) LeipzZ. **11** 483 (Hamburg). Die Bestimmung, daß im Falle der Veräußerung bei Versagung der Genehmigung zum Eintritte des Erwerbers in den Versicherungsvertrag die Prämie bis zum Ende des laufenden Jahres zu zahlen ist, und daß, wenn eine Genehmigung nicht nach-

gesucht wird, der ursprüngliche Vertrag in Kraft bleibt, ist gültig. Es herrscht Vertragsfreiheit. Der Unmöglichkeitsgesichtspunkt (§ 323 BGB.) kann gegenüber der Prämienzahlungspflicht nicht durchschlagen (altes Recht).

Fünfter Titel. Transportversicherung.

Vorbemerkung zu § 129—148: Besonders bemerkenswerte Neuerscheinungen sind nicht zu nennen.

Literatur zu § 129 ff.: Cosack, Zu § 140 VVG., ZVersWiss. **11** 341 ff. — Crueiger, Die Transportversicherung. München 1910. — Derselbe, Die Franchise in der Seeversicherung, AssekJahrb. **32** II, 31 ff. — Gierke, Der Begriff der Transportversicherung (aus der Festgabe f. Güterbeck). Berlin 1910. — Lehmann, Die Unanfechtbarkeit der Seeversicherungstaxe, ZVersWiss. **11** 785 (s. zu § 57). — Manes, Transportversicherung. Sonderabdruck aus Bd. 7 des Handwörterbuchs der Staatswissensch. Jena 1911. — Rehm, Zur Frage der Unanfechtbarkeit der Seeversicherungstaxe, ZVersWiss. **11** 465 (s. zu § 57). — Ritter, Die Arrestgefahr im Seeversicherungsrechte, ZVersWiss. **11** 761 ff. — Sammlung von Versicherungsbedingungen deutscher Versicherungsanstalten, herausgegeb. vom Deutschen Vereine für Versicherungswissenschaft. III. Teil. 1910 (Transport-, Hagel-, Viehversicherung). — Schümann, Über Rechtsstreitverfahren bei Unfällen auf Binnenwasserstraßen, ZVersWes. **11** 59.

Vor §§ 129 ff. I. Laufende Transportversicherung. 1. **RG.** R. **11** Nr. 1828. Wenn der Versicherungsnehmer zufolge Generalpolice verpflichtet war, alle bei ihm vorkommenden Transporte dem Versicherer anzuzeigen und in Versicherung zu geben, und wenn er diese Pflicht nicht erfüllt, sondern nur einzelne Transporte angezeigt und versichert hat, so kann der Versicherer für die nicht in Versicherung gegebenen Transporte als Schadensersatz Zahlung der entzogenen Prämie fordern mit Abzug dessen, was er durch den Fortfall der betreffenden Risiken erspart hat.

2. VAPV. **11** Anh. 127 (Dresden). Der Transportversicherer kann nicht verlangen, daß der Versicherungsnehmer auch Postpakete zur Versicherung anmelde, von denen er selbst früher erklärt hat, daß sie nicht unter die (laufende) Transportversicherung fielen, weil sie nicht eine durch die Bedingungen erforderte „usancemäßige Verpackung" der Waren darstellten (Versand nach England).

II. Wegen der Automobilversicherung und des Begriffs der Transportversicherung s. § 116 VAG.

III. Wegen des Umfanges der Anwendbarkeit holländischen Rechtes bei Transportversicherungen s. vor §§ 1 ff.

IV. Wegen der Zweifelhaftigkeit, ob Doppelversicherung vorliegt, 1. wenn eine Transportversicherung mit und eine ohne Kriegsklausel geschlossen ist, 2. wenn neben Kaskoversicherung noch Haftpflichtversicherung genommen wird, s. zu § 59.

§ 129. I. Arrestgefahr. Ritter, Die Arrestgefahr im Seeversicherungsrechte, ZVersWiss. **11** 761 ff. Mittelbare Schädigungen durch einen um Schiff und Ladung ausgebrachten Arrest fallen nicht unter die Versicherung.

II. Kriegsgefahr. 1. **RG.** PraxPrV. **3** 250 (daselbst auch das Berufungsurteil des OLG. Hamburg). Bei einer kombinierten Land- und Seetransportversicherung sind die in der Police angezogenen allgemeinen Seeversicherungsbedingungen für den Landtransport entsprechend anzuwenden. — Die Abrede „nur für Seegefahr" ist gleichwertig mit der Abrede „nicht für Kriegsgefahr". — Der Begriff des „Krieges" im Seeversicherungsrechte deckt sich nicht mit dem Kriege des Völkerrechts, begreift vielmehr auch solche kriegsähnliche gewalttätige Handlungen in sich, die von völkerrechtlich nicht anerkannten Mächten ausgehen — insbesondere den Bürgerkrieg und revolutionäre Bewegungen. Hierzu ist auch der „Aufruhr" zu rechnen. Sein Begriff bestimmt sich nicht nach § 115 StGB. Vielmehr kommt es darauf an, daß ein dem Kriege ähnlicher Zustand herrscht, durch den die Trans-

porte der Kaufleute bedroht sind, daß ein mit Mitteln der Gewalt durchgeführter organisierter Kampf der Untertanen gegen die Staatsgewalt vorliegt. Bloße Plünderungen und Gewalttätigkeiten reichen nicht aus. — Eine mit der Klausel „nur für Seegefahr" geschlossene Versicherung deckt sich nicht mit einer weiteren Versicherung, die ausdrücklich Aufruhr, Revolution und Kriegsgefahr in sich schließt. Der Einwand der Doppelversicherung ist bei dieser Sachlage nicht gerechtfertigt.

2. Wegen der Bedeutung der Kriegs- und Aufruhrklausel s. auch zu § 84.

III. **RG.** LeipzZ. **10** 234. Bei der (See) Transportversicherung hat die Aufnahme der besonderen Klausel, daß auch Schäden durch Stocken der Ware (Stockflecke) mit versichert sein sollen, die Bedeutung, daß nicht nur Stockflecke, die die Folge der Transportgefahr sind, Versicherung genießen sollen, sondern allgemein alle Schäden infolge Stockens, gleichgültig, welche Ursachen zugrunde liegen. Wenn bei den Vorverhandlungen der Versicherungsnehmer (bzw. sein Vertreter) auf die Frage des Versicherers, ob solche Schäden häufig seien, dies verneint und verschweigt, daß er wegen der Höhe derartiger angemeldeter Schäden mit dem früheren Versicherer in Streit geraten ist, so handelt er gegen die ihm bedingungsgemäß obliegende Pflicht, bei Vertragsabschluß alle Umstände anzuzeigen, die für die Tragung der Gefahr und für den Entschluß, den Vertrag überhaupt und zu den angegebenen Bedingungen zu schließen, von Erheblichkeit sind. Die Versicherung ist daher bedingungsgemäß unverbindlich.

§ 130. Haftung für Dritte (s. im übrigen zu § 6 VI u. § 61). 1. Verhältnis von § 130 zu § 61. **RG. 71** 171, JW. **10** 34, LeipzZ. **10** 140, R. **10** Nr. 219, VAPV. **10** Anh. 41. Nach den in Frage kommenden Kaskoversicherungsbedingungen (und dem hiermit übereinstimmenden § 130 VVG.) haftet der Versicherer für Schäden, die — ohne daß den Versicherungsnehmer aus anderen Gründen Vorsatz oder Fahrlässigkeit trifft — von der Schiffsmannschaft herbeigeführt werden. Der Versicherer haftet im selben Umfang auch für Schäden, die der Schiffer des Versicherungsnehmers verschuldet, sofern es sich um sein Verhalten als nautischer Dirigent und nicht um das als geschäftlicher Vertreter des Schiffseigners handelt. In letzterer Hinsicht muß der Versicherungsnehmer nach § 61 VVG. das Verschulden des Schiffers vertreten. Ist er selbst Schiffsführer, so haftet er nach § 130 Satz 2 VVG. für Verschulden in der nautischen Leitung nur, wenn ihm Böslichkeit zur Last fällt. Im übrigen aber gilt wieder § 61 VVG. Zur nautischen Leitung gehört alles, was er bei oder während der Fahrt zu deren Beendigung an nautischen Maßregeln zu beschließen und selbst oder durch seine Leute auszuführen hat. Zu den Administrationshandlungen ist alles zu rechnen, was außer der eigentlichen Fahrt für den Zweck der Transportunternehmung zu leisten ist, und hierzu gehört in der Regel auch die Ausrüstung des Schiffes und die Verstauung der Ladung im Abgangshafen. Wohl aber ist es eine Verletzung der nautischen Leitung, wenn der Versicherungsnehmer beim Entlöschen der Ladung im Bestimmungshafen und bei dem hierbei erfolgten Anlaufen verschiedener Liegeplätze ohne Umstauung zu einem weiteren Liegeplatze fährt und infolge der teilweisen Entladung hierbei das Schiff durchbricht.

2. **RG.** LeipzZ. **11** 867. Bedingungsgemäßer Ausschluß der Haftung für einen Schaden, der durch ungenügende Auswahl der Bemannung des Schiffes entstanden ist.

3. PraxPrV. **3** 179 (Hamburg). Nimmt der Transportvertrag auf Verfrachtungsbedingungen von Schiffahrtsgesellschaften Bezug, die eine Freizeichnung für etwaiges Verschulden ihrer Angestellten enthalten, so ist auch der Transportunternehmer von dieser Haftung frei. Ebenso aber untersteht der Trans-

portversicherungsvertrag, der sich auf das fragliche Gut bezieht, jenen Abreden. Der Versicherer kann daher nicht einwenden, daß der Schaden durch ein Verschulden der Angestellten des Transportunternehmers entstanden sei.

§ 131. Vgl. JDR. 8 1102.

§ 132. Vgl. JDR. 8 1102.

§ 133. Vgl. JDR. 8 1103.

§ 134. (Vgl. JDR. 8 1103.) I. **RG.** LeipzZ. **10** 785. Wenn die auf die Police gedruckten Versicherungsbedingungen bestimmen, daß nur für Fluß-, nicht für Seefahrten Versicherung gegeben wird, andererseits aber schließlich auf der Police als versichert bezeichnet ist „die Reise von Duisburg nach Harburg durch die Zuidersee", so muß der Versicherer auch für die in jener Reise enthaltene teilweise Seefahrt haften.

II. SpeduSchiffZ. **10** 230 (Gutachten der Handelskammer Berlin). Bei Transportversicherung mit durchgehendem Risiko (Eisenbahn-, Binnenschiffahrts- und Seeversicherung) ist es handelsüblich, daß die Versicherer im allgemeinen alle Schäden ersetzen, die an den versicherten Waren tatsächlich festgestellt werden, und daß sie vom Versicherungsnehmer nicht den schwierigen und bisweilen unmöglichen Beweis verlangen, daß diese Schäden auf einen mitversicherten Unfall zurückzuführen sind.

§ 140. Cosack, Zu § 140 VVG., ZVersWiss. **11** 341 ff. § 140 Abs. 3 VVG. sagt seinem Wortlaute nach nicht dasselbe wie § 875 HGB. Es liegt ein Redaktionsfehler vor. Trotzdem ist § 140 VVG. in Anlehnung an § 875 HGB. auszulegen, da er offenbar dasselbe sagen wollte. Es ist also die Versicherungsleistung so zu berechnen, daß man eine Gleichung dahin bildet: Versicherungsleistung

$$= \frac{\text{Wert im unbeschäd. Zust. am Bestimmungsorte} - \text{Wert im beschäd. Zust.}}{\text{Wert im unbeschädigten Zustande am Bestimmungsorte}} \times \text{Versicherungswert.}$$

§ 144. HansGZ. **10** Hptbl. 21 ff. (Hamburg). Haftung des Versicherers für eine gegen alle Gefahren versicherte Motorbarkasse, die gestohlen war, dann strandete und von Dieben zum Teil beschädigt wurde. Der Versicherer muß den Schaden zahlen, der durch die Bergungskosten und insoweit entstanden ist, als die Diebe Maschinenteile ins Wasser versenkt haben. Ein Strandungsfall, der die Haftung des Versicherers bedingungsgemäß ausschließen würde, liegt hier nicht vor, weil hier die Strandung nicht als Unfall, sondern als schadenverringernder Zufall anzusehen ist, der die Wiedererlangung der Barkasse ermöglichte.

Sechster Titel. Haftpflichtversicherung.

Vorbemerkung zu § 149—158: Die Haftpflichtversicherung hat wiederum zu vielerlei Bearbeitungen Anlaß gegeben. Insbesondere geht der Streit über ihren Begriff noch weiter und ebenso der über das durch § 157 geregelte Absonderungsrecht. Über § 157 VVG. liegen weitere wertvolle Arbeiten vor, insbesondere von Kirchberger (s. schon zu § 13), Flechtheim, Meuret und Josef (s. zu § 157).

Literatur zu § 149 ff.: Behrend, Pfändung des Haftpflichtversicherungsanspruchs, DJZ. **11** 1441. — Brecher, Zur gesetzlichen Regelung des Unfall- und Haftpflichtversicherungsantrags, AssekJahrb. **32** 27 ff. — Dietrich, Soziale Entwickelungsmomente in der Versicherung gegen Haftpflicht aus Körperverletzung und Sachbeschädigung, Stuttgart 1911. — Kirchberger, Die Rechtsnatur des Anspruchs aus der Haftpflichtversicherung und das Absonderungsrecht nach § 157 VVG., LeipzZ. **10** 508 ff., 577 ff. — Marcus, Schadensverteilung im Falle des Zusammentreffens von Haftpflicht- und sonstiger Schadensversicherung. Diss., Heidelberg 1908. — Mahr, Die Rechtsschutzfunktion der Haftpflichtversicherung im Lichte des VVG., ZVersWes. **11** 630 ff. — Sammlung von Versicherungsbedingungen deutscher Versicherungsanstalten. IV. Teil. (Unfall, Haftpflicht). 1911. — Schneider, Die Lüge im Zivilprozesse (Haftpflichtversicherung), LeipZ. **10** 392. — Schwartz, Anspruchsverjährung und Anschlußversicherung in der Haftpflichtversicherung, LeipzZ. **10** 208. — Derselbe, Inwieweit berührt die Haft-

pflicht des Unternehmers nach §§ 633, 635 BGB. die Versicherungsgesellschaft, bei der er gegen Haftpflicht versichert ist? LeipzZ. **11** 445. — Serini, Ein Streifzug durch die Haftpflichtversicherung der Vereinigten Staaten, ZVersWiss. **10** 31 ff. — Derselbe, Das Risiko der Großschäden bei der Haftpflichtversicherung, AssekJahrb. **32** II, 140 ff. — Unfried, Die Normativbedingungen in den Haftpflichtversicherungen und das VVG., ZVersWiss. **11** 481 ff.

Vor §§ 149 ff. (Vgl. JDR. 8 1103.) I. Serini, Ein Streifzug durch die Haftpflichtversicherung der Vereinigten Staaten, ZVersWiss. **10** 31 ff. Verf. schildert in eingehender Weise die Entwickelung und Organisation der amerikanischen Haftpflichtversicherung sowie die Leistungen der Versicherten und der Versicherer und kommt zu dem Schlusse, daß die amerikanische Haftpflichtversicherung der deutschen nicht überlegen ist.

II. VAPV. **11** Anh. 60 (BayObLG.). Auf die Erben des Haftpflichtversicherten gehen kraft Gesetzes mindestens diejenigen Ansprüche gegen den Versicherer über, die durch einen bei Lebzeiten des Versicherten erfolgten Haftpflichtfall entstanden und die dadurch fällig geworden sind, daß der Verletzte die ihm zustehenden Entschädigungsansprüche bei Lebzeiten des Versicherten geltend machte. Gleichgültig ist es, daß später aus dem gleichen Unfalle sich noch weitere Schäden ergeben oder daß der Verletzte von vornherein nur einen Teil der Schäden geltend gemacht hat.

III. **RG.** R. **10** Nr. 1741. Bei Bemessung der Höhe des Schmerzensgeldes darf eine Haftpflichtversicherung des Schadensstifters nicht berücksichtigt werden.

IV. Die neuen Normativbedingungen für Haftpflichtversicherung in dem Entwurfe samt den vom APV. verlangten Zusätzen und Änderungen sind abgedruckt in VAPV. **10** 209 ff. (Haftpflichtversicherung politischer Gemeinden), 244 ff. (Automobilhaftpflicht).

§ 149. (Vgl. JDR. 8 1103.) I. Begriff und Umfang der Haftpflichtversicherung (vgl. JDR. 8 1103). 1. Mahr, Die Rechtsschutzfunktion der Haftpflichtversicherung im Lichte des VVG., ZVersWes. **11** 630 ff. Die Haftpflichtversicherung ist eine reine Schadensversicherung im Sinne des 2. Abschnitts des VVG. Dem steht nicht entgegen, daß bei der Haftpflichtversicherung die Aufgabe der Schadensabwendung im Sinne von § 62 VVG. als gleichgeordnete Funktion neben die Schadensersatzleistung tritt. Die Eigenart der Haftpflichtversicherung läßt es vollauf begründet erscheinen, dem im § 150 wiederholten allgemeinen Gedanken des § 62 VVG. mit Begrenzung auf die Haftpflichtversicherung zwingende Gesetzeskraft zuzuschreiben.

2. **RG.** VII. 20. 1. 11, VAPV. **11** Anh. 62, SeuffA. **66** 403, LeipzZ. **11** 462. Die Haftpflichtversicherung setzt begrifflich mehr oder minder wahrscheinlich eintretende Schädigungen voraus. Sie ist aber nicht dazu bestimmt, sicher bevorstehende unausbleibliche Schäden auszugleichen (z. B. Schäden der einem Bleiwerke benachbarten Äcker und Gärten durch schädliche Dämpfe). Möglich ist es, sich vertraglich auch gegen Schäden der letzteren Art zu schützen. Ein solcher Vertrag ist dann aber ein besonders gearteter Vertrag, kein Haftpflichtversicherungsvertrag. — Wegen des Schadensumfanges: s. zu § 151 VI 1.

3. MittöffFeuerversAnst. **11** 310 (KG.). Ist in Verbindung mit einem Versicherungsvertrag über Wasserleitungsschäden auch die Übernahme von Reparaturen an Gas- und Wasserleitungen vereinbart, so ist damit die Versicherung auf alle bei der Vornahme jener Reparaturen entstehende Schäden und Schadensersatzansprüche Dritter ausgedehnt, sofern nicht eine Begrenzung der Risikoübernahme unzweideutig in den Vertragsbestimmungen zum Ausdrucke gelangt ist. Zu den zu ersetzenden Kosten gehören auch die Kosten eines von einem Dritten gegen den Versicherungsnehmer wegen jener Schadensersatzansprüche angestrengten Prozesses.

4. Über den sog. Schutz durch mittelbare Versicherung (Zusammentreffen von Sachversicherung und Haftpflichtversicherung) s. zu § 74 (Flechtheim, Moldenhauer).

5. LeipzZ. **10** 636, VAPV. **10** Anh. 33 (Colmar). Wenn der Haftpflichtversicherte dem Verletzten sowohl aus Vertrag wie auf Grund Gesetzes haftet (Tierhalter), so besteht ein Versicherungsanspruch auch dann, wenn die Versicherung für Haftung aus Vertrag bedingungsgemäß ausgeschlossen ist.

6. Wegen der Bedeutung der nachträglichen Verschärfung der gesetzlichen Haftpflicht auf eine früher geschlossene Haftpflichtversicherung s. zu § 27.

7. Über Zusammentreffen von Kasko- und Haftpflichtversicherung s. zu § 59.

8. Wegen der Haftpflichtversicherung geschäftlicher und gewerblicher Betriebe s. zu § 151.

9. Wegen der gesetzlichen Haftpflicht s. auch zu § 151 Abschn. 1 unter IV 3.

10. Wegen des Schadensumfanges: s. zu § 151 VI 1.

II. Die Rechtsnatur des Haftpflichtversicherungsanspruchs (vgl. JDR. **8** 1134). 1. Über die verschiedenen Arten der aus der Haftpflichtversicherung entspringenden Ansprüche s. zu § 154 unter 1 (Schwartz).

2. Über die Frage, ob der Haftpflichtversicherungsanspruch Befreiungs- oder Leistungsanspruch ist, vgl. außer den folgenden auch zu § 157 (Meuret und Flechtheim).

3. Kirchberger, Die Rechtsnatur des Anspruchs aus der Haftpflichtversicherung und das Absonderungsrecht nach § 157 VVG., LeipzZ. **10** 508 ff., 577 ff. Der Haftpflichtversicherungsanspruch ist an sich nach dem Gesetze Zahlungsanspruch und er ist nur dann Befreiungsanspruch, wenn der Versicherungsvertrag ihn als solchen charakterisiert. Eine Scheidung danach, ob der Versicherungsnehmer an den Dritten gezahlt oder ob er noch nicht gezahlt hat, ist unmöglich. Als Zahlungsanspruch ist er der freien Verfügung des Versicherungsnehmers unterworfen. Ebenso der Pfändung, und zwar auch seitens anderer Gläubiger dem Haftpflichtgläubiger. Er fällt im Konkursfall in die Masse. Dieselben Folgerungen ergeben sich aber auch dann, wenn der Versicherungsanspruch als Befreiungsanspruch auftritt oder als solcher zu behandeln wäre. Im Falle der Abtretung oder Pfändung erlischt zwar dadurch, daß der Versicherer an den Haftpflichtgläubiger, den Verletzten, zahlt, die Forderung des Versicherungsnehmers. Hatte aber der Versicherungsnehmer dieser Zahlung widersprochen, so durfte der Versicherer nicht zahlen und er machte sich durch Nichtbefolgung des Widerspruchs schadensersatzpflichtig gegenüber dem Versicherungsnehmer.

4. Kirchberger, Der Einfluß des Konkurses auf schwebende Versicherungsverhältnisse unter Ausschluß der Lebensversicherung, GoldschmidtsZ. **68** 147 ff. Der Haftpflichtversicherungsanspruch ist kein Befreiungsanspruch, hat vielmehr die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstande. Als Zahlungsanspruch ist die Versicherungsforderung frei verfügbar, insbesondere der Pfändung, Verpfändung und Abtretung unterworfen. Er gehört zur Konkursmasse des Versicherten unter der Voraussetzung, daß die Prämie vorausbezahlt ist, jedoch unabhängig davon, ob der Versicherungsfall vor oder nach Eintritt der Konkurseröffnung zur Entstehung gelangt ist.

5. Behrend, Pfändung des Haftpflichtversicherungsanspruchs, DJZ. **11** 1441. Der Anspruch des Versicherten aus der Haftpflichtversicherung ist nach jetzigem Rechte kein Befreiungsanspruch, sondern ein Anspruch auf Leistung, und zwar auf Leistung an den Versicherungsnehmer oder (nach Wahl des Ver-

sicherers) an den geschädigten Dritten. Pfändung des Anspruchs auf Leistung an den Versicherungsnehmer ist zulässig, wennschon nicht ganz korrekt. Die Gefahr, daß die Entschädigung durch die Pfändung unbeteiligten dritten Personen zukommt und dem Geschädigten entgeht, kann der Versicherer abwenden, indem er sich auf sein Recht, an den Geschädigten direkt leisten zu können, beruft.

6. Francke, Die rechtliche Stellung des Dritten bei der Haftpflichtversicherung nach VVG., LeipzZ. **10** 675 ff. Verf. bespricht die Wirkung der §§ 62, 150 156 VVG. auf die rechtliche und wirtschaftliche Stellung des Dritten. Er hält den Haftpflichtversicherungsanspruch für frei aufrechenbar, abtretbar, verpfändbar und pfändbar. Im Verhältnisse zu dieser Regelung, die dem Dritten kein unmittelbares Recht am Versicherungsanspruche gewähre, stelle § 157 VVG. für den Konkursfall eine Inkongruenz dar.

7. Vgl. wegen der Rechtsnatur des Haftpflichtversicherungsanspruchs auch oben zu § 149 I 1 sowie ferner zu § 157 I.

§ 150. (Vgl. JDR. **8** 1105.) I. Schneider, Die Lüge im Zivilprozesse (Haftpflichtversicherung), LeipzZ. **10** 392, bespricht einen Fall, in dem ohne Wissen des Haftpflichtversicherten von dem Versicherer, der den Prozeß führte, kraft seines „Dispositionsrechts" unwahre Behauptungen aufgestellt waren.

II. Wegen der rechtlichen Beurteilung der vom Versicherer mit dem verletzten Dritten geführten Verhandlungen s. zu § 156.

III. Wegen der Frage, ob in der Übernahme der Prozeßführung das Anerkenntnis der Entschädigungspflicht liegt, s. oben zu § 11.

IV. Wegen der Erstattbarkeit von Schriftsatzabschriften, die für die Versicherungsgesellschaft geliefert sind, von der der Prozeß betrieben wird, s. vor §§ 1 ff.

§ 151. Abs. 1. Haftpflichtversicherung geschäftlicher Betriebe nach Art und Umfang (vgl. JDR. **8** 1106). I. Grundstücksbesitzer. **RG.** R. **10** Nr. 3101. Wer in seiner Eigenschaft „als Besitzer eines Grundstücks" haftpflichtversichert ist, ist nicht auch für Haftpflichtfälle versichert, die sich aus den besonderen Gefahren einer von ihm in jenem Grundstücke betriebenen Gastwirtschaft ergeben (Sturz eines Gastes von der Bühnentreppe).

II. Geschäftsinhaber. 1. OLG. **22** 89, R. **11** Nr. 891 (Cassel). Die Haftpflichtversicherung, die sich auf die zum Geschäftsbetriebe des Versicherten gehörigen Räume bezieht, erstreckt sich nicht auf Unfälle, die durch den das Grundstück umfriedigenden Stacheldraht entstehen.

2. VAPV. **10** Anh. 66 (KG.). Die Haftpflichtversicherung eines Eisenwarenhändlers umfaßt auch den Handel mit Waffen, der besonders in Mittel- und Kleinstädten mit zum Betriebe des Eisenwarenhandels gehört. Die Haftung aus Verletzungen gelegentlich des Verkaufs von Schußwaffen und ihrer Vorführung ist also mitversichert.

III. Tierhalter. 1. VAPV. **11** Anh. 33 (Colmar). Wenn der Versicherungsnehmer sich vertragsmäßig verpflichtet hatte, einen Arzt gegen Entgelt auf dessen Wagen, aber mit eigenen Pferden auf die Landpraxis zu fahren, so haftet der Versicherer für Beschädigungen des Wagens infolge von Unfällen. Denn es handelt sich bei dem Wagen nicht um dem Versicherten „zur . . . Aufbewahrung, Miete, Pflege, Bearbeitung, Reparatur, Beförderung oder leihweise übergebenen Sachen", die bedingungsgemäß von der Versicherung ausgeschlossen sind.

2. VAPV. **11** Anh. 32 (KG.). Wenn bedingungsgemäß die Haftpflicht für Beschädigungen von solchen Sachen ausgeschlossen ist, die . . . dem Versicherungsnehmer zur Aufbewahrung . . ., miet- oder leihweisen Benutzung oder Beförderung . . .

übergeben sind . . ., so fallen hierunter doch nicht schlechthin alle Sachen dritter Personen, bei denen für den Versicherten eine Haftpflicht aus einem Vertrag entstehen könnte. Vielmehr sind nur bestimmte Einzelfälle ausgeschieden. Nicht fällt es unter diese Sonderfälle, wenn der Versicherungsnehmer fremde Pferde gegen Entgelt in seine Koppel zur Weide aufnimmt und eines beim Weiden in ein nicht eingefriedigtes Torfmoor sinkt. Der Versicherer haftet.

3. Wegen der Einstellung von Pferden über die bedingungsgemäß versicherte Zahl hinaus s. oben zu § 23.

4. Vgl. auch zu § 149 I 5.

IV. Werkunternehmer (Architekten). 1. Schwartz, Inwieweit berührt die Haftpflicht des Unternehmers nach §§ 633, 635 BGB. die Versicherungsgesellschaft, bei der er gegen Haftpflicht versichert ist? LeipzZ. **11** 445. Verf. wendet sich gegen das Urteil des OLG. Cöln vom 10. Januar 1910 (s. unten) und kommt zu dem Ergebnisse: Die Haftpflicht des Unternehmers dem Besteller gegenüber nach §§ 633, 635 BGB. berührt den Versicherer nur insoweit, als es sich nicht um die Kosten der reinen Vertragserfüllung und der Leistungen handelt, die als Erfüllungssurrogat an ihre Stelle treten. Dann gelangt man im einzelnen Falle dazu, die Ansprüche, soweit sie sich auf die Reparaturkosten sowie auf die für Anschaffung eines neuen Werkes nötigen Aufwendungen erstrecken, abzuweisen und nur die anderen zuzubilligen. Damit zerlegt man den Schadensersatz wegen Nichterfüllung in zwei Bestandteile. Diese Trennung ist aber für das Rechtsverhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer nötig, während sie für das Rechtsverhältnis zwischen Unternehmer und Besteller nicht nötig ist.

2. **RG.** VAPV. **11** Anh. 29 f., JW. **11** 332, LeipzZ. **11** 642, R. **11** Nr. 1418, 1419. Zwar nicht die Erfüllung eines Vertrags, wohl aber die Haftung wegen fehlerhafter Vertragserfüllung kann Gegenstand der Haftpflichtversicherung sein. Demgemäß ist Haftpflichtversicherung eines Architekten gegen Haftung aus Schäden an fremdem Eigentume zulässig, die infolge von Konstruktionsfehlern bei der übernommenen Bauausführung eintreten. Die Haftung des Versicherers besteht, wenn die Schäden nach Beginn der Versicherung zutage treten. Es ist der Eintritt der Schadensfolgen maßgebend, nicht die Zeit der Setzung der Schadensursachen. Diese kann vor Abschluß und vor Beginn der Versicherung liegen.

3. LeipzZ. **10** 792, R. **10** Nr. 3836, VAPV. **10** Anh. 68 (Cöln). Der Haftpflichtversicherer haftet für die dem versicherten Architekten infolge falscher Konstruktionszeichnungen erwachsenen Schäden, soweit nicht der Versicherte — da die Versicherung nicht zur Bereicherung führen soll — mit den ihm obliegenden Erneuerungsarbeiten lediglich das nachholen würde, was er bei Vertragserfüllung erspart hat. Die Versicherung besagte, daß auch diejenige gesetzliche Haftpflicht gedeckt sei, die dem Versicherten erwachsen kann, wenn bei Bauausführung durch Konstruktionsfehler in den von ihm gelieferten Zeichnungen fremdes Eigentum beschädigt wurde, insbesondere ein Umbau oder Erneuerung einzelner Teile notwendig geworden ist. „Gesetzliche Haftpflicht" will nur besagen, daß der Versicherer für eine durch Vertrag über das Dispositivgesetz hinaus erweiterte Haftpflicht nicht eintreten will. Da die Haftpflichtversicherung möglichst weit und im Zweifel gegen die die Bedingungen abfassende Gesellschaft auszulegen ist, so haftet der Versicherer auch dann, wenn die Zeichnungen und der Bau schon vor dem Beginne der Versicherung fertiggestellt waren.

V. Fürsorgehaftpflicht der Arbeitgeber. 1. VAPV. **11** Anh. 107 (Marienwerder). Fall einer Fürsorge-Haftpflichtversiche-

rung des Arbeitgebers gegen Ansprüche aus § 12 Abs. 2 GewUVG. (ständiger oder nichtständiger Arbeiter?).

2. Über die Versicherung der Arbeitgeber gegen ihre Fürsorgepflicht für ihre erkrankten Angestellten vgl. ferner noch VAPV. **11** 99 ff. (s. auch VAPV. **09** 180 ff.).

VI. Rechtsanwälte und Notare. 1. **RG.** VAPV. **11** Anh. 109. Wenn der Haftpflichtversicherungsnehmer (Rechtsanwalt) dem Vermächtnisbedachten den Schaden zu ersetzen hat, der diesem durch die infolge der Ungültigkeit des Vermächtnisses gegebene Herausgabepflicht erwächst, so liegt keine Minderung des Schadens, sondern eine Schenkung an den Haftpflichtversicherungsnehmer vor, wenn der Erbe, der die Herausgabe des Vermächtnisses fordert, dem Versicherungsnehmer, der den Vermächtnisbedachten von seiner Herausgabepflicht zu befreien hat, einen Teil des Schadens erläßt. Der Haftpflichtversicherer kann also nicht Anrechnung des erlassenen Betrags auf den Schaden verlangen, der von ihm zu 75 pCt., vom Versicherungsnehmer zu 25 pCt. zu tragen ist.

2. **RG.** JW. **10** 483, VAPV. **10** Anh. 70. Wenn die Haftpflichtversicherung eines Notars sich bedingungsgemäß auf Schadensersatzansprüche infolge fahrlässiger Verletzung der Amts- und Berufspflicht beschränkt, so sind damit alle Fälle ausgeschlossen, in denen eine vorsätzliche Pflichtverletzung gegeben ist, mag immerhin eine vorsätzliche Schadenszufügung nicht vorliegen. Unerheblich ist es, daß die Bedingungen an anderer Stelle sagten, daß Ansprüche wegen Schäden, die vorsätzlich vom Versicherungsnehmer verursacht sind, ausgeschlossen seien.

3. **RG.** ElsLothNotZ. **11** 165. Vorsätzliche Schadensverursachung seitens des Notars liegt vor, wenn dieser es unterläßt, bei der Beurkundung des Tausches die ihm bekannte, von den Beteiligten aber nicht erwähnte Hypothek anzugeben (vgl. auch ElsLothNotZ. **11** 102, 164: LG. Straßburg und OLG. Colmar).

Abs. 2. Betriebsveräußerung (vgl. JDR. 8 1108 unter III). VAPV. **11** Anh. 59 (LG. Graudenz). Für die Haftpflichtversicherung wie für jede Schadensversicherung gilt, soweit preußisches Recht in Frage kommt, § 2163 II. 8 ALR. Er ist nicht auf die Feuerversicherung (vgl. oben zu § 69) beschränkt (aM. ROHG. **5** 4).

§ 152. (Vgl. JDR. 8 1109). I. Wegen der Haftung für Verschulden Dritter vgl. zu § 61 und das zu § 6 VI Gesagte.

II. Wegen der Frage, wann ein vorsätzliches Handeln des betreffenden haftpflichtversicherten Notars vorliegt, s. zu § 151.

§ 153. (Vgl. JDR. 8 1109). Über die Möglichkeit des Ausschlusses von Schadensfällen, die später als ein Jahr nach Beendigung des Versicherungsverhältnisses angezeigt werden, s. zu § 154.

§ 154. Beginn der Klage- und Verjährungsfristen in der Haftpflichtversicherung. 1. Schwartz, Anspruchsverjährung und Anschlußversicherung in der Haftpflichtversicherung, LeipzZ. **10** 208 ff. Unrichtig sind die Ausführungen „über die zwei neuen Bedingungen des Haftpflichtsyndikats“ in der DVersZ. **09** Nr. 9. — Die Bestimmung des § 9 Abs. 4 der neuen Bedingungen ist gültig. Denn der Versicherer kann die Haftung für solche Versicherungsfälle, die später als ein Jahr nach Beendigung des Versicherungsverhältnisses angezeigt werden, ausschließen. Das besagt die Begründung zu § 149 VVG., der eben nicht zwingendes Recht ist. Eine Verkürzung der Verjährungsfrist liegt darin nicht. Also kann der Versicherer seine Haftung für solche Fälle auch davon abhängig machen, daß Anschlußversicherung genommen wird (Abs. 5 von § 9 der neuen Bedingungen). Bei der Versicherung beginnt die Verjährung nicht — wie jener Artikel annimmt — mit dem Schlusse des Jahres, in dem der Schaden sich ereignet, sondern mit dem

Schlusse desjenigen Jahres, in welchem die Leistung verlangt werden kann (§ 12 VVG.). Bei der Haftpflichtversicherung beginnt also die Verjährung des Anspruchs auf Abwehr unbegründeter Forderungen Dritter mit dem Schlusse des Jahres, in dem die Forderungen erhoben werden. Der Anspruch auf Befriedigung begründeter Forderungen Dritter aber entsteht mit dem Ablaufe von zwei Wochen von dem Zeitpunkt, in welchem der Versicherungsnehmer den Dritten befriedigt oder der Anspruch des Dritten durch rechtskräftiges Urteil, Anerkenntnis oder Vergleich festgestellt ist (§ 154 Abs. 1 VVG.). Die Verjährung des Zahlungsanspruchs beginnt also erst mit dem Schlusse des Jahres, in dem diese zwei Wochen abgelaufen sind.

2. R. **10** Nr. 3670 (Hamburg). Die Klage- und Verjährungsfristen bei der Haftpflichtversicherung beginnen, wenn der Versicherte seine Haftung für den Unfall bestreitet, nicht mit dem Unfall und nicht mit der Klage des Verletzten, sondern erst mit der gerichtlichen Feststellung der Haftung des Versicherten gegenüber dem Verletzten.

3. Über den Beginn der Verjährung des Haftpflichtversicherungsanspruchs s. auch zu § 12 Abs. 1.

§ 156. (Vgl. JDR. 8 1109.) I. PraxPrV. **3** 193 (LG. und OLG. Stuttgart). Wenn der Versicherer, an den der Haftpflichtversicherte den Verletzten verwiesen hat, dem Verletzten gegenüber seine Entschädigungspflicht anerkennt und Zahlungen an ihn leistet, so handelt der Versicherer doch nicht in der Absicht, sich selbst dem Verletzten gegenüber zu verpflichten und eine ihm dem Verletzten gegenüber obliegende eigene Schuld zu tilgen. Vielmehr hat der Verletzte immer nur Ansprüche an den Versicherten und die Zahlungen sind zur Erfüllung der Schuld des Versicherten geleistet.

II. PraxPrV. **3** 197 (LG. Stuttgart). Unterbreitet die Haftpflichtversicherungsgesellschaft dem Verletzten einen Vergleichsvorschlag, so ist zu vermuten, daß dies nur im Namen des Versicherten geschieht.

III. Wegen des Rechtes des Versicherers, an den Dritten zu zahlen, und wegen des Einflusses eines Widerspruchs des Versicherten vgl. oben zu § 149 II 3 aE., sowie unten zu § 157 I 3 c.

§ 157. (Vgl. JDR. **8** 1110.) Literatur: Berthold, Die Rückwirkung des § 157 VVG. auf die vor dem 1. Januar 1910 eröffneten Konkurse, LeipzZ. **11** 922. — Derselbe, Der Einfluß des rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleichs auf das Absonderungsrecht des § 157 VVG. LeipzZ. **11** 451. — Flechtheim, Die Rechtsstellung des Dritten zur Haftpflichtversicherung, LeipzZ. **10** 896 ff. — Francke, Die rechtliche Stellung des Dritten bei der Haftpflichtversicherung nach VVG., LeipzZ. **10** 675 ff. — Josef, Streitfragen über das Absonderungsrecht des Haftpflichtgläubigers im Konkurse des Versicherungsunternehmers, ÖsterrVersZ. **10** 312 ff. — Kirchberger, Die Rechtsnatur des Anspruchs aus der Haftpflichtversicherung und das Absonderungsrecht nach § 157 VVG., LeipzZ. **10** 508 ff., 577 ff. — Meuret, Das Absonderungsrecht des Haftpflichtgläubigers im Konkurse des Versicherungsnehmers, LeipzZ. **10** 63 ff. — Kirchberger, Der Einfluß des Konkurses auf schwebende Versicherungsverhältnisse unter Ausschluß der Lebensversicherung, GoldschmZ. **68** 147 ff. (Leipziger Preisarbeit, s. o. zu § 13).

I. Natur und Umfang des Absonderungsrechts des Haftpflichtgläubigers (vgl. JDR. **8** 1110). 1. Flechtheim, Die Rechtsstellung des Dritten zur Haftpflichtversicherung, LeipzZ. **10** 896 ff. Verf. verteidigt (vgl. JDR. 8 1110) gegen seine Gegner (Meuret, Seuffert, Josef, Kirchberger) seine frühere Meinung, die er dahin präzisiert: 1. Die Haftpflichtversicherungsforderung kann von dem Versicherungsnehmer weder an einen Fremden abgetreten, noch verpfändet, noch auch von einem Fremden gegen ihn gepfändet werden. 2. Dagegen kann sie an den verletzten „Dritten" abgetreten, auch von ihm gepfändet und nach erfolgter

Überweisung eingezogen werden. 3. Der Dritte ist dagegen nicht geschützt gegen sonstige Verfügungen des Versicherungsnehmers, insbesondere gegen ihm nachteilige Rechtsgeschäfte, wie Zahlung, Vergleich, Verzicht. 4. Die Rechtslage des Dritten erfährt durch die positive Vorschrift des § 157 VVG. eine erhebliche Stärkung, insofern nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Versicherungsnehmers auch solche Verfügungen nicht mehr zum Nachteile des Dritten möglich sind, die Forderung vielmehr ausschließlich zu seiner Befriedigung reserviert bleibt. Der Dritte kann diese bevorzugte Stellung durch eine während des Konkurses vorzunehmende Pfändung der Versicherungsforderung zu einem vollwirksamen Pfandrechte gestalten und dadurch auch über den Konkurs hinaus wirksam erhalten. — Dem Eingehen auf die Angriffe seiner Gegner im einzelnen stellt Verf. den Hinweis voraus, daß die Haftpflichtversicherung nicht lediglich den egoistischen Interessen des Haftpflichtversicherungsnehmers dient. Jede Versicherung hat neben ihren egoistischen Zwecken auch eine große soziale Bedeutung. Die Haftpflichtversicherung ist nicht Geschäft, das der Versicherungsnehmer seines Erwerbes wegen abschließt, um sein Vermögen oder um eventuell das Vermögen seiner Gläubiger zu vergrößern. Ein billig denkender Mann wird die Versicherung nehmen, um den Schaden heilen zu können, nicht aus egoistischen Gründen. Diese Erwägungen sprechen gegen die freie Verfügung des Versicherungsnehmers und seiner Gläubiger über die Versicherungsforderung. Hierzu kommt die Gefahr, daß bei anderer Auffassung der Versicherungsnehmer gerade ein Interesse an Herbeiführung eines Versicherungsfalls haben könnte, um die Versicherungsforderung seinen Verwandten und Freunden zugute kommen zu lassen. Dem Interesse der Befriedigung der sonstigen Gläubiger des Versicherungsnehmers ist voranzustellen das Interesse des verletzten Dritten. Es ist das nähere und schutzwürdigere. — Verf. verteidigt auch eingehend seine Meinung, daß der Haftpflichtversicherungsanspruch bis zu der Befriedigung des Dritten seitens des Versicherungsnehmers nur ein Befreiungsanspruch ist. — Aufrechnung ist ihm gegenüber nicht zulässig. Wohl aber kann der Versicherer wegen seiner Prämienforderungen das Zurückbehaltungsrecht geltend machen. — Verf. weist endlich darauf hin, daß auch Kohler (bei Dernburg, Bürgerl. Recht II 509) zu fast den gleichen Ergebnissen kommt wie er selbst.

2. Meuret, Das Absonderungsrecht des Haftpflichtgläubigers im Konkurse des Versicherungsnehmers (§ 157 VVG.), LeipzZ. **10** 63 ff. (vgl. JDR. **8** 1110). a) Der Anspruch des Versicherungsnehmers gegen den Haftpflichtversicherer ist pfändbar, und zwar nicht bloß zugunsten des Haftpflichtgläubigers. Der Haftpflichtgläubiger, der im Konkurse des Versicherungsnehmers die Rechte aus § 157 VVG. geltend macht, muß damit rechnen, daß ihm andere auf Grund einer Pfändung, Abtretung oder Verpfändung vorgehen (ebenso die Kommentare; ferner Seuffert, LeipzZ. **09** 106, Josef, JheringsJ. **56** 159 ff.; aM. Flechtheim, LeipzZ. **08** 801 ff.). Der Haftpflichtversicherungsanspruch kann Befreiungsanspruch sein, weil §§ 149, 156 VVG. dispositiv sind und weil ältere Verträge dieser Art in Kraft bleiben. Im Übrigen aber ist er Zahlungsanspruch. Der Versicherer hat zur Konkursmasse des Versicherungsnehmers nur denjenigen Betrag zu zahlen, der dem Haftpflichtgläubiger als Dividende zukommt. Sonst könnte er geschädigt werden, weil der Haftpflichtgläubiger nach Beendigung des Konkurses sich wegen seiner ganzen Ansprüche (abgesehen vom Falle des Zwangsvergleichs) an den Versicherungsnehmer halten und dieser dann vom Versicherer Schadloshaltung fordern könnte. Dieses Ergebnis ist auch für den Haftpflichtgläubiger viel billiger und löst manche Schwierigkeiten, die bei anderer Beurteilung sich ergeben. b) Die Geltendmachung des

Absonderungsrechts würde verzögert werden, wenn der Haftpflichtgläubiger erst gegen den Konkursverwalter klagen und dann den Versicherungsanspruch pfänden müßte (so Flechtheim, LeipzZ. **08** 809, Josef, JheringsJ. **56** 172). Einfacher ist es, ein gesetzliches Pfandrecht anzunehmen oder eine analoge Regelung Platz greifen zu lassen (so Seuffert, LeipzZ. **09** 107). c) Das Absonderungsrecht erlischt mit dem Konkurse (aM. Josef, JheringsJ. **56** 176, Manes, Komm. z. VVG. 619). d) Was der Versicherer in die Masse zu zahlen hat, sagt nicht das Gesetz, sondern der Vertrag. Dieser bestimmt sehr oft, daß nur die dem Haftpflichtgläubiger gebührende Konkursdividende gezahlt wird. Schweigt er, so wird annehmbar in Anlehnung an das RG. immer mehr die Auffassung Platz greifen, daß der Versicherer nicht nur die Dividende, sondern die ganze Versicherungssumme in die Masse zu zahlen hat. e) An sich gilt § 157 VVG. auch im Konkurse des Versicherten bei der Versicherung zugunsten Dritter, nicht bloß zugunsten des Versicherungsnehmers (so Josef, JheringsJ. **56** 178; aM. Meuret, LeipzZ. **08** 911). Praktisch wird aber bei Haftpflichtversicherungen zugunsten Dritter meist kein Absonderungsrecht bestehen. f) § 157 VVG. gilt für die nach dem 1. Januar 1910 anhängig werdenden und für die am 1. Januar 1910 anhängigen Konkurse.

3. Josef, Streitfragen über das Absonderungsrecht des Haftpflichtgläubigers im Konkurse des Versicherungsunternehmers, ÖsterrVersZ. **10** 312 ff. a) § 17 der allgemeinen Versicherungsbedingungen, wonach vor erfolgter Feststellung des Haftpflichtanspruchs Versicherungsansprüche nur mit Genehmigung des Versicherers übertragen und verpfändet werden können, ist nur im Interesse des Versicherers gegeben, so daß dieser auch eine vor ersterem Zeitpunkt erfolgte Verfügung über den Entschädigungsanspruch als wirksam behandeln kann. Ist aber der Versicherungsnehmer, nachdem er über den Anspruch verfügt und bevor dies der Versicherer genehmigt hat, in Konkurs verfallen, so kann der Versicherer die Verfügung nicht mehr als wirksam behandeln; denn mit dem Zeitpunkte der Konkurseröffnung hat der Dritte ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus der Entschädigungsforderung erlangt, das ohne seine Zustimmung nicht mehr beseitigt werden kann. b) Nirgends deutet das Gesetz an, daß der Anspruch des Versicherungsnehmers bis zur Befriedigung des Dritten anders geeigenschaftet sei als nachher. Auch die allgemeinen Versicherungsbedingungen beruhen auf der Rechtsansicht der Versicherer, daß der Anspruch des Versicherungsnehmers schon vor erfolgter Befriedigung des Dritten auf eine Geldzahlung gehe; denn nur unter dieser Voraussetzung ist eine Abtretung dieses Anspruchs mit Genehmigung des Versicherers denkbar. c) § 156 VVG. vermutet, daß die Zahlung der Entschädigung seitens des Versicherers an den Dritten im Interesse des Versicherungsnehmers liege, und erteilt dem Versicherer daher ein Recht zur Zahlung an den Dritten. Dieses Recht des Versicherers kann also nicht durch bloßen Widerspruch des Versicherungsnehmers beseitigt werden. Ist aber der Widerspruch so beschaffen, daß der Versicherer ersehen muß, es liege im Interesse des Versicherungsnehmers, daß die Zahlung nicht an den Dritten erfolge, so ist der Versicherer, wenn er trotzdem an den Dritten zahlt, verpflichtet, den dem Versicherungsnehmer hieraus entstehenden, von diesem nachzuweisenden Schaden zu ersetzen. d) Da nach § 157 VVG. der Dritte im Konkurs abgesonderte Befriedigung aus der Entschädigungsforderung verlangen kann, so ist als Absicht des Gesetzes anzunehmen, daß der Dritte dieselben Schritte einzuschlagen hat wie jeder andere, der abgesonderte Befridigung im Konkurse verlangt, insbesondere wie der Gläubiger, dem eine Forderung des Gemeinschuldners verpfändet ist; wie dieser nach § 1282 BGB. seine fällige Forderung gegen den Gemeinschuldner auszuklagen hat, so gilt das auch vom Haftpflichtgläubiger; dieser kann also die Entschädigungsforderung direkt gegen den Versicherer ausklagen. Es steht aber nichts im Wege,

daß der Dritte auch gegen die Masse auf Feststellung seines Anspruchs klagt, wofern ihn der Konkursverwalter bestreitet. Denn der Dritte ist Gläubiger des Versicherungsnehmers, die Masse also passiv zu diesem Anspruche legitimiert. Von der Masse kann der Dritte auch nach § 1282 Abs. 1 Satz 2 BGB. die Abtretung des ihn gegen den Versicherer zustehenden Anspruchs verlangen. Das weitere Recht, das dem Dritten wie jedem Absonderungsberechtigten nach § 64 KO. zusteht, kommt hier nicht in Betracht, da es einen Verzicht auf das Absonderungsrecht oder seine Unzulänglichkeit voraussetzt. e) Wird das Konkursverfahren infolge der Zustimmung aller Konkursgläubiger oder infolge Unzulänglichkeit der Masse aufgehoben, so hat dies auf das Weiterbestehen des rechtsgültig erworbenen Absonderungsrechts keinen Einfluß. Denn das Konkursverfahren war hier rechtmäßig eingeleitet und § 157 VVG. besagt nicht, daß der Dritte lediglich im Konkurs abgesonderte Befriedigung verlangen könne, sondern (nach Sinn und Zweck des Gesetzes), daß durch die Konkurseröffnung der Dritte bezüglich der Entschädigungsforderung die rechtliche Stellung erlangt, die einem Absonderungsberechtigten zukommt. Da das Gesetz eine Beschränkung dieser Rechtsfolge auf die Dauer des Konkurses nicht vorschreibt, so verbleibt diese Rechtsstellung dem Dritten auch nach Beendigung des Konkurses. Wird das Konkursverfahren dagegen auf Beschwerde des Gemeinschuldners aufgehoben, also als ungerechtfertigt erklärt, so wird es mit rückwirkender Kraft aufgehoben, also gesetzlich beseitigt und das Absonderungsrecht des Dritten gilt hier folglich als gar nicht entstanden. f) Ist die nach der Konkurseröffnung fortdauernde Versicherung eine solche gegen Haftpflicht, die bei der Konkursverwaltung entstehen kann (z. B. bei dem vom Konkursverwalter fortgesetzten Fabrikbetriebe), so ist der Anspruch des Dritten nach § 59 Ziff. 1 KO. Masseschuld. Die Voraussetzung des § 157 VVG. — eine dem Versicherungsnehmer gegen den Gemeinschuldner zustehende Forderung — liegt also nicht vor und dem Dritten steht demnach ein Absonderungsrecht nicht zu. Ist dagegen die Versicherung genommen für die Haftpflicht aus persönlichen Handlungen des Gemeinschuldners (z. B. Jagd), so ist der Dritte, wenn der Versicherungsfall erst nach Konkurseröffnung eintritt, nicht Konkursgläubiger (§ 3 KO.) und folglich nicht absonderungsberechtigt.

4. Kirchberger, Rechtsnatur des Anspruchs aus der Haftpflichtversicherung und das Absonderungsrecht nach § 157 VVG., LeipzZ. **10** 577. Während das im § 61 VAG. geregelte Recht nur ein Vorzugsrecht ist, gewährt § 157 VVG. ein wirkliches Absonderungsrecht, und zwar ein ganz eigenartiges Absonderungsrecht und nur während der Dauer des Konkursverfahrens. Es muß dem Konkursverwalter gegenüber geltend gemacht werden. Erkennt der Verwalter es an, so bedarf es keiner Klage gegen ihn. Vielmehr ist der Dritte nun eben auf Grund des Absonderungsrechts schlechthin legitimiert, die Versicherungsforderung vom Versicherer zu fordern und zu empfangen. Einer Zuhilfenahme von Pfandrechtssätzen bedarf es nicht. Erkennt der Verwalter das Absonderungsrecht nicht an, so muß der Dritte gegen ihn auf Anerkennung des Absonderungsrechts klagen. Seine Legitimation ist dann mit dem Obsiegen gegeben. — Im Falle des Zwangsvergleichs kann der Dritte nur die Quote verlangen und nur wegen dieser Quote das Absonderungsrecht geltendmachen. — Unerheblich ist es, ob der Versicherungsfall vor oder nach Konkurseröffnung eintritt. Der Versicherungsfall gehörte auch im letzteren Falle schon von der Konkurseröffnung an zur Masse, wennschon er anfänglich nur ein bedingter war. Eine bloße Anwartschaft, die der Beschlagnahmefähigkeit entbehrte, war er nicht. — Wenn die Versicherungssumme vor Konkurseröffnung gezahlt war, so entsteht ein Absonderungsrecht. Wird nach Konkurseröffnung gezahlt, so befreit das den Versicherer nicht. Der Dritte kann sich sowohl an den Versicherer wie auch an die Konkursmasse und auch an den Konkursverwalter persönlich halten.

5. Kirchberger, Der Einfluß des Konkurses auf schwebende Versicherungsverhältnisse unter Ausschluß der Lebensversicherung, GoldschmidtsZ. 68 147 ff. (s. oben zu § 13). Das im § 157 VVG. normierte Vorzugsrecht ist ein Absonderungsrecht im technischen Sinne, dem jedoch außerhalb des Konkurses kein Recht entspricht. Das Absonderungsrecht kann begrifflich nur im Konkurse und während des Konkursverfahrens existieren. Nur im Konkurse hat der Haftpflichtgläubiger (der Dritte) eine bevorzugte Stellung. Hieraus ergeben sich folgende Konsequenzen: a) Ist die Versicherungsforderung vor Konkurseröffnung unanfechtbar abgetreten, verpfändet oder gepfändet worden, so erwirbt der Haftpflichtgläubiger kein Absonderungsrecht, zum mindesten steht im Falle der Verpfändung oder Pfändung das Recht des Dritten den vorher erworbenen Pfandrechten im Range nach. b) Das Absonderungsrecht gelangt nicht zur Entstehung, wenn der Antrag auf Konkurseröffnung wegen Mangels an Masse abgewiesen wird. c) Mit der Beendigung des Konkurses erlischt das Absonderungsrecht. Diese letztere Konsequenz kann dazu führen, daß der Haftpflichtgläubiger aus der Konkursmasse nichts erhält, nämlich dann nicht, wenn es ihm nicht gelingt, bis zur Schlußverteilung den Nachweis eines Ausfalls zu bringen. Hiergegen kann sich der Haftpflichtgläubiger nur folgendermaßen schützen: Er muß darauf bedacht sein, die Feststellung seiner Entschädigungsforderung zur Konkurstabelle zu erwirken. Gelingt ihm dies, so kann er, was als zulässig erachtet werden muß, die Versicherungsforderung auf Grund der Tabellenfeststellung pfänden und somit das ihm ehedem fehlende Pfandrecht erlangen. Den etwaigen Widerspruch des Gemeinschuldners wird der Haftpflichtgläubiger vorsichtshalber noch während des Konkursverfahrens auf dem hierfür zulässigen Klagewege zu beseitigen haben. Gelingt es aber dem Haftpflichtgläubiger nicht, die vollkommene, auch vom Gemeinschuldner unwidersprochene Feststellung seiner Entschädigungsforderung zu erreichen, so kann er gegen den Konkursverwalter einen Arrestbefehl erwirken. Zur Glaubhaftmachung des Arrestgrundes muß regelmäßig ein Hinweis auf die angedeutete gefahrvolle Situation des Haftpflichtgläubigers genügen. d) Das Absonderungsrecht gelangt auch dann zur Entstehung, wenn der Haftpflichtversicherungsfall nach Konkurseröffnung eingetreten ist. Die Vorschrift des § 15 KO. steht nicht entgegen. e) Das Absonderungsrecht erstreckt sich auch auf die vom Versicherer nach § 155 Abs. 2 VVG. zu leistende Sicherheit. Desgleichen auf den Versicherungsschein. f) Hat der Versicherer vor Konkurseröffnung in unanfechtbarer Weise die Versicherungssumme an den künftigen Gemeinschuldner ausgehändigt, so erwirbt der Dritte kein Absonderungsrecht. Erfolgt die Einzahlung der Versicherungssumme nach der Konkurseröffnung zur Konkursmasse, so kann sich der Haftpflichtgläubiger dem ungeachtet an den Versicherer halten, ferner auch die Konkursmasse und den Konkursverwalter in Anspruch nehmen. g) Zwecks Geltendmachung seines Absonderungsrechts hat der Haftpflichtgläubiger zunächst an den Konkursverwalter heranzutreten. Erkennt der Konkursverwalter das Absonderungsrecht nicht an, so muß der Haftpflichtgläubiger die Konkursmasse auf Feststellung seines Absonderungsrechts verklagen. Erlangt der Haftpflichtgläubiger, sei es durch freiwillige Erklärung des Konkursverwalters, sei es im Prozeßwege, die Anerkennung seines Absonderungsrechts, so ist er hierdurch genügend legitimiert, um die Versicherungsforderung von dem Versicherer zu fordern und in Empfang zu nehmen. — Liegt eine Haftpflichtversicherung im eigenen Namen und für fremde Rechnung vor und gerät der Versicherungsnehmer in Konkurs, so hat der Haftpflichtgläubiger kein Absonderungsrecht. Wird über das Vermögen des Versicherten der Konkurs eröffnet, so steht dem Haftpflichtgläubiger das Absonderungsrecht trotz des entgegenstehenden Wortlauts im § 157 VVG. zu. Ist der Konkursverwalter bei der Haftpflichtver-

sicherung im eigenen Namen und auf fremde Rechnung im Besitze des Versicherungsscheins, erkennt er das Absonderungsrecht an und händigt er dem Haftpflichtgläubiger den Versicherungsschein aus, so ist dieser hierdurch genügend legitimiert, um die Versicherungssumme vom Versicherer einzuziehen. Nötigenfalls muß der Haftpflichtgläubiger die Anerkennung seines Absonderungsrechts und die Aushändigung des Versicherungsscheins im Prozeßweg erstreben. Ist der Konkursverwalter nicht im Besitze des Versicherungsscheins, befindet sich dieser vielmehr im Gewahrsam des Versicherungsnehmers, so kann der Haftpflichtgläubiger, sobald sein Absonderungsrecht vom Konkursverwalter anerkannt oder im Prozeßwege festgestellt worden ist, die Aushändigung des Versicherungsscheins von dem Versicherungsnehmer verlangen und alsdann die Auszahlung der Versicherungssumme fordern.

6. Berthold, Der Einfluß des rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleichs auf das Absonderungsrecht des § 157 VVG., LeipzZ. **11** 451. Das Absonderungsrecht des § 157 VVG. unterscheidet sich zwar in manchen Punkten von den Absonderungsrechten in anderen Gesetzen. Daß es jedoch im Konkurs anders behandelt werden müßte, ist weder im Gesetze gesagt noch sonstwie begründet. — Hat der nach § 157 absonderungsberechtigte Konkursgläubiger weder verzichtet noch einen Ausfall erlitten, so ist daran festzuhalten, daß die Forderung durch den Zwangsvergleich nicht berührt wird und der Gläubiger demzufolge seinen Anspruch in voller Höhe geltend zu machen vermag und nicht bloß auf die Zwangsvergleichsquote des gewöhnlichen Konkursgläubigers herabgedrückt wird. Ebenso ist die Sachlage, wenn die Forderung im Konkurse gar nicht geltend gemacht worden ist.

II. Rückwirkung des § 157 (vgl. JDR. **8** 1112). 1. Berthold, Die Rückwirkung des § 157 VVG. auf die vor dem 1. Januar 1910 eröffneten Konkurse, LeipzZ. **11** 922. § 157 VVG. gilt nur für die an oder nach dem 1. Januar 1910 eröffneten Konkurse. Ebenso, aber aus zum Teil abweichenden Gründen Jaeger, Komm. z. KO. (3/4) § 49 Anm. 12, Hüttner, LeipzZ. **09** 926.

2. Im übrigen s. oben zu I.

III. Altes Recht (vgl. JDR. **8** 1112). **RG.** PraxPrV. **3** 201 ff., VAPV. **09** Anh. 90. Die durch den Eintritt des Versicherungsfalls begründete Ersatzforderung des Versicherten bildet, wenn der Versicherte in Konkurs gerät, in der durch den Inhalt des Versicherungsvertrags begrenzten Höhe jener Haftpflicht ein Masseaktivum, das (nach altem Rechte und mangels besonderer Abrede) der Masse voll gutzubringen ist, ohne Rücksicht auf die Konkursdividende (vgl. **RG. 5** 115, **37** 93, **55** 86).

Dritter Abschnitt. Lebensversicherung.

Vorbemerkung zu § 159—178: Auch bei der Lebensversicherung hat sich im Berichtszeitraume der Kampf im wesentlichen um die alten Streitfragen gedreht, insbesondere hinsichtlich der sog. Betriebspensionskassen, hinsichtlich der Stellung des Begünstigten und der Pfändbarkeit der Rechte des Versicherungsnehmers aus der Versicherung. Besondere Aufmerksamkeit verdient die wertvolle Arbeit Ehrenbergs über die Frage der Pfändbarkeit von Lebensversicherungsansprüchen (s. zu § 166). Über das gleiche Thema hat Müller eingehende Ausführungen gebracht (daselbst). Auf die bereits zu § 1 hervorgehobene Dissertation von Zeigner, über deren 2. Teil zu § 166 berichtet wird, sei auch an dieser Stelle hingewiesen (vgl. im übrigen zu § 14).

Literatur zu § 159 ff.: Amtmann, Über die Grundprinzipien der Lebensversicherungstechnik und ihre Anwendung, AssekJahrb. **32** II, 18 ff. — Braun, Die Abhängigkeit einiger bei der Pensionsversicherung vorkommender Wahrscheinlichkeitswerte von

der Versicherungsdauer, AssekJahrb. 33 II. Teil 3 ff. — Bröcker, Grundzüge der Lebensversicherungstechnik. Berlin 1910. — Emminghaus, Lebensversicherung. Sonderabdrücke aus Bd. 6 des Handwörterbuchs der Staatswissensch. Jena 1911. — Furlan, Monopol und Konkurrenz in der Lebensversicherung, AssekJahrb. 33 II 108 ff. — Höckner, Mitgliedsrechte eines Versicherten, AssekJahrb. 32 II 260 ff. — Kahlo, Vergleichende Zusammenstellung der Versicherungsbedingungen und wichtigsten Prämiensätze der in Deutschland arbeitenden Lebensversicherungsgesellschaften. Berlin 1910. — Schulz, Rückkauf und Umwandlung. Diss., Leipzig 1911. — Literatur zur Frage der Betriebspensionskassen: Götze, Die Rechtsverhältnisse der Fabrikpensions- und -unterstützungskassen. Berlin 1910. — Jacobsohn, Der Kampf gegen die Wohlfahrtseinrichtungen in Großbetrieben. Leipzig 1910 (s. zu § 138 BGB.). — Derselbe, Der Entwurf eines Versicherungsgesetzes für Angestellte und die privaten Pensionseinrichtungen, ZVersWiss. **11** 792. — Laporte, Das Problem der Arbeiterpensionskasse und seine rechtlichen und sozialen Konsequenzen. Jena 1910. — Löwenfeld, Pensionskasse und Arbeitsvertrag. I. Teil. München 1911.

Vor §§ 159 ff. I. Wegen der Begrenzung des seitens der Aufsichtsbehörde zuzulassenden Höchstbetrags der für ein Leben zu nehmenden Versicherungssumme s. VAG. zu § 7 Abs. 1 Ziff. 2.

II. Über die Verwandtschaft zwischen Lebensversicherung und der sog. Unfallversicherung mit Prämienrückgewähr vgl. VAPV. **10** 248 ff.

III. Wegen der sog. Unanfechtbarkeit der Lebensversicherung vgl. zu § 22.

IV. Wegen der Frage der Rechtsgültigkeit von § 1 Abs. 2 der Normativbedingungen des Verbandes deutscher Lebensversicherungsgesellschaften (Bestimmung, daß die Leistungspflicht des Versicherers mit der Zahlung der ersten Prämie samt Nebenkosten beginne unter der Voraussetzung, daß der Versicherte noch lebt und seit der Untersuchung nicht erheblich erkrankt oder verletzt wurde) s. zu § 38.

V. Der Pensionsversicherungsvertrag. 1. **RG.** R. **11** Nr. 3246. Hat ein Dienstherr für seine Beamten eine Invaliditätsversicherung in der Weise abgeschlossen, daß den Beamten eine Rente gezahlt wird, wenn sie nach dem Ermessen des Dienstherrn infolge Abnahme der geistigen und körperlichen Kräfte zur Erfüllung ihrer Dienstobliegenheiten nicht mehr fähig sind, so ist es zulässig, die Versicherung dahin auszulegen, daß die Rente auch dann zu zahlen bzw. weiter zu zahlen ist, wenn der Versicherte im übrigen fähig ist bzw. später wieder fähig wird, in anderer Weise seine Arbeitskraft zu verwerten.

2. VAPV. **11** Anh. 97 (KG.). Bei einer Kollektiv-Pensionsversicherung (Unfall, Invalidität, Alter) zugunsten von Beamten steht dem Versicherungsnehmer auch nach Aufhebung des Hauptvertrags das ihm darin bedingungsgemäß gewährte Recht zu, für die auf Grund des Hauptvertrags für die einzelnen Beamten geschlossenen Einzelversicherungsverträge Nachversicherungen zu nehmen (je nach fortschreitender Gehaltserhöhung).

VI. Die Rechtsverhältnisse der Betriebspensionskassen (vgl. JDR. 8 1114). 1. VAPV. **11** Anh. 44 (Hamm). Der Ausschluß der Rückzahlung geleisteter Beiträge im Falle der Kündigung bei einer Arbeiter-(Betriebs-)Pensionskasse ist nicht unsittlich (geringe Beiträge, verhältnismäßig erhebliche Höhe der eventuellen Pension, versicherungstechnischer Vorteil dieser Regelung, ähnliche Einrichtung anderer Kassen, keine unzulässige Abhängigkeit des Arbeiters, keine unzulässige Einschränkung des Koalitionsrechts oder der Freizügigkeit, keine unzulässige Verbindung von Arbeits- und Versicherungsvertrag). Soweit die Firma das Kündigungsrecht mißbraucht, ist nach § 826 BGB. ein Schadensersatzanspruch gegeben. — Ebensowenig sprechen für die Ungültigkeit des betreffenden Statuts allgemeine zivilrechtliche Erwägungen und

auch nicht der Umstand, daß im Statut bestimmt ist, daß der Kassenvorstand über die Frage des Vorhandenseins vollständiger Arbeitsunfähigkeit allein und unter Ausschluß des Rechtswegs zu entscheiden habe. Denn wenn jene Bestimmung ungültig wäre, könnte sie doch nicht die Ungültigkeit auch der anderen Statutbestimmungen zur Folge haben. Endlich kann ein Anspruch auf Rückerstattung der Beiträge im Kündigungsfall auch nicht darauf gestützt werden, daß die Vereinbarung der Kürzung der Beiträge vom Lohne gegen § 115 a GewO. verstoße. Vielmehr ist auf die Pensionskasse § 117 Abs. 2 GewO. anwendbar. Die Kasse ist als Wohlfahrtseinrichtung anzusehen.

2. DVersZ. **11** 130 ff. (LG. Stuttgart). Bei Fabrikpensionskassen ist der Ausschluß jeglicher Abgangsentschädigung zulässig (eingehende Darlegungen).

3. VAPV. **10** Anh. 81 (LG. Trier). Eine (nach 1884 errichtete) Werkpensionskasse, die Beitrittszwang und Beitragskürzung vom Lohne hat und bei Ausscheiden keinerlei Beiträge zurückgewährt, widerspricht den guten Sitten, da sie die Koalitionsfreiheit beengt, und verstößt gegen § 2 LohnBG. und § 115 a GewO. Der Arbeitgeber muß daher die einbehaltenen Lohnbeträge herausgeben und die Kasse haftet nach §§ 812 ff. BGB.

4. Wegen der Frage der Gültigkeit von Satzungsbestimmungen über ganzen oder teilweisen Verfall der Beiträge bei Ausscheiden s. auch Serini, ZVersWiss. **10** 362 ff.

5. a) **RG.** VAPV. **10** Anh. 50, R. **10** Nr. 1707. Wenn eine einzelne Satzungsbestimmung einer Pensionskasse ungültig ist, so ist § 139 BGB. nicht anwendbar, weil Kasse und Versicherter sich nicht als Vertragsparteien gegenüberstehen, sondern lediglich ein Mitgliedschaftsverhältnis besteht. Vgl. auch oben die Entscheidung des OLG. Hamm.

6. **RG.** LeipzZ. **10** 165. Zuständigkeit des Gewerbegerichts für Klagen gegen Pensionskassen verneint, die den Rechtsanspruch statutarisch ausschließen. Vgl. JDR. **8** 1116, VVG. vor §§ 159 ff. unter VII 4 c.

7. **RG.** DJZ. **10** 593, BauersZ. **17** 176, R. **10** Nr. 1171. Zwar nicht die Gründung und Ausstattung von Pensionskassen (vgl. **RG. 70** 15 ff.), wohl aber deren regelmäßige Unterstützung durch Zuschüsse seitens vermögender Arbeitgeber (Großbanken) kann nach den Anschauungen der beteiligten Kreise einer sittlichen Pflicht entsprechen und daher nach §§ 55, 56 RErbschaftssteuerG. die Steuerfreiheit der Zuwendungen begründen.

8. **RG.** R. **11** Nr. 638 verneint die Frage, ob die Begründung einer Arbeiterpensionskasse deshalb nicht stempelpflichtig sei, weil sie einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspreche (§ 56 RErbschaftssteuerG.).

9. Über die Frage, ob und welchen Einfluß das GewUVG. vom 30. Juni 1900 auf Satzungsbestimmungen von Pensionskassen geübt hat, die die Anrechnung einer Unfallrente auf die versicherte Pension vorschrieben, vgl. VAPV. **10** Anh. 47 ff. (Breslau) und 50 ff. (**RG.**).

10. Wegen der Rechtsverhältnisse der nicht unter das VAG. fallenden (preußischen) Versorgungskassen im Hinblick auf § 651 I. 11 ALR. vgl. das Rundschreiben des preuß. Min. des Innern vom 17. Mai 1911, abgedr. in ZVersWiss. **11** 1072.

11. Wegen der Pensions- und Hinterbliebenenversicherung des Beamtenversicherungsvereins des deutschen Bank- und Bankiergewerbes vgl. VAPV. **10** 105 ff., wegen des Beamtenfürsorgevereins der Deutschen Bank s. VAPV. **10** 107.

VII. Sterbekassen im Sinne von § 850 Ziff. 4 ZPO. 1. OLG. **21** 91, R. **10** Nr. 2397 (Braunschweig). Die nach § 850 Ziff. 4 ZPO. bestimmte Unpfändbarkeit ist auch auf Ansprüche auf Krankengeld gegenüber privaten Versicherungsgesellschaften zu beziehen. Unerheblich ist, daß ein privater Versicherungsvertrag die Grundlage bildet. Wesentlich ist, ob die Leistung ihrer Höhe und ihrem Zwecke nach als eine solche anzusehen ist, die den Versicherten über die durch seine Krankheit verursachten Vermögensnachteile hinweghelfen soll, mögen ihm immerhin auch andere Hilfsmittel und andere ähnliche Ansprüche zu Gebote stehen.

2. ElsLothJZ. **11** 182, R. **10** Nr. 2646 (Colmar). Das Pfändungsprivileg von § 850 Ziff. 4 ZPO. gilt auch für Sterbegeldansprüche an private Versicherungskassen. Unerheblich ist es, ob die Beträge zum Unterhalt, zur Krankenpflege und zur Beerdigung notwendig sind. Sie sind auch dann unpfändbar, wenn sie, weil der Versicherte mehreren Kassen angehörte, die Beerdigungskosten erheblich übersteigen.

3. VAPV. **10** Anh. 14 (LG. Görlitz). Eine Sterbekassenversicherung im Sinne von § 850 Ziff. 4 ZPO. liegt nicht vor, wenn bedingungsgemäß Verpfändung, Abtretung und Rückkauf möglich ist.

VIII. Stempel- und Steuerrecht hinsichtlich der Lebensversicherung. 1. PraxPrV. **3** 269 (PrOVG.). Die Aussteuer- und Studiengeldversicherung ist als eine Versicherung auf den Todes- oder Lebensfall im Sinne von § 8 PrEinkommensteuerG. anzusehen; die dafür zu zahlende Prämie ist daher nach Maßgabe von § 8 daselbst abzugsfähig.

2. BadVerwRpflZ. **11** 198 (BadVerwGH.). Bei der Steuerveranlagung (Art. 3 Abs. 1 Ziff. 1 BadEinkommensteuerG.) können die Prämien für eine Lebensversicherung dann in Abzug gebracht werden, wenn die Police dem Steuerpflichtigen zur Sicherstellung für unverzinsliche Darlehnsforderungen verpfändet war und er die Prämien bezahlt; es liegen insoweit Aufwendungen vor, die unmittelbar zur Erhaltung der Kapitalforderung als Einkommensquelle gemacht werden.

3. Wegen der Pensionskassen s. oben VI 7 u. 8.

§ 159. (Vgl. JDR. **8** 1116.) Literatur: Brecher, Versicherung auf fremden Tod, ÖstVersZ. **11** 609 ff. — Bürkner, Die Versicherung auf das Leben eines Dritten, ZVersWiss. **11** 808 ff. — Müller, Lebensversicherung zugunsten noch nicht existierender Personen, MasVersRdsch. **23** 47 ff.

I. Versicherung auf das Leben eines anderen. 1. Bürkner, Die Versicherung auf das Leben eines Dritten, ZVersWiss. **11** 808 ff. Die Versicherung auf das Leben eines Dritten ist der Versicherung für fremde Rechnung auf dem Gebiete der Schadenversicherung vergleichbar. — Fehlt die Einwilligung des Dritten, so ist die Versicherung nichtig. — Neben der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters eines beschränkt geschäftsfähigen Dritten ist nicht auch noch die Einwilligung des Dritten selbst nötig (809). — Der Versicherungsnehmer bedarf zu Verfügungen (Abtretung, Verpfändung) der schriftlichen Einwilligung des Dritten, nicht dagegen zur Bezeichnung eines Begünstigten oder zur Änderung dieser Bezeichnung (813), es sei denn, daß der Begünstigte ein sofortiges festes Recht, nicht eine bloße Anwartschaft erlangen soll (814). — Zwischen Versicherer und Versicherten entsteht kein Vertragsverhältnis, sondern nur zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer (814). — Gefahrerhöhungen seitens des Dritten, sei es mit, sei es gegen den Willen des Versicherungsnehmers, berechtigen den Versicherer zur Kündigung nach §§ 23 ff. VVG. (815). — Ansprüche aus der Versicherung erwirbt nur der Versicherungsnehmer, nicht der versicherte Dritte. — Zu Pfändungen der Gläu-

biger des Versicherungsnehmers ist die Einwilligung des Dritten nicht erforderlich, wohl aber dann, wenn ein Gläubiger die ihm gepfändeten und überwiesenen Ansprüche in der Weise verwerten will, daß er die Versicherung durch Fortentrichtung der Prämien oder durch Umwandlung in eine beitragfreie Versicherung fortsetzen will (816).

2. *Mueller, Das Pfandrecht an den Rechten aus einem Lebensversicherungsvertrage, ZVersWiss. **11** 13 ff. Abtretung und Verpfändung der Rechte aus einem Lebensversicherungsvertrage, bei dem Verfügungsberechtigter und Versicherter verschiedene Personen sind, bedürfen nicht der Zustimmung des Versicherten.

3. Müller, Lebensversicherung zugunsten noch nicht existierender Personen, MasVersRdsch. **23** 47 ff. Die sofort berechtigende Begünstigung noch nicht erzeugter Nachkommen ist zulässig, gleichgültig, ob es sich um Nachkommen des Versicherungsnehmers oder eines Dritten handelt. Dagegen ist die Versicherungsnahme eines Nichtverlobten zugunsten seiner noch unbekannten künftigen Ehefrau unzulässig.

4. Wegen der Frage, ob die Einwilligung, die § 159 Abs. 1 Satz 2 fordert, auch nötig ist, wenn der pfändende Gläubiger die Versicherung fortsetzen, kündigen, rückkaufen, beleihen oder sonst verwerten will, s. zu § 166.

II. Kinderversicherung (vgl. JDR. **8** 1116). 1. VAPV. **10** 17. Der Fall einer Kindestodesfallversicherung liegt auch dann vor, wenn die dem Vater eventuell zufließenden Beträge die Beerdigungskosten übersteigen, der überschießende Betrag aber nicht sofort beim Tode des Kindes, sondern erst später fällig werden soll.

2. VAPV. **11** Anh. 94 (KG.). Selbständiges Recht des aussteuerversicherten Kindes auf die Versicherungssumme. Daher Unwirksamkeit von Abtretung bzw. Pfändung des Anspruchs auf die Versicherungssumme seitens des Vaters bzw. des Gläubigers des Vaters.

3. LeipzZ. **11** 322, SächsRpflZ. **11** 558, R. **11** Nr. 2655 (Dresden). Die Kinder, auf deren Leben der Vater Versicherung nimmt, haben kein Recht auf die Versicherungssumme, sofern sie nicht zugleich als Begünstigte in der Police bezeichnet sind.

4. Wegen der Ansprüche aus einer auf den Erlebensfall der Kinder genommenen Versicherung s. zu § 166 II 3 u. 4.

5. Über die Zulässigkeit der Bestimmung, daß die Haftpflichtversicherung ungültig sei, wenn der Versicherte Doppelversicherung nehme, s. oben zu § 1.

§ 160. (Vgl. JDR. **8** 1118.) Zulässigkeit von Vertragsstrafen (JDR. **8** 1118). 1. VAPV. **10** 93. Durch § 160 VVG. ist auch die Möglichkeit ausgeschlossen, eine Vertragsstrafe für den Fall zu vereinbaren, daß der Versicherte sich der ärztlichen Untersuchung nicht unterzieht.

2. VAPV. **11** 90. Unzulässig ist auch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall, daß der Antragsteller bei der Lebensversicherung sich zur ärztlichen Untersuchung nicht stellt (vgl. VAPV. **10** 93).

3. OLG. **22** 84, R. **11** Nr. 692 (München). Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe liegt vor, wenn bestimmt ist, daß der Versicherungsnehmer sich durch einen Vertrauensarzt untersuchen und binnen bestimmter Frist die Police einlösen müsse, widrigenfalls er als Entschädigung für Arbeit und Kosten eine Jahresprämie zu zahlen habe.

§ 163. I. Wegen der sog. Unanfechtbarkeit der Lebensversicherung vgl. zu § 22.

II. Wegen der Gefahr, daß die im § 163 VVG. für die sog. Anfechtbarkeit der Versicherung gegebene Frist von 10 Jahren in zu weitgehender Weise verkürzt wird, vgl. VAPV. **10** 94.

§ 164. (Vgl. JDR. 8 1118.) **RG.** R. **10** Nr. 3287. Die Policenbestimmung, daß der Lebensversicherungsantrag „unverbindlich ist, wenn der Versicherte am Säuferwahnsinne gelitten hat oder in Morphiumsucht, Kokainsucht oder ähnliche gesundheitsschädliche Gewohnheiten verfällt oder deshalb in ärztlicher Behandlung gewesen ist", braucht trotz der mangelhaften Wortfassung nicht dahin ausgelegt zu werden, daß jene Umstände die Todesursache gebildet haben oder daß der Vertrag nur dann unverbindlich sein soll, wenn der Säuferwahnsinn bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden hat.

§ 165. (Vgl. DJR. 8 1118.) Literatur: Siehe vor § 166.

I. Kündigungs- und Rückkaufsrecht (vgl. JDR. 8 1118). 1. *Müller, Das Pfandrecht an den Rechten aus einem Lebensversicherungsvertrage, ZVersWiss. **11** 13 ff. Bei Verpfändung des Anspruchs auf die Versicherungssumme ist im Zweifel der juristisch davon verschiedene Anspruch an die Prämienreserve mitverpfändet. Das Kündigungsrecht des § 165 ist kein höchstpersönliches Recht, wohl aber nicht selbständig verkehrsfähig und nur mit der gesamten Rechtsstellung des Versicherungsnehmers als Vertragspartei übertragbar. Es enthält eine Verfügung über den Anspruch auf die Versicherungssumme, ist aber kein Ausfluß dieses Anspruchs. Es kann in Ermangelung besonderer Vereinbarungen selbständig weder vom Verpfänder noch vom Pfandgläubiger ausgeübt werden. Die Kündigung des § 165 ist keine Kündigung im Sinne des § 1283 BGB. In der Zwangsvollstreckung berechtigt die Überweisung zur Einziehung oder an Zahlungs Statt nicht zur Kündigung. Dazu ist vielmehr ein Beschluß nach § 844 ZPO. erforderlich.

2. VAPV. **10** Anh. 13 (LG. I Berlin). Das bedingungsgemäße Recht des Versicherungsnehmers auf Rückkauf ist höchstpersönlich und daher weder abtretbar noch pfändbar und fällt nicht in die Konkursmasse.

II. Vgl. im übrigen zu § 166 I 1 u. 2, V 1 k, 2, 3.

§ 166. (Vgl. JDR. **8** 1120 ff.) Literatur: Brühlmann, Die Stellung des Begünstigten bei der Lebensversicherung nach dem schweizVVG. Basel 1911. — Bürkner, Die unwiderrufliche Begünstigung in der Lebensversicherung, LeipzZ. **10** 841. — Coustam, Die rechtliche Stellung der Gläubiger des Versicherten im Lebensversicherungsantrage zugunsten Dritter. Diss., Zürich 1909. — Ehmayer, Liegt bei Lebensversicherung zugunsten eines Dritten eine Verfügung von Todes wegen oder eine Schenkung unter Lebenden vor? Diss., Leipzig 1908. — Ehrenberg, Über einige wichtige Fragen der Lebensversicherung, R. **11** 4 ff. — Hampke, Entwickelungstendenzen im Rechte der Lebensversicherung, ZVersWiss. **11** 869 ff. — Josef, Zur Pfändung von Lebensversicherungen, R. **11** 487. — Klang, Die Exekution auf die Rechte aus einem Lebensversicherungsvertrage vor Eintritt des Versicherungsfalls, ÖsterrVersZ. **11** 464 ff. (auch Sonderabdruck, Wien, Manz). — Mueller, Das Pfandrecht an dem Rechte aus einem Lebensversicherungsvertrage, ZVersWiss. **11** 13 ff. — Derselbe, Lebensversicherung zugunsten noch nicht existierender Personen, VersRdsch. **11** 47 ff. — Sachße, Zur Pfändung der Lebensversicherungen, R. **11** 410. — Steinhäuser, Die Lebensversicherungspolice. Diss. München 1910. — Zeigner, Der Einfluß der Eröffnung des Konkurses zum Vermögen des Versicherungsnehmers auf das Rechtsverhältnis zwischen Versicherer, Versicherungsnehmer und Bezugsberechtigten in der Lebensversicherung. Leipzig, Diss., 1912. (Vgl. oben zu §§ 13, 14.) — von Örtzen, Der Versicherungsschein, ZVersWiss. **11** 837 ff., 1010 ff. (s. oben zu § 3). — VersAnn. **42** 30: Kann der Gläubiger die gepfändete Todesfallversicherung eines Schuldners ohne weiteres in Kraft erhalten? — ZVersWes. **11** 153: Die Wirkung des Konkurses des Versicherungsnehmers bei der Todesfallversicherung.

I. Versicherungsnehmer und Begünstigter (vgl. JDR. 8 1121 ff.). 1. *Zeigner, Der Einfluß der Eröffnung des Konkurses zum Vermögen des Versicherungsnehmers auf das Rechtsverhältnis zwischen Versicherer, Versicherungsnehmer und Bezugsberechtigten in der Lebensversicherung, Leipz. Diss. (1912). Verf. erörtert im zweiten Teile seiner Arbeit (wegen des ersten Teiles s. zu § 13) die Rechtsstellung des Versicherungsnehmers und des Begünstigten im all-

gemeinen. Verf. legt besonderes Gewicht auf scharfe Unterscheidung folgender vier Arten der Begünstigung: Begünstigung mit unwiderruflicher Bezugsberechtigung (2. Kap.), Begünstigung mit widerruflicher Bezugsberechtigung (3. Kap.), Begünstigung mit widerruflicher Anwartschaftsberechtigung (4. Kap.) und Begünstigung mit unwiderruflicher Anwartschaftsberechtigung (5. Kap.). In allen vier Fällen steht dem Versicherungsnehmer das von dem Rechte des Begünstigten völlig unabhängige „Recht aus dem Versicherungsvertrage" zu, ein Komplex von wichtigen Einzelbefugnissen, insbesondere Gestaltungsrechten und dem Rechte, nach § 335 BGB. der Vornahme der Leistung an den Dritten zu fordern (§ 8). Auch wenn dem Begünstigten kein Bezugsrecht zusteht, steht ihm nicht „nur eine rechtlich irrelevante Hoffnung" zu, sondern ein wirkliches Recht, ein Recht auf den Anfall des Anspruchs gegen den Versicherer, der bis dahin als bedingter oder betagter dem Versicherungsnehmer zugestanden hatte. Diese Anwartschaft ist ein verfügbarer, pfändbarer, und vererblicher Vermögensgegenstand (§ 9 II). Ist die Versicherung von Anfang an zugunsten des Dritten abgeschlossen, so ist die Begünstigung als solche nur rechtschaffend, nicht rechtübertragend. Erfolgt die Begünstigung dagegen nachträglich, so hat sie ebenfalls rechtschaffende Wirkung, im Falle der Begünstigung als Bezugsberechtigter aber außerdem rechtübertragende Wirkung, denn das an sich fortbestehende Recht des Versicherungsnehmers ist jetzt durch das koexistierende Bezugsrecht des Dritten gehemmt (§ 9 III 1). Dies wird dann für die Anfechtung nach §§ 29 f. KO. von Belang (§§ 16, 19, 26, 28 V). Das Begünstigungsrecht selbst steht bei Kapitalversicherungen im Zweifel dem Versicherungsnehmer zu (§ 166 VVG.), ebenso aber auch bei Rentenversicherungen: der Umfang der Verpflichtungen des Versicherers bestimmt sich aber nach wie vor in der Person desjenigen, auf dessen Leben die Versicherung genommen war (§ 9 III 2). Das Begünstigungsrecht selbst ist pfändbar, wie jeder andere Vermögensgegenstand und unterliegt daher auch dem Konkursbeschlage (§ 9 III 5). Das gleiche gilt von dem Rechte, die Begünstigung zu widerrufen (§ 10 III 4). Im 2. bis 5. Kapitel erörtert der Verf. dann unter Verwertung der Darstellung im ersten Teile und im 1. Kapitel des zweiten Teiles, welchen Einfluß die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Versicherungsnehmers oder des Begünstigten hat. An der Spitze jedes Kapitels steht eine allgemeine Erörterung über den Inhalt des Rechtes des Versicherungsnehmers und des Begünstigten (§§ 11, 18, 21, 28). Es kann nur einzelnes herausgegriffen werden. Ist der Dritte z. B. unwiderruflich bezugsberechtigt, so steht dem Versicherungsnehmer gleichwohl ein selbständiges „Recht aus dem Versicherungsvertrage" zu, welches — unbeschadet des Rechtes des Bezugsberechtigten — gepfändet und abgetreten werden kann. In dem Rechte des Versicherungsnehmers sind insbesondere enthalten: das Recht auf Leistung an den Dritten (§ 335 BGB.) und, falls dieser das Recht nach § 333 BGB. ausschlägt, auf Leistung an sich selbst, die Befugnis, die Versicherung zu kündigen, umzuwandeln, zu beleihen und zurückzukaufen. Das Policendarlehen, sofern es nicht zur Verrechnung auf rückständige Prämien genommen wird, und der Rückkaufswert gebühren aber dem Begünstigten. Dieser ist im Zweifel nicht befugt, die Prämien selbst zu zahlen, selbst zu kündigen und Umwandelung oder Rückkauf zu verlangen. Anders bei der Policenbeleihung: diese kann auch der Begünstigte verlangen, denn durch das Policendarlehen wird nur der ihm kraft seines Bezugsrechts gebührende Rückkaufswert belastet (§ 11). Ist die Bezeichnung als unwiderruflich Bezugsberechtigter eine ursprüngliche, so ist die Zuwendung des Bezugsrechts selbst nicht nach §§ 29 f. KO. anfechtbar, sondern nur die Prämienzahlungen. Die Folge ist, daß der Begünstigte verpflichtet ist, der Masse die betreffenden Prämien zu erstatten, und zwar auch insoweit, als diese Prämien

den derzeitigen Rückkaufswert der Police übersteigen (§ 16 I). Ist die Bezeichnung eine nachträgliche, so ist auch sie nach §§ 29 f. KO. anfechtbar (§ 16 II). In ähnlicher Weise werden die Rechtsstellung des Versicherungsnehmers, des Begünstigten und die Anfechtung nach §§ 29 f. KO. für den Fall widerruflicher Bezugsberechtigung (§ 18 I, II; § 19), widerruflicher Anwartschaftsberechtigung (§§ 21, 26) und unwiderruflicher Anwartschaftsberechtigung behandelt (§ 28 I, II, V).

2. Bürkner, Die unwiderrufliche Begünstigung in der Lebensversicherung, LeipzZ. **10** 841. Im allgemeinen erwirbt der Begünstigte nur eine Anwartschaft, kein Recht. Wird im Versicherungsvertrage die Unwiderruflichkeit dieser Anwartschaft vereinbart, so erwirbt der Begünstigte kein Recht, insbesondere kein vererbliches Recht auf die Versicherungssumme; auch ist der Zugriff der Gläubiger des Versicherungsnehmers nicht ausgeschlossen. Alles dies ist anders, wenn (wie § 15 Abs. 1 Satz 4 der neuen Normativbestimmungen der deutschen Lebensversicherungsgesellschaften vorsehen) dem Berechtigten ein sofortiges und unwiderrufliches Recht auf die Leistungen aus dem Versicherungsvertrag eingeräumt wird, was nicht unbedenklich ist. Der Begünstigte kann allerdings nicht die Fälligkeit der Versicherung herbeiführen. Doch erwirbt er den Anspruch auf die infolge des Verhaltens des Versicherungsnehmers fällig gewordenen Ansprüche sowie auf ein vom Versicherungsnehmer beantragtes Darlehen. Es kann aber dem Versicherungsnehmer größere Bewegungsfreiheit, insbesondere die Möglichkeit der Policenbeleihung usw., dadurch verschafft werden, daß die Beschränkung des Rechtes des Begünstigten auf den Kapitalanspruch im Todesfalle vereinbart wird.

3. Hampke, Entwickelungstendenzen im Rechte der Lebensversicherung, ZVersWiss. **11** 869 ff. Ursprünglich fiel die Versicherungssumme in den Nachlaß. Das war dem Fürsorgezwecke der Lebensversicherung nicht günstig. Das änderte sich mit der Anwendung der Bestimmungen der Verträge zugunsten Dritter und durch § 167 VVG. Es wird noch mehr dadurch erreicht, daß die Versicherung zugunsten der Angehörigen oder eines Gläubigers genommen wird und durch Aufnahme der sog. Inhaberklausel eine leichte Verwertbarkeit erlangt wird infolge Vermeidung der Notwendigkeit, jede Änderung auf der Police vermerken zu lassen (Abtretung, Verpfändung, Änderung der Bezeichnung des Begünstigten). Dieser Vereinigung von Begünstigungs- und Inhaberklausel dient der Kredit- und Fürsorgefunktion der Lebensversicherung. Wenn der Versicherungsnehmer nur Fürsorgezwecke erreichen will, so kann er auf Widerruf der Begünstigtenbezeichnung mit der Maßgabe verzichten, daß der Begünstigte sofort ein unmittelbares Recht erwirbt. Beide Regelungen sind in den neuen Normativbestimmungen der deutschen Lebensversicherungsgesellschaften vorgesehen.

4. *Müller, Lebensversicherungen zugunsten noch nicht existierender Personen, VersRdsch. **11** 47 ff. Noch nicht erzeugte Personen können auch in der Weise als bezugsberechtigt bezeichnet werden, daß ihr Recht schon vor ihrer Erzeugung entsteht.

5. a) ThürBl. **57** 268 (Jena). Die Inhaberklausel bei Lebensversicherungspolicen besagt nur, daß die Gesellschaft an den Inhaber zahlen kann. Die Rechte aus der Versicherung stehen aber trotzdem dem Versicherungsnehmer zu, solange er sie nicht abtritt oder einen anderen als Begünstigten bezeichnet. Trifft beides nicht zu, dann fallen die Ansprüche aus der Versicherung in den Nachlaß. Die Bestimmung eines Begünstigten wird durch die Inhaberklausel erleichtert, indem hierdurch diese Bestimmung nunmehr möglich wird ohne Anzeige an die Gesellschaft, einfach durch Abrede mit dem anderen und Übergabe der Police. In einer derartigen Abrede und Übergabe liegt aber über-

dies zugleich die Abtretung der Versicherungsansprüche. b) Vgl. unten zu II unter 5.

6. PraxPrV. **3** 209 (LG. und OLG. Dresden). Die Frage, ob ein Versicherungsvertrag zugunsten eines Dritten diesem selbständige Rechte verschafft, ist bei einem vor Inkrafttreten des VVG. geschlossenen Vertrage nach früherem Rechte (SächsBGB.) zu entscheiden. Nachträgliche, unter der Herrschaft des VVG. abgegebene Erklärungen unterstehen dem Rechte des VVG. Nach beiden Rechten ist stets nach der Lage des Einzelfalls zu prüfen, ob ein unmittelbares Recht der Ehefrau gemeint war. Im Zweifel ist es zu verneinen, besonders wenn die Versicherungssumme erst mit dem 80. Lebensjahre des Versicherungsnehmers (abgesehen von dessen Tode) fällig sein soll. Die Tatsache, daß der Versicherungsnehmer nachträglich erklärt hat, die Versicherungssumme solle bei Fälligkeit an seine Ehefrau gezahlt werden und deren Eigentum sein, spricht nicht dafür, daß die Ehefrau ein unmittelbares Recht erhalten solle oder daß eine Abtretung des Versicherungsanspruchs gemeint sei. Wenn nach früherem Rechte (SächsBGB.) der Dritte Rechte nur erwarb, falls er seinen Beitritt zum Vertrag erklärte, so war vorausgesetzt, daß der Dritte überhaupt sofort ein selbständiges unmittelbares Recht erwerben sollte. Fehlte dieser Wille, so nützt eine Beitrittserklärung nichts.

7. BadRpr. **11** 89 (Karlsruhe). Lebensversicherungen, gleichgültig, ob vom Ehemann oder von der Ehefrau genommen, fallen nach französischem Rechte (BadLR.) in das Gesamtgut der Fahrnisgemeinschaft, wenn die Prämien aus diesem Gesamtgute bezahlt sind. Das gleiche gilt für die Fahrnisgemeinschaft des BGB., wenn das durch den Versicherungsvertrag begründete Recht des versicherten Ehegatten übertragbar ist. Übertragbarkeit liegt nicht vor, falls ein Dritter als Begünstigter bezeichnet ist, selbst wenn der versicherungsnehmende Ehegatte auf Widerruf der Begünstigung nicht verzichtet hat. Übertragbarkeit liegt vor, wenn die Police zugunsten des Inhabers lautet.

8. PraxPrV. **3** 214 (Hamburg). Die auf den Fall eigenen Erlebens (86. Lebensjahr), eventuell auf den Namen des gesetzlichen Erben gestellte Versicherung ist nicht zugunsten Dritter genommen, gewährt nur dem Versicherungsnehmer Ansprüche und fällt, wenn dieser in Gütergemeinschaft lebt, ins Gesamtgut.

9. SeuffA. **65** 317, R. **10** Nr. 2975 (Dresden). Wenn bei Erlebensversicherung der Versicherte als Anspruchsberechtigter bezeichnet und hierbei bestimmt ist, daß bei früherem Tode dessen Frau und Kinder Anspruch auf Prämienrückgewähr haben sollen, so kann der Versicherte bis zum Versicherungsfalle frei über die Versicherungsansprüche verfügen, also auch die Police bei der Gesellschaft beleihen. Die Frau und die Kinder sind an diese Verfügungen gebunden.

10. **RG.** R. **11** Nr. 3737. Durch die im Testamente des Versicherungsnehmers enthaltene Bestimmung, daß die Police „Eigentum der Frau" sein solle, wird dieser nicht ohne weiteres ein eigenes Bezugsrecht auf Grund des Versicherungsvertrags eingeräumt. Vielmehr kann die Absicht des Erblassers die gewesen sein, der Ehefrau nur ein Vermächtnis auszusetzen. Rechtlich unmöglich ist es aber nicht, daß der Versicherungsnehmer die Benennung des Begünstigten auch durch Testament ändern kann.

11. Vgl. auch zu V 1.

II. Einfluß der Eröffnung des Konkurses zum Vermögen des Versicherungsnehmers (vgl. JDR. **8** 1121 ff.). 1. Vgl. Zeigner, oben unter I 1.

2. ZVersWes. **11** 153 (Die Wirkung des Konkurses des Versicherungsnehmers bei der Todesfallversicherung). Der Anspruch aus der Todesfallversicherung fällt in die Konkursmasse, wenn der Versicherungsnehmer in Konkurs vor Eintritt des

Versicherungsfalls gerät. Die Benennung eines Begünstigten steht nicht entgegen, da der Dritte erst mit Eintritt des Versicherungsfalls den Versicherungsanspruch erwirbt.

3. R. **10** Nr. 2305 (Hamburg). Auch die Rechte aus einer auf den Erlebensfall der Tochter abgeschlossenen Versicherung stehen im Zweifel dem Versicherungsnehmer und nicht der Tochter zu, gehören also im Konkurse des Versicherungsnehmers zur Masse.

4. R. **10** Nr. 2410 (Stuttgart). Wenn ein Vater eine „Sparkassenversicherung" zugunsten seines Kindes für den Erlebensfall genommen hat, so kann der Verwalter in dem nach des Vaters Tode über dessen Vermögen ausgebrochenen Konkurse nicht die Herausgabe der Police verlangen, die auf den Namen des Vaters lautete und von diesem einem Gläubiger als Sicherheit für eine Darlehnsforderung gegeben war. Dem Vater blieb das Recht, die Bestimmung des Begünstigten zu ändern. Das Kind aber erlangte ein unmittelbares und mit dem Tode des Vaters ein unwiderrufliches Recht. Das entspricht dem mit der Versicherung verfolgten Zwecke. Die Versicherung fällt also nicht in die Nachlaßmasse des Vaters.

5. **a)** OLG. **23** 310 (Celle). Die Inhaberklausel ist nur Legitimationsbestimmung. Die Rechte aus der Versicherung stehen dem Versicherungsnehmer zu. Der Konkursverwalter kann sie zur Masse ziehen, kann dies aber auch, und zwar auch durch schlüssige Handlungen (jahrelanges Belassen der Police beim Gemeinschuldner und Unterlassen jeder Verfügung) ablehnen. Das Recht des Konkursverwalters, über die Rechte zu verfügen, hört mit dem Tode des Gemeinschuldners auf. Denn in diesem Augenblicke gehen die Versicherungsansprüche auf dessen Erben über. Diese erwerben die Ansprüche aber nicht aus dem Nachlasse, sondern unmittelbar aus dem Versicherungsvertrage. Hatte der Gemeinschuldner während der Konkursverwaltung seine Rechte an einen Dritten abgetreten, so erwirbt dieser die Versicherungssumme hiernach auf Kosten der Erben, nicht auf Kosten der Masse. Mag daher auch die Abtretung anfechtbar gewesen sein, der Erwerb der Versicherungssumme ist es nicht. **b)** Vgl. oben zu I 5.

III. Anfechtbare Benennung eines Begünstigten (vgl. JDR. **8** 1124). 1. Vgl. Zeigner, oben zu II 1.

2. Eckstein, Die Anfechtung von Schenkungen in besonderen Fällen, BuschsZ. **41** 67 ff. (107 ff.). In der Regel ist die „Schenkung einer Versicherung" die Schenkung eines Anspruchs. Es entsteht mit dem Versicherungsvertrage sofort ein vom Eintritte des Versicherungsfalls bedingter Anspruch. Dieser Anspruch ist Gegenstand der Zuwendung. — Die Anfechtung kann nur dem beschenkten Versicherten gegenüber, nicht gegenüber Versicherer oder Versicherungsnehmer eintreten. — Sie ist vom Abschlusse der Schenkung ab zulässig, meist vom Abschlusse des Versicherungsantrags ab. — Inhalt der Anfechtung ist die Rückgewähr des Anspruchs. Dieser ist in seiner vollen Höhe aus dem Vermögen des Schenkers fortgegeben und deshalb zurückzugewähren, nicht die Prämien, nicht der Anspruch in Höhe der gezahlten Prämien: der Anspruch ist abzutreten. Ist vom Versicherer bereits gezahlt, so ist der Wert zurückzugewähren, also die Leistung selbst. Ist die Abtretung aus sonstigen Gründen unmöglich, so ist zurückzugewähren die empfangene Bereicherung, und es hat sich der Beschenkte zu verpflichten, auch etwaige später noch zu empfangende Bereicherungen zurückzugewähren, selbst wenn diese die Prämiensätze übersteigen.

3. **RG.** LeipzZ. **11** 472. Nach badischem Landrechte stellt die beim Vertragsabschluß erfolgte Bezeichnung einer Person als Begünstigte aus einem Lebensversicherungsvertrage keine Zuwendung aus dem Vermögen des Versicherungsnehmers dar. Eine Anfechtung des Erwerbes ist also nicht möglich. Das gleiche

gilt, wenn hinterher der Versicherungsnehmer an Stelle des ursprünglich Begünstigten einen anderen setzt.

4. **RG.** LeipzZ. **11** 860, R. **11** Nr. 3546. Die vom Gemeinschuldner in den letzten zwei Jahren vor der Konkurseröffnung auf seine Lebensversicherung gezahlten Prämien kann der Konkursverwalter von den in der Police benannten mehreren Bezugsberechtigten nur nach Maßgabe ihrer Anteile an die Versicherungssumme zurückfordern.

IV. Abtretung der Rechte aus der Versicherung (vgl. JDR. **8** 1126). 1. Vgl. Zeigner, oben zu II 1.

2. LeipzZ. **11** 77, BankA. **10** 137 (KG.). behandelt die Rechtsstellung der Erben (nach § 578 I. 11 PrALR.) gegenüber einem Dritten, dem der Erblasser zur Tilgung einer Spielschuld (herrührend aus Differenzgeschäften) die Rechte aus einer Lebensversicherung abgetreten hat. Die Abtretung stellt — die Police war zugunsten des Präsentanten nach dem Tode des Versicherungsnehmers gestellt — keine Verfügung über Rechte der Erben dar. Der Abtretungsempfänger kann die Rechte aus der Versicherung sowohl zu Lebzeiten wie nach dem Tode des Versicherungsnehmers zu seiner Befriedigung realisieren. Die Erben können nicht widersprechen.

3. PraxPrV. **3** 209 (LG. Dresden). Eine Abtretung ist unwirksam, wenn sie ohne Genehmigung der Gesellschaft erfolgt und satzungsgemäß die Erteilung dieser Genehmigung nach Beibringung einer gerichtlich beglaubigten Abtretungsurkunde erforderlich ist.

4. Wegen der Einwirkung von Abtretungen des Versicherungsanspruchs auf das Eigentum an der Police s. oben zu § 4.

5. Vgl. auch zu § 166 I 2 u. 5, II 5 und V 1 sowie zu § 159 I 1 u. 2.

V. Verpfändung und Pfändung. 1. Müller, Das Pfandrecht an den Rechten aus einem Lebensversicherungsvertrage, ZVersWiss. **11** 13 ff. Verf. behandelt eingehend und klar (unter den Überschriften: Gegenstand, Entstehung des Pfandrechts, Umfang der Pfandhaftung, die durch das Pfand gesicherte Forderung, Rechte und Pflichten aus dem Pfandvertrage, Verhältnis des Pfandgläubigers zu anderen an der Versicherung interessierten Personen, Erlöschen des Pfandrechts) die Gesamtheit der hinsichtlich Pfändung und Verpfändung erwachsenen und möglichen Streitfragen. — Hervorzuheben sind als wichtigste Punkte: a) Das Pfandrecht ist ein Recht an den aus der Versicherung hervorgehenden einzelnen Rechten, die nicht alle eines selbständigen Pfandrechts fähig, auf die aber der Abschluß eines Pfandvertrags nicht immer einflußlos zu sein braucht und sein muß. — b) Zur Pfandrechtsbestellung ist Zustimmung des Versicherungsnehmers nicht nötig. — c) Auch die Lebensversicherungsansprüche gegenüber Gegenseitigkeitsvereinen sind frei pfändbar und verpfändbar, da sie nicht Mitgliedschaftsrechte im Sinne von § 38 BGB. sind. — d) Änderungen, Minderungen und Erhöhungen der Versicherungen (z. B. §§ 174, 175 VVG.) werden vom Pfandrecht umfaßt. — e) Die Ansprüche des Versicherungsnehmers gegenüber der Prämienreserve unterfallen dem Pfandrecht im Falle der Verpfändung, bei Pfändung aber nur dann, wenn der Pfändungsbeschluß sie ausdrücklich erwähnt und nicht nur den Anspruch auf die Versicherungssumme anführt. Selbständige Verpfändung und Pfändung der Ansprüche an die Prämienreserve ist möglich. — f) Dasselbe gilt von Dividendenansprüchen des Versicherten. — g) Das Pfandrecht ergreift auch die Police. Der Pfandgläubiger erlangt in allen Fällen Herausgabeansprüche gegen die Besitzer der Police. Der Besitz der Police ist aber für den Bestand des Pfandrechts unerheblich. — h) Das Pfand haftet gemäß § 1210 BGB. auch für Beträge, die der Pfandgläubiger zur Bezahlung von Prämien verwendet hat (vgl.

RG. 22 218), sofern diese Zahlung nicht etwa in dem Falle, daß sie das zur Deckung des Pfandgläubigers erforderliche Maß überschreitet, dem mutmaßlichen Willen des Versicherungsnehmers widerspricht, es sei denn, daß er sie genehmigt. Auch bei Nichtvorliegen aller dieser Voraussetzungen bleibt dem zahlenden Pfandgläubiger nach § 684 BGB. ein Bereicherungsanspruch, für den dann wiederum das Pfand haftet, es sei denn, daß der Pfandschuldner zur Prämienzahlung (z. B. als Zessionar) nicht verpflichtet war. — i) Wenn nichts anderes vereinbart oder aus der Sachlage zu entnehmen ist, ist der Pfandgläubiger zur Zahlung der Prämien nicht verpflichtet (26 ff.). — k) Das Recht zur Kündigung der Versicherung ist nicht höchst persönlich, aber auch nicht selbständig übertragbar und verpfändbar (27 ff.). Bei Verpfändung der Versicherungsansprüche muß durch Auslegung des Pfandvertrags festgestellt werden, ob der Pfandgläubiger ohne Zustimmung des Versicherungsnehmers kündigen kann. Im Zweifel kann er es, wenn seine Forderung fällig oder wenn auch ohne Fälligkeit der Verpfänder nicht imstande ist, Zahlung an den Pfandgläubiger zu leisten oder die Versicherung aufrechtzuerhalten. Doch darf der Gläubiger, soweit möglich, nur in dem Umfange kündigen, als zu seiner Befriedigung nötig ist (28 ff.). Der Pfändungspfandgläubiger kann als solcher und auch im Falle der Überweisung nicht kündigen. Ihm kann nur nach Maßgabe von § 844 ZPO. die anderweite Verwertung und damit auch die Kündigung vom Vollstreckungsrichter gestattet werden (30 ff.). Der Versicherungsnehmer kann nicht ohne Zustimmung des Pfandgläubigers kündigen. — l) Diese Grundsätze gelten auch für andere Verfügungen über den gepfändeten Anspruch, insbesondere die Bezeichnung eines Bezugsberechtigten und ihren Widerruf (31 ff.). — m) Die Pflicht, zur Beschaffung der Unterlagen mitzuwirken, die bedingungsgemäß Voraussetzung für die Geltendmachung des Versicherungsanspruchs sind, trifft dem Versicherungsnehmer als Ausfluß des Pfandvertrags bzw. gemäß § 839 Abs. 3 ZPO. (33). — n) Dem Pfandgläubiger stehen nur Rechte zu, Pflichten treffen ihn nicht, insbesondere nicht Anzeigepflichten, und zwar auch nicht nach § 171 VVG., soweit nicht eine Abtretung oder Überweisung an Zahlungsstatt erfolgt ist, § 1282 Abs. 1 Satz 3 BGB., § 835 Abs. 2 ZPO. (34). — o) Die Pfändung berührt — abgesehen von § 1281 BGB. — den Versicherer nicht. Er muß alle Rechtshandlungen auch fernerhin dem Versicherungsnehmer gegenüber vornehmen, insbesondere Fristsetzung und Kündigung nach §§ 38, 39 VVG. (35 ff.). — p) Die Verpfändung an sich enthält keinen Widerruf der Bezeichnung eines Begünstigten. Im Zweifel gilt dies auch nicht von einer Anzeige der Verpfändung an den Begünstigten. Unwiderrufliche Begünstigung ist im Zweifel nur für den Fall gemeint, daß die Versicherungssumme infolge des Todes des Versicherungsnehmers fällig wird. Verpfändbar und pfändbar bleibt also immer ein bedingter Anspruch des Versicherungsnehmers, nämlich für den Fall, daß bei seinen Lebzeiten der Versicherungsanspruch fällig wird, so wie für den Fall, daß der unwiderruflich Begünstigte das Recht zurückweist (§ 333 BGB.) oder daß sonst das Recht des Begünstigten wegfällt (38 ff.).

2. Ehrenberg, Über einige wichtige Fragen der Lebensversicherung, R. **11** 4 ff., bespricht den Begriff der Prämienreserve, den Anteil des Versicherungsnehmers an ihr (§ 61 VAG.), den Policenrückkauf, die Umwandlung der Versicherung in eine prämienfreie und hieran anknüpfend die Stellung des Versicherungsnehmers 1. zu seinen Gläubigern und zum Konkursverwalter und 2. zu den Bezugsberechtigten. — I. Der Gläubiger kann das Kündigungs- und Rückkaufsrecht pfänden und ausüben, auch ohne Zustimmung des Versicherungsnehmers. Ebenso kann der Konkursverwalter kündigen und rückkaufen. Dagegen ist nach § 159 Abs. 1 Satz 2 VVG. jede Art Zwangsvollstreckung

83*

ohne Zustimmung des Versicherungsnehmers unzulässig, durch die der Gläubiger oder ein Dritter ein Interesse am baldigen Tode des Versicherungsnehmers erhält: also unzulässig die Fortsetzung der Versicherung durch den Gläubiger (mit oder ohne Umwandlung in eine prämienfreie) und die Versteigerung der Police oder sonstige Verwertung (§ 844 ZPO.). II. Das Verhältnis des Versicherungsnehmers zum Bezugsberechtigten ist unzweckmäßig geregelt, wenngleich eine bessere Lösung schwer ist. Verf. bespricht im einzelnen die Widersprüche, die sich hiernach insbesondere im Hinblick auf die Pfändbarkeit ergeben, und die Möglichkeiten von Umgehungen des Gesetzes. Das Verfügungsrecht des Versichsrungsnehmers und demgemäß die Pfändbarkeit bestehen, solange die Bezeichnung des Bezugsberechtigten nicht unwiderruflich ist, bzw. solange die (widerrufliche) Anwartschaft des Bezugsberechtigten nicht durch den Eintritt des Versicherungsfalls zum endgültigen Rechte geworden ist.

3. Josef, Zur Pfändung von Lebensversicherungen, R. **11** 482. Jeder Pfändungsgläubiger kann nur insoweit über die gepfändete und ihm an Zahlungsstatt überwiesene Forderung seines Schuldners verfügen (also auch durch Vereinbarung über Änderung der Zahlungszeit usw.) als sein Anspruch reicht. Daher kann nur dann der Pfändungsgläubiger einer Lebensversicherung das Kündigungsrecht ausüben und Zahlung des Rückkaufswerts vom Versicherer verlangen, wenn die Forderung, wegen deren gepfändet ist, mindestens so hoch ist wie der Nennbetrag der Versicherungssumme und wenn eine Überweisung an Zahlungsstatt vorliegt. Liegt nur eine Überweisung zur Einziehung vor, so besteht kein Kündigungsrecht. Ebenso dann nicht, wenn die Versicherungssumme höher ist als die Forderung des Gläubigers. Denn dann müßte das Kündigungsrecht geteilt werden. Das ist aber ausgeschlossen. Das Kündigungsrecht ist ein unteilbares Recht. Für den Fall, daß die öffentliche Versteigerung des Anspruchs erfolgt, gilt das gleiche. Der Ersteher kann nicht kündigen, wenn die Versicherungssumme höher ist als die Forderung, wegen deren gepfändet war.

4. Sachße, Zur Pfändung der Lebensversicherungen, R. **11** 410. Der Gläubiger des Lebensversicherten kann ohne dessen Zustimmung die Versicherung sowohl kündigen als auch fortsetzen (aM. Ehrenberg, R. **11** 4 ff.). § 159 Abs. 2 VVG. ist zu beschränken auf den Fall des Abschlusses einer Versicherung.

5. Wegen Pfändungen der auf das Leben eines Dritten genommenen Versicherungen s. zu § 159 (Bürkner, ZVersWiss. **11** 816).

6. Wegen der Frage der Pfändbarkeit der Ansprüche an private Kranken- und Sterbekassen s. vor § 159 ff.

VI. Zurückbehaltungsrecht. 1. SeuffA. **65** 317, R. **10** Nr. 2975 (Dresden). Durch die Hingabe der Police an die Gesellschaft zwecks Beleihung wird, wennschon kein Pfandrecht, so doch ein Zurückbehaltungsrecht begründet (**RG. 51** 86, **68** 389, JW. **07** 335, **08** 547, OLG. **4** 334); die Gesellschaft braucht nur Zug um Zug gegen Befriedigung ihrer Ansprüche die Police herauszugeben. Soweit eine beabsichtigte Verpfändung nicht wirksam geworden ist, kann auch angenommen werden, daß die Beteiligten eine Abtretung des Anspruchs auf Prämienrückgewähr nach Höhe des Darlehens an die Gesellschaft beabsichtigt, bzw. diese ein unwiderrufliche Vollmacht zur Einziehung der Versicherungssumme oder des Betrags der Prämienrückgewähr zum Zwecke ihrer Befriedigung gewollt haben.

2. VAPV. **11** Anh. 49 (KG.). Der Versicherer, der eine Lebensversicherung beleiht, hat wegen seiner Ansprüche aus dem Darlehnsvertrage das Vorrecht

an dem Rückkaufswerte der Versicherung vor einem Pfändungspfandgläubiger, selbst wenn die Pfändung vor dem Zeitpunkt erfolgt, in welchem das Darlehen fällig und der Versicherer gemäß den früheren Abreden mit dem Versicherten zur Aufhebung des Versicherungsvertrags berechtigt wird.

VII. Unzulässigkeit von Verfügungen über die Rechte aus der Versicherung. 1. **RG.** JW. **10** 143, SächsRpflA. **10** 213, WarnE. **10** 104. Wenn bedingungsgemäß die Veräußerung und Verpfändung der Rechte aus dem Lebensversicherungsvertrag ausgeschlossen ist, so wirkt diese Bestimmung nicht ohne weiteres auch im Verhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer (Policenbeleihung usw.). Vielmehr tritt im Verhältnisse zwischen ihnen mindestens obligatorisch der mit der Verpfändung bezweckte Rechtserfolg ein. Auch kann man in der Überlassung der Police an den Versicherer (zwecks Sicherstellung) die Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht zur Einziehung der Versicherungssumme erblicken.

2. Wegen der bei Verpfändungen und Abtretungen bisweilen zu unterstellenden unwiderruflichen Vollmacht und ihrer Zweckmäßigkeit als Sicherungsmittel (die verneint wird) vgl. Hallbauer, BankA. **9** 337.

3. Wegen der Zulässigkeit von Abtretung und Pfändung bei Kinderversicherungen s. zu § 159 II 2.

4. Über die Frage, ob und inwieweit das Kündigungsrecht einer selbständigen Verfügung zugänglich ist, s. oben zu § 165 und zu § 166 IV u. V.

§ 167. (Vgl. JDR. **8** 1127.) Auslegung zweifelhafter Bezeichnung von Begünstigten. 1. **RG.** JW. **11** 771, VAPV. **10** Anh. 92. Wenn nach Inhalt der Police die Person des Empfangsberechtigten zweifelhaft ist („zugunsten der Rechtsnachfolger"), so ist in Gemäßheit der gewöhnlichen Auslegungsregel unter Benutzung aller zu Gebote stehenden Auslegungsmittel der wahre Wille des Versicherungsnehmers zu erforschen; hierbei dürfen auch solche Umstände nicht unbeachtet bleiben, die dem Versicherer bei Abschluß des Vertrags unbekannt waren.

2. **RG.** JW. **10** 72, SächsRpflA. **10** 121, VAPV. **10** Anh. 9, SeuffBl. **10** 640, PrazPrV. **3** 218, R. **10** Nr. 419, 420, WarnE. **10** 53. Wenn die „Erben" als begünstigt bezeichnet sind, so ist zu prüfen, ob die Erben als Universalrechtsnachfolger begünstigt sein sollten oder ob nur diejenigen bezeichnet werden sollten, denen als Dritten, unabhängig von ihrer Eigenschaft als Universalrechtsnachfolger und durch diese Eigenschaft bzw. durch ihre Berufung als Erben nur der Person nach bezeichnet, die Versicherungssumme zufließen solle. Für erstere Auslegung spricht keine Vermutung. Bei der Auslegung sind die geringfügigsten Umstände zu beachten und die Sachlage frei zu würdigen, insbesondere sind außerhalb der Police liegende Momente heranzuziehen. Wenn daher ein Verlobter im Versicherungsantrag von seinen „nächsten Erben" redet (während die Police lediglich die „Erben" als begünstigt bezeichnet), so liegt die Auslegung nahe, daß der Versicherungsnehmer seine zukünftige Frau und Kinder begünstigen wollte.

3. **RG.** R. **10** Nr. 3897. Die Lebensversicherung zugunsten der „Hinterbliebenen" ist in der Regel dahin zu verstehen, daß beim Tode des Versicherungsnehmers die Versicherungssumme den nächsten Familienangehörigen zufallen solle. Denn der Ausdruck „Hinterbliebenen" hat nicht unmittelbare Beziehung zu erbrechtlichen Verhältnissen und zum Nachlasse, sondern bezieht sich auf das Band der Familienangehörigkeit.

4. SeuffBl. **11** 552, R. **11** Nr. 2837 (Stuttgart). Ist eine Lebensversicherung zugunsten „der Familie" genommen, so fällt die Ver-

sicherungssumme auch dann nicht in den Nachlaß, wenn nur die Eltern des Versicherungsnehmers dessen Tod überleben.

5. VAPV. 11 Anh. 90 (Düsseldorf). Wenn im Antrag als Grund der Versicherungsnahme „Vorsorge für die eventuellen Hinterbliebenen" angegeben ist, die weitere Frage aber: „Soll in der Police eine bestimmte Person und welche als zur dereinstigen Empfangnahme der Versicherungssumme berechtigt bezeichnet werden?" mit „Inhaber der Police" beantwortet worden ist, so muß angenommen werden, daß die Erben als solche empfangsberechtigt sein sollten, daß also die Versicherungssumme in den Nachlaß und bzw. in die Nachlaßkonkursmasse fällt.

6. PraxPrV. **3** 214 (Hamburg). Wenn die Versicherung zugunsten der „Ehefrau respektive der Kinder" genommen ist, so ist nach den Umständen des Falles zu entscheiden, was gemeint ist. Mag man nun eine Versicherung zugunsten der Familie (im Sinne von § 167 VVG.) oder eine nicht zugunsten eines Dritten genommene Versicherung annehmen, so muß man beim Vorliegen von Gütergemeinschaft doch davon ausgehen, daß die Versicherungssumme zum Gesamtgute gehöre oder aber mindestens als zum Gesamtgute gehörend behandelt werden sollte. Das Ergebnis ist in beiden Fällen das gleiche.

7. Zur Auslegung von § 167 s. auch Eckstein o. Ziff. 1 zu § 331 BGB.

8. Vgl. auch zu § 166 I 3.

§ 168. Vgl. zu §§ 165, 166.

§ 169. (Vgl. JDR. **8** 1128.) Literatur: Hübner, Über den Selbstmord. Jena 1910. — Rothauge, Der Selbstmord als mitversichertes Ereignis in der Todesfallversicherung, ZVersWiss. **11** 397 ff., 655 ff.

I. Beweislast. VAPV. **10** 247. Beweispflichtig für Vorliegen eines Selbstmordes ist der Versicherer.

II. Beweiswürdigung. 1. **RG.** LeipzZ. **11** 558. In Selbstmordfällen muß es bei der Prüfung, ob der Selbstmord im Zustande der Willensunfreiheit begangen ist, ausreichen, wenn nach den Erfahrungen der Wissenschaft und des Lebens ein bestimmter Schluß gerechtfertigt ist, mag immerhin jede anderweitige Möglichkeit nicht ausgeschlossen sein.

2. PraxPrV. **3** 221 (Jena). Für den Beweis des Selbstmordes ist einerseits Wahrscheinlichkeit nicht ausreichend, andererseits aber absolute logisch-mathematische Gewißheit nicht zu erfordern. Vielmehr ist unter Berücksichtigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden.

§ 171. Vgl. JDR. **8** 1129.) Literatur: Elperting, Der Begriff des „Vermißtseins" in der Unfall- und Lebensversicherung, LeipzZ. **10** 389 (s. zu § 182).

I. *Müller, Das Pfandrecht an den Rechten aus einem Lebensversicherungsvertrage, ZVersWiss. **11** 13 ff. Bei einer Verpfändung oder Pfändung des Anspruchs auf eine Lebensversicherungssumme treffen die Verpflichtungen des § 171 Abs. 2 den Verpfänder und nicht den Pfandgläubiger, falls diesen nicht der Anspruch nach § 1282 Abs. 1 Satz 3 BGB. oder § 835 Abs. 2 ZPO. überwiesen ist.

II. Wegen der Frage der Zulässigkeit der bedingungsmäßigen Anzeigepflicht des Erben s. zu § 182 (Eckstein, SeuffBl. **11** 422 ff.).

§ 173. (Vgl. JDR. 8 1129.) DJZ. **11** 1160 (Stuttgart). Anspruch des Versicherten auf Prämienrückgewähr nur in Gemäßheit der Bedingungen (bei Tod, spätestens mit dem 65. Lebensjahre), selbst wenn dieselben dem Versicherungsnehmer bei Vertragsschluß nicht mitgeteilt worden waren.

§ 175. (Vgl. JDR. 8 1129.) VAPV. **10** 14 ff. erklären die eigenartige sog. automatische Inkrafterhaltung der Versicherung bei der Lebensversicherung, die in ihrer Ausgestaltung im einzelnen geprüft wird, für zulässig.

§ 178. (Vgl. JDR. 8 1129.) Über den Rückkaufswert von Todesfallversicherungen, die mit dem Vorbehalte des Rechtes auf Ermäßigung der Versicherungssumme geschlossen sind, vgl. VAPV. **10** 36.

Vierter Abschnitt. Unfallversicherung.

Vorbemerkung zu §§ 179—185: Bemerkenswerte Neuerscheinungen sind nicht zu erwähnen. Besonders aktuelle neue Fragen sind nicht aufgetaucht. Die alten Fragen und Zweifel beherrschen den Berichtszeitraum weiter. Insbesondere ist es der Begriff des Unfalls, der zu einer Fülle von Entscheidungen geführt hat, besonders hinsichtlich des begriffsmäßigen Erfordernisses der direkten und alleinigen Verursachung, die von jeher zu Zweifelsfragen Anlaß bot (vgl. vor §§ 179 ff.).

Literatur: Aßmann, Der Kollektivunfallversicherungsvertrag für die Angestellten der politischen Gemeinden. Düsseldorf 1910. — Brecher, Zur gesetzlichen Regelung des Unfall- und Haftpflichtversicherungsvertrags, AssekJahrb. **32** 27 ff. — Eckstein, Verpflichtung des Erben des Unfallversicherten zur sofortigen telegraphischen Anzeige des Todesfalls, SeuffBl. **11** 422 ff. — Elperting, Ein juristisch-medizinisches Kuriosum, LeipzZ. **10** 137. — Emminghaus, Unfallversicherung. Sonderabdruck aus Bd. 8 des Handwörterb. der Staatswissensch. Jena 1911. — Frank, Über die Tätigkeit beamteter Ärzte für Privatunfallversicherungen, ZVersWes. **11** 201. — Gerhard, Wintersport und Unfallversicherung, LeipzZ. **11** 801 ff. — Josef, Über Kollektivunfallversicherung an deutschen Hochschulen, ZVersWiss. **10** 58 ff. — Meyer, Über Kollektivunfallversicherung an deutschen Hochschulen, LeipzZ. **10** 435 ff. — Sammlung von Versicherungsbedingungen deutscher Versicherungsanstalten. IV. Teil (Unfall, Haftpflicht) 1911.

Vor §§ 179 ff. (Vgl. JDR. 8 1129.) A. Zweck und Umfang der Unfallversicherung. 1. **RG.** JW. **11** 950, DJZ. **11** 1557, R. **11** Nr. 3739. Auch die Unfallversicherung bezweckt wie jede andere Versicherung den Ausgleich des dem Versicherten erwachsenden Vermögensnachteils. Aber die Abschätzung der Arbeitskraft und ihrer Verminderung ist schwierig. Deshalb wird bei der Unfallversicherung im Versicherungsvertrage regelmäßig der Wert der versicherten Arbeitskraft vertragsmäßig festgesetzt und der Versicherer für den Fall des Eintritts des Verlustes der Arbeitskraft zur Zahlung dieses Wertes verpflichtet, gleichviel ob der Verlust tatsächlich zu einer wirtschaftlichen Schädigung führt oder nicht und ob im letzteren Falle durch die Zahlung der Versicherungssumme eine Bereicherung des Verpflichteten eintritt. Daher ist hier der Nachweis eines Schadens nicht erforderlich und der Grundsatz, daß die Versicherung nicht zu einer Bereicherung des Versicherten führen dürfe, nicht anwendbar. (Ein im allgemeinen gegen Unfälle Versicherter hatte wegen eines Sturzes eine 50 prozentige Invaliditätsrente erhalten. Noch vor dem Sturze hatte er eine Eisenbahnunfallversicherung genommen. 3 Jahre nach dem Sturze wird er infolge Eisenbahnunfalls ganz erwerbsunfähig. Er hat die volle ihm auf Grund der Eisenbahnunfallversicherung zustehende Rente zu fordern, nicht nur 50 pCt. davon.)

2. VAPV. **11** Anh. 15 (KG.). Bei mehrfacher Versicherung gegen Unfall (einfache Unfallversicherung, Eisenbahnunfallversicherung) wird, wenn der Versicherte auf Grund der einen Versicherung eine Unfallrente bezieht bzw. Kapitalabfindung erhalten hat, bei einem späteren, unter die andere Versicherung fallenden Unfalle, die Unfallrente nur unter Berücksichtigung der infolge des ersten Unfalls eingetretenen Minderung der Erwerbsfähigkeit berechnet analog § 6 LwUVG.

3. OLG. **22** 87, SeuffBl. **10** 786, HansGZ. **11** Beibl. 20, R. **10** Nr. 4033, **11** Nr. 238 (Hamburg). Ob der Unfallversicherte bei späterer Beseitigung der Unfallfolgen sich eine Herabsetzung der Rente gefallen lassen muß, hängt davon ab, ob die Unfallversicherung als Schaden- oder als Summenversicherung gemeint war. Nach § 1 VVG. ist sie Personenversicherung. Bei älteren Versicherungen entscheidet die Auslegung der Police.

4. **RG.** WarnE. **10** 437, R. **10** Nr. 3923, **11** Nr. 246. Der Unfallversicherte braucht sich die Versicherungssumme, die er auf Grund eines von einem Dritten für ihn abgeschlossenen Unfallversicherungsvertrags erlangt hat, nur dann auf den vom Verletzer zu leistenden Schadensersatz anrechnen zu lassen, wenn die Versicherung ein Entgelt für seine Leistungen darstellt. Das wird verneint bei der von einer Gemeinde für die Mitglieder der freiwilligen Feuerwehr abgeschlossenen Versicherung.

B. Der Begriff des Unfalls (vgl. JDR. 8 1130). I. Die Voraussetzung der „äußeren" Verletzung. 1. **RG.** PraxPrV. **3** 232, WarnE. **10** 4. Ein Unfall kann auch dann vorliegen, wenn irgendwelche äußeren Verletzungen nicht wahrnehmbar sind.

2. **RG.** JW. **10** 70, R. **10** Nr. 421. Der Begriff der „äußeren Verletzung" im Sinne der Bedingungen erfordert nicht eine eigentliche Wunde oder wunde Stelle. Vielmehr genügt jede durch eine äußere Einwirkung herbeigeführte Veränderung der normalen Beschaffenheit des menschlichen Körpers. Also ist als äußere Verletzung auch eine durch Scheuern des Kragens herbeigeführte handtellergroße rote Stelle am Halse des versicherten Arztes anzusehen, falls durch diese Hautstelle, und nicht durch die normale Haut die Blutvergiftung entstanden ist.

II. Das Erfordernis der „Plötzlichkeit". **RG.** VAPV. **11** Anh. 103, R. **11** Nr. 3001. Die bedingungsgemäß erforderte „Plötzlichkeit" des den Unfall herbeiführenden Ereignisses erschöpft sich nicht in dem Begriffe der Schnelligkeit. Vielmehr schließt er als wesentliches, ja hervorstehendes Merkmal das Moment des Unerwarteten, Nichtvorausgesehenen, des Unentrinnbaren in sich. Demgemäß liegt Plötzlichkeit vor, wenn aus einem Badeofen soviel Kohlenoxydgas ausströmt, daß es die in dem Raume anwesenden Personen, die von der drohenden Gefahr keine Ahnung haben, in einer Stunde zu töten vermag.

III. Die gewaltsame äußere Einwirkung. 1. DVersZ. **11** 15 (Zweibrücken). Unfall, d. h. im Sinne der Bedingungen eine von außen her und unabhängig vom Willen des Versicherungsnehmers auf diesen einwirkende gewaltsame Veranlassung, liegt vor, wenn der Versicherungsnehmer beim Aussteigen aus dem noch im Fahren befindlichen Eisenbahnzuge zu Falle gekommen ist.

2. HansGZ. **10** Beibl. 197, R. **10** Nr. 3838 (Hamburg). Plötzliche „gewaltsame äußere Einwirkung auf den Körper" liegt auch vor, wenn der Versicherte nicht von außen gestoßen wird, sondern sich selbst an etwas stößt.

3. VAPV. **10** Anh. 61 (Hamburg). Eine plötzliche äußere gewaltsame Einwirkung liegt nicht nur dann vor, wenn die Beschädigung durch eine aktive von außen kommende Einwirkung anderer Personen oder Sachen erfolgt. Vielmehr genügt es, wenn der menschliche Körper gegen einen außerhalb desselben liegenden Gegenstand geführt wird. (Sturz auf den Boden infolge Ausrutschens der Leiter.)

IV. Die Bedingung der „direkten und alleinigen Verursachung" (vgl. JDR. 8 1133). 1. **RG.** VAPV. **11** Anh. 20, JW. **11** 191, R. **11** Nr. 895. Die Bestimmung, daß ein Versicherungsanspruch nur besteht, wenn die schädlichen Folgen durch den Unfall für sich allein und nicht vermittelt oder beeinflußt durch eine mit dem Unfalle nicht im Zusammenhange stehende Krankheit herbeigeführt sind, ist nicht schematisch, sondern nach der Gestaltung des Einzelfalls auszulegen. Für Veränderungen solcher Art, die im Gesundheitszustande des Versicherten im Laufe der Versicherungszeit allmählich eintreten, dessen Widerstandsfähigkeit herabsetzen, ihn für Unfallsfolgen empfindlicher machen, hat der Versicherer die Gefahr zu tragen.

(Verkalkung der Hauptschlagader und krankhafte Veränderung des Herzmuskels des vom Blitze getroffenen Versicherten.)

2. **RG.** VerfAnn. **11** 1021. Eine schon vor dem Unfall im Körper des Versicherten vorhandene Empfänglichkeit für nachteilige Folgen des Unfalls (geringe Arterienstarre) ist nicht als eine für die Unfallfolgen mitwirksame Ursache anzusehen, die bedingungsgemäß die Haftung der Gesellschaft ausschließt.

3. **RG.** JW. **11** 551, R. **11** Nr. 3126, VAPV. **11** Anh. 105. Der Unfall ist als alleinige und unmittelbare Todesursache noch anzusehen, wenn eine gewisse Empfänglichkeit des Körpers des Versicherungsnehmers für die nachteilige Einwirkung des Unfalls vorhanden ist, wie sie durch allmählich eintretende natürliche Zustände, wie Alter und Schwächung einzelner Organe oder der allgemeinen Widerstandsfähigkeit des Körpers herbeigeführt wird. Das gilt nicht nur dann, wenn es sich um eine Krankheit handelt, die auch ohne den Unfall in absehbarer Zeit zum Tode geführt hätte, sondern auch dann, wenn ohne jenen krankhaften Zustand der Unfall keine schädigenden Wirkungen gehabt hätte (anders in concreto, wo eine Darmverwachsung vorlag).

4. **RG.** VAPV. **11** Anh. 27, JW. **11** 225, LeipzZ. **11** 627, R. **11** Nr. 1049. Wenn bereits vor dem Unfall eine krankhafte Veränderung des Körpers vorhanden gewesen ist, ohne die das fragliche Ereignis die Erwerbsunfähigkeit oder den Tod überhaupt nicht zur Folge gehabt haben würde, so kann eine alleinige Verursachung durch dieses Ereignis nicht angenommen werden (Herzmuskelentartung infolge von Kranzarterienverkalkung).

5. VAPV. **10** Anh. 24 (KG.). Die Verletzung ist im Sinne der Bedingungen nicht alleinige und durch Krankheit nicht beeinflußte Folge des Unfalls, wenn der Verletzte ein Leiden hatte, das derart schwer war, daß der Unfall ohne dieses Leiden bei einem gesunden Menschen nachteilige Folgen überhaupt nicht oder nicht in dem eingetretenen Maße gehabt hätte.

6. PraxPrV. **3** 241, R. **10** Nr. 1852, LeipzZ. **10** 334 (KG.). Ist die Entschädigungspflicht auf Unfälle beschränkt, die für sich allein und nicht beeinflußt durch andere, mit dem Unfalle nicht in ursächlichem Zusammenhange stehende Krankheiten eine Erwerbsunfähigkeit herbeiführen, so besteht kein Entschädigungsanspruch, wenn der an sich unbedeutende Unfall nur wegen eines bestehenden schweren Leidens des Versicherten schlimme Folgen gehabt hat.

7. VAPV. **11** Anh. 26 (KG.). Einen „direkt und nicht vermittelt durch Krankheiten" eingetretenen Unfall stellt das Ausrutschen dann nicht dar, wenn der Sturz an sich irgendwelche erhebliche Folgen nicht gehabt haben würde, falls nicht der Versicherte an einem Gliosarkom gelitten hätte, das ohnehin in zwei Jahren den Tod herbeigeführt hätte und dessen Anwachsen durch den Sturz so begünstigt wurde, daß schon nach sechs Wochen der Tod eingetreten ist.

8. VAPV. **11** Anh. 24 (KG.). Mitverursachung, nicht bloße Empfänglichkeit liegt vor, wenn der Tod durch Darmverschluß infolge einer heftigen Erschütterung beim Reiten verursacht, dieser Erfolg aber nur deshalb eingetreten ist, weil der Versicherte krankhafte Verwachsungen an den Därmen hatte, die den Darmknick und dadurch den Darmverschluß verursacht haben.

9. HansGZ. **10** Beibl. 197, R. **10** Nr. 3839 (Hamburg). Der Unfall ist die „direkte und alleinige Ursache" auch dann, wenn ohne Verletzung des Körpers infolge eines Stoßes die im Körper vorhandenen Bakterien in die Blutbahn getrieben sind und Blutvergiftung herbeigeführt haben.

10. VAPV. **11** Anh. 22 (Königsberg). Infolge wiederholter Stürze vom Pferde waren bei dem Versicherten Eitererreger aus einem verkapselten,

von einer wenige Monate früher überstandenen leichten Rippenfellentzündung herrührenden Lungenabszeß im Wege der Blutbahn ins Gehirn gelangt und haben die zum Tode führende Vereiterung desselben bewirkt. In diesem Falle liegt nicht eine bloße Empfindlichkeit des Versicherten für die nachteiligen Folgen der Stürze vor, sondern eine Mitverursachung des Todes durch den krankhaften Zustand des Versicherten. Also bildeten die Stürze nicht die alleinige Todesursache. Ohne sie wäre der Tod nicht eingetreten. Hierauf aber kommt es nach der neueren reichsgerichtlichen Rechtsprechung an.

V. Ausschluß von Krankheiten als Unfallfolgen, besonders von traumatischer Neurose. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **54** 812, R. **10** Nr. 2412, VAPV. **10** Anh. 90. Ein Unfall, keine bedingungsgemäß ausgeschlossene „Krankheit" liegt vor, wenn der versicherte Krankenwärter mit der Hand, an der sich Gonokokken befanden, eine unwillkürliche Bewegung nach dem Auge machte und hierdurch eine Bindehautentzündung eintritt, die das Sehvermögen zerstört.

2. VAPV. **11** 34. Die Bestimmung einer Unfallversicherung, daß eine als Unfallfolge auftretende traumatische Neurose von der Versicherung ausgeschlossen sei, verstößt nicht gegen die guten Sitten, sondern stellt eine sachlich gerechtfertigte Maßnahme des Versicherers dar, die eine Wahrnehmung berechtigter Interessen enthält (Gefahr der Simulation, Rentenhysterie).

3. **RG.** Sörgel **10** 842. Das Wort Infektionskrankheit ist kein Ausdruck des gewöhnlichen Lebens, sondern ein medizinisch-technischer Begriff und kann daher nur im technischen Sinne verstanden werden, zumal anzunehmen ist, daß die Bedingungen unter Mitwirkung von Ärzten verfaßt sind.

4. PraxPrV. **3** 237 ff. (Colmar). Macht der Versicherer nach Eintritt eines zur Entschädigung verpflichtenden Unfalls von der ihm vertraglich zustehenden Befugnis zur Aufhebung des Vertrags keinen Gebrauch, so kann er bei späteren Unfällen die aus dem früheren Unfalle sich ergebende Neigung des Versicherten zu Rückfällen nicht zu seiner Entlastung geltend machen und behaupten, es liege nur eine Folge des früheren Unfalls, nicht aber ein neuer Unfall vor.

5. LeipzZ. **10** 489, R. **10** Nr. 2723 (Karlsruhe). Kein versicherungspflichtiger Unfall („plötzliche äußere, mechanische, gewaltsame Einwirkung"), wenn der Angestellte einer chemischen Fabrik infolge der beim regelmäßigen Betriebe der Fabrik entstandenen giftigen Dämpfe sich eine zum Tode führende Krankheit zugezogen hat.

VI. Wegen des Ausschlusses der Haftung des Versicherers im Falle schuldhaften Verhaltens des Versicherten s. zu § 181 unter B.

C. Unfallarten (vgl. IDR. **8** 1131). I. Gifte und Gase. 1. **RG.** VAPV. **11** Anh. 103, R. **11** Nr. 3000. Was unter „Vergiftung" im Sinne der Bedingungen zu verstehen ist, welche die Vergiftungsfälle von der Versicherungshaftung ausschließen, ist nicht nach fachwissenschaftlichen Grundsätzen, sondern nach dem gemeinverständlichen gewöhnlichen Sprachgebrauche zu entscheiden. Hiernach liegt aber keine Vergiftung, sondern ein Ersticken vor, wenn der Unfall durch Einatmen von Kohlenoxydgas entstanden ist.

2. VAPV. **11** Anh. 19 (Karlsruhe). Versehentliches Einnehmen von Giftstoffen (chlorsaures Kali) ist nicht als Unfall anzusehen. Es fehlt das Moment der Gewaltsamkeit.

3. VAPV. **11** Anh. 18 (KG.). Gaseinatmungen während eines zeitlich abgrenzbaren kürzeren Zeitraums in einer solchen Menge, daß ohne Unterbrechung der Wirkung der Erstickungstod hätte eintreten müssen, sind als versicherungspflichtige Unfälle anzusehen. Es liegt ein von „außen plötzlich wirkendes Ereignis" vor.

Eine „Vergiftung" ist nicht gegeben. Auch kann der Versicherer sich nicht darauf berufen, daß der Versicherte infolge des Einatmens das Bewußtsein verloren habe und hingestürzt sei. Denn diese „Bewußtseinsstörung" war gerade die Folge des Unfalls. Unerheblich ist es, ob der Schaden durch das Einatmen selbst oder erst mittelbar durch das Bewußtloswerden und Niederstürzen eingetreten ist.

II. Wasser. 1. VAPV. **10** 246 ff. Ausschluß der Unfälle durch Ertrinken, besonders beim Baden und Schwimmen ist ungerechtfertigt und kann vom APV. verboten werden (vgl. auch zu § 7 VAG.).

2. R. **11** Nr. 2232 (Hamburg). Als ein Unfall „auf dem Wasser" ist es nicht anzusehen, wenn der Versicherte vom Lande oder von einem am Lande befestigten Kahne ins Wasser fällt.

III. Sport. 1. Gerhard, Wintersport und Unfallversicherung, LeipzZ. **11** 801 ff. Nach jetzigem Rechte und nach den jetzt geltenden allgemeinen Bedingungen der deutschen Unfallversicherer bringen Versicherungen für Unfälle der modernen Arten des Wintersports nur bei besonderer Ausdehnung der Versicherung auf dieselbe eine Entschädigungspflicht hervor. Diese fällt aber sowohl bei den modernen wie bei den älteren Arten des Wintersports weg bei grober Fahrlässigkeit des Versicherten. — Bei Unfallversicherungen lediglich auf Grund des VVG. würden Unfälle durch Wintersport haftpflichtig sein. — Soweit die Versicherung vor dem 1. Januar 1910 abgeschlossen ist, besteht eine Haftung für Unfälle durch modernen Wintersport im allgemeinen nicht.

2. LeipzZ. **10** 949 (Frankfurt). Der „Rodelschlitten" ist (selbst im Gebirge) als ein „ungewöhnliches Transportmittel" im Sinne der Bedingungen („Velozipede und andere ungewöhnliche Transportmittel") anzusehen.

3. LeipzZ. **11** 809 (Frankfurt). Der Rodelschlitten war 1892, zur Zeit des Vertragsschlusses, noch ein „ungewöhnliches Beförderungsmittel" und daher bedingungsgemäß von der Versicherung ausgeschlossen, selbst wenn der Unfall zu einer Zeit erfolgte, als das Rodeln schon verbreitet und gebräuchlich war.

4. LeipzZ. **11** 810 (AG. Berlin-Mitte). Rodelschlitten als ein „ungewöhnliches" Beförderungsmittel im Sinne des noch vor dem 1. Januar 1910 geschlossenen Vertrags.

IV. Gemütserregungen. 1. Elperting, Ein juristisch-medizinisches Kuriosum, LeipzZ. **10** 137. Wenn bedingungsgemäß nur Unfälle infolge „mechanischer Gewalteinwirkung" versichert sind, so sollen damit alle Unfälle infolge Einwirkung von Schreck ausgeschlossen sein. Also auch die schädlichen Wirkungen der Explosionsgeräusche auf die Nerven des schlafenden Versicherten. LG. und OLG. haben in diesem Falle anders erkannt, weil angeblich jene Bestimmung nur „Erregungen lediglich seelischer Art" treffen wolle, hier aber eine von der seelischen Erregung unabhängige, lediglich durch die Explosion (Schallwellen) herbeigeführte Beeinflussung der Nerven des Versicherten vorliege. Diese Ansicht ist falsch. Denn diese Störung des Nervensystems ist nur durch den Schreck verursacht, der gerade von der Versicherung unstreitig ausgeschlossen sein sollte.

2. **RG.** WarnE. **10** 437, R. **10** Nr. 3914. Auch Schäden infolge von Aufregungen durch Ablehnung des Ersatzes und durch den Prozeß können ersatzpflichtig (§ 823 BGB.) sein (vgl. **RG.** R. **08** Nr. 3022). Anders nach ALR. (**RG.** R. **10** Nr. 1476). (→ Vgl. auch JDR. **8** 1133, VVG. vor §§ 179 ff. VI 7. Red. ←)

3. ZVersWiss. **11** 903 behandelt (verneinend) die Frage, ob durch eine Preßbeleidigung der Angegriffene eine Körperverletzung und einen „Unfall" infolge der Aufregung und des Ärgers erleiden kann.

V. Schlägerei. LeipzZ. **10** 955 (LG. Leipzig). Als Unfall ist es (vgl. auch **RG. 68** 68) auch anzusehen, wenn der Versicherte beim Weggehen aus dem Gasthofe von Leuten überfallen und verletzt wird, denen er keinerlei Anlaß zu jenem Angriffe gegeben habe.

VI. Wegen der Unfälle von Feuerwehrleuten s. vor §§ 81 ff.

VII. Transportmittel. Vgl. wegen der Rodelschlitten oben zu III 2—4.

D. Der Kreis der Versicherungsfähigen. 1. **RG.** VAPV. **11** Anh. 52, JW. **11** 462, LeipzZ. **11** 867, WarnE. **11** 386, R. **11** Nr. 1829. Es ist zulässig, daß die Bedingungen bestimmen, daß Personen, die an schweren Krankheiten leiden, von der Versicherung ausgeschlossen sein sollen und daß die Versicherung ohne weiteres ungültig werden soll, wenn nach Beginn der Versicherung in dem körperlichen Zustande des Versicherten eine Änderung eintritt, die ihn von der Versicherung ausgeschlossen hätte. Diese Bestimmung setzt nicht voraus, daß dem Versicherten oder seinem gesetzlichen Vertreter die schwere Krankheit oder deren nachträglicher Eintritt bekannt gewesen oder daß eine Offensichtlichkeit vorliegen müßte. Es kann infolgedessen bisweilen erst die Sektion der Leiche die Ungültigkeit der Versicherung ergeben. Die Prämien können dann kondiziert werden.

2. VAPV. **10** Anh. 15 (Hamm). Unter einem „erheblichen körperlichen Gebrechen", das bedingungsgemäß von der Unfallversicherung ausschließt, sind nur äußerlich wahrnehmbare Mängel der äußeren Körperbeschaffenheit, vornehmlich der Sinnesorgane, zu verstehen, nicht aber innere Krankheiten.

E. Prozessuales. I. Klagänderung. **RG.** Sörgel **11** 978. Änderung des Klaggrundes liegt vor, wenn die Gesellschaft zunächst auf Feststellung der Verwirkung der (bereits früher zuerkannten) Rentenansprüche wegen verweigerter Arztbehandlung klagt, dann aber den Antrag auf Rentenherabminderung wegen verbesserter Erwerbsfähigkeit stellt.

II. Beweislast (vgl. JDR. **8** 1136). 1. VAPV. **10** 247. Den Beweis für das Vorliegen eines Unfalls (im Gegensatze zu freiwilliger Verletzung oder Tötung) muß der Ansprucherhebende führen (vgl. VAPV. **8** Anh. 56 ff.).

2. **RG.** LeipzZ. **11** 941. Beweis bei Unfällen, die sich ohne Zeugen abgespielt haben.

3. **RG.** LeipzZ. **11** 72, VAPV. **10** Anh. 96, R. **10** Nr. 2726 (vgl. hierzu das Berufungsurteil des OLG. Cöln, abgedr. VAPV. **10** Anh. 95). a) Mit der Bestimmung, daß die Folgen des Unfalls innerhalb Jahresfrist nachgewiesen sein müssen, kann nicht ein zwingender Beweis gemeint sein. Vielmehr genügt im Zweifel jede Glaubhaftmachung, die dem Versicherer begründeten Anlaß gibt, mit der Möglichkeit einer Entschädigungsverpflichtung rechnen zu müssen. b) Eine etwa nachträglich eintretende Steigerung der Krankheit und eine dadurch hervorgerufene größere Beschränkung der Erwerbsfähigkeit bedarf keines Nachweises binnen Jahresfrist seit dem Unfalle.

4. **RG.** R. **11** Nr. 3738. Daraus, daß bedingungsgemäß dem Versicherungsnehmer die Beweispflicht für das Vorliegen eines durch die Police gedeckten Unfalls obliegt, folgt nicht ohne weiteres, daß auch solche Tatumstände vom Versicherungsnehmer bzw. dessen Rechtsnachfolger zu widerlegen seien, deren Geltendmachung sich nach dem Vertrag oder nach allgemeinen Grundsätzen als Einredevorbringen charakterisiert.

5. Wegen der Beweislast hinsichtlich des Vorliegens eines Verschuldens des Versicherungsnehmers und anderer die Haftung des Versicherers ausschließender Umstände s. zu § 181 unter B (vgl. auch vorstehend unter II 4).

III. Rechtskraftwirkung. **RG.** R. **10** Nr. 2432. Die Feststellung, daß der Kläger infolge eines Unfalls bis zu einem gewissen Grade erwerbsunfähig sei, ist immer nur auf die zur Zeit des Urteilserlasses gegebene Sachlage zu beziehen. Der Beklagte kann also bei einer späteren Leistungsklage vorbringen, daß die Verhältnisse sich geändert haben, wennschon § 323 ZPO. nicht direkt anwendbar ist.

IV. Streitwert. R. **10** Nr. 3024 (BayObLG.). Streitwert einer Klage auf Feststellung der Entschädigungspflicht für einen Unfall ist nach freiem Ermessen zu bestimmen; Kurquote und Invaliditätsrente können nicht nebeneinander in Ansatz gebracht werden.

§ 179. (Vgl. JDR. 8 1137.) I. Bedingungen. 1. Die neuen Normativbedingungen für Unfallversicherung der Tarifvereinigung der in Deutschland arbeitenden Unfall- und Haftpflichtversicherungsgesellschaften sind im Entwurfe mit den vom APV. verlangten Zusätzen und Änderungen abgedruckt in VAPV. **10** 182 ff., 191 ff. (Einzel-Unfallversicherung), 216 ff. (Kollektivunfallversicherung), 227 ff. (Zusatzbedingungen für Kollektivversicherung), 229 ff. (lebenslängliche Eisenbahn- und Dampfschiffunglücksversicherung), 236 ff., 243 ff. (Seereise-Unfallversicherung für Weltpolicen). — Wegen der Zusatzbedingungen für Unfallversicherungen mit Prämienrückgewähr vgl. VAPV. **10** 248 ff. (Genehmigung versagt!).

2. Genehmigte Versicherungsbedingungen für Kinderunfallversicherung s. VAPV. **11** 36 ff.

II. Kollektivunfallversicherung. 1. Josef, Über Kollektivunfallversicherung an deutschen Hochschulen, ZVersWiss. **10** 56 ff. Zu Unrecht meint Meyer, R. **09** 306 ff., daß es einer besonderen vertragsmäßigen Regelung der Rechtsverhältnisse aus einer Kollektivunfallversicherung der Hochschule bedürfe. Vielmehr reichen die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften aus. Verfügungen des Studenten über die Versicherungsansprüche (Abtretungen, Pfändungen) sind nicht möglich, da die Hochschule den Versicherungsschein im Besitze hat. Besondere Genehmigung zur Versicherung seitens des Studenten ist nicht nötig (§ 76 Abs. 3 VVG.), da der Student durch die Immatrikulation sich der gesamten damit verbundenen Rechtslage unterwirft. Der Student ist nur Objekt der Versicherung. Anzeigepflichtig gegenüber der Gesellschaft ist nur die Hochschule. Sie übernimmt die Gewähr dafür, daß jeder Student, sobald er die Möglichkeit einer Haftung des Versicherten erkennt, der Hochschule Anzeige machen werde. Schuldhafte Zögerung des Studenten mit der Anzeige gilt als schuldhafte Zögerung der Hochschule gegenüber dem Versicherer.

2. Meyer, Über Kollektivunfallversicherung an deutschen Hochschulen, LeipzZ. **10** 435 ff. Verf. verteidigt seine im R. **09** 306 ff. veröffentlichten Ausführungen gegenüber dem Aufsatze Josefs, ZVersWiss. **10** 56 ff., und unter Eingehen auf die neuen allgemeinen Unfallversicherungsbedingungen.

3. Über die Mißstände bei den bisher bestehenden allgemeinen Versicherungsbedingungen für Kollektivunfallversicherungen von Schülern vgl. Rundschreiben des APV. im VAPV. **10** 212 ff.

III. Über die Kinderunfallversicherung und Schülerversicherung vgl. VAPV. **11** 96 ff.

IV. Über Vergleiche und Verzichte in Unfallversicherungssachen s. zu § 11 unter III 1 u. 2; vgl. auch IV.

V. Über den Beginn der Unfallanzeigefrist s. oben zu § 33.

§ 180. Vgl. JDR. 8 1137.

§ 181. (Vgl. JDR. 8 1138, 1139.) Literatur: Kirschbaum, Beginnt die Anzeigefrist bei der Unfallversicherung mit dem Unfall oder erst mit erlangter Kenntnis? LeipzZ. 11 376 ff. (s. zu § 33). — Im übrigen s. zu § 61 und das zu § 6 IV Gesagte.

A. Den Versicherungsanspruch ausschließendes Verhalten des Versicherten. I. Grobe Fahrlässigkeit (vgl. JDR. 8 1138). 1. **RG.** R. **10** Nr. 3282. Keine grobe Fahrlässigkeit, die bedingungsgemäß den Versicherungsanspruch ausschließt, wenn der Arzt bei Umbettung einer an Kindbettfieber erkrankten Wöchnerin sich von dieser um den Hals fassen läßt in Kenntnis davon, daß er am Halse eine Entzündung hatte und daß Infektionsgefahr bestand.

2. **RG.** R. **10** Nr. 2411. Nicht ohne weiteres ist grobe Fahrlässigkeit des Krankenwärters anzunehmen, der mit seiner Hand, an der sich Gonokokken befanden, eine unwillkürliche Bewegung nach dem Auge macht und sich hierdurch eine Augenentzündung zuzieht.

3. **RG.** VAPV. **11** Anh. 20, R. **11** Nr. 3734. Als grobes Verschulden, das bedingungsgemäß den Versicherungsanspruch ausschließt, ist anzusehen das Aufhängen einer Jagdflinte auf der Hausdiele ohne genügende Prüfung auf ihre Entladung sowie das spätere unvorsichtige Halten ihrer Mündung in der Richtung gegen den eigenen Körper.

4. **RG.** R. **11** Nr. 3736. Nicht ohne weiteres liegt grobe Fahrlässigkeit eines Jägers vor, wenn derselbe das Gewehr mit gelockerter Sicherungsvorrichtung trägt.

5. VAPV. **11** Anh. 104 (KG.). Keine grobe Fahrlässigkeit, wenn ein Fahrdienstbeamter auf einen im Anfahren befindlichen Eisenbahnzug aufspringt.

II. Verstoß gegen gesetzliche und vertragliche Verbote (vgl. JDR. 8 1139). 1. PraxPrV. **3** 229 (KG.). Unfall infolge Abspringens aus einem in Bewegung befindlichen Straßenbahnwagen ist von der Versicherung ausgeschlossen, wenn bedingungsgemäß Unfälle nicht entschädigt werden, die infolge Nichtbeachtung bestehender Gesetze, Sicherheitsvorschriften und Warnungen entstehen und wenn die Straßenbahn das Abspringen während der Fahrt verboten hat. — Wegen Beweislastverteilung s. vor §§ 179 ff. —

2. PraxPrV. **3** 237 (Colmar). Die Bestimmung, daß nicht gehaftet werde für Unfälle, die der Versicherte durch fortgesetzte körperliche Überanstrengungen und Kraftleistungen sich zuzieht, ist dahin aufzufassen, daß eine Entschädigungspflicht für solche Unfälle nicht bestehe, die der Versicherte durch fortgesetzte, das Maß des in seinem Gewerbe oder Betriebe Gewöhnlichen übersteigende Kraftaufwendungen oder sonstige Überanstrengungen herbeiführt. Daher wird gehaftet, wenn ein unfallversicherter Pflasterer seine Tätigkeit wieder aufnimmt, nachdem er einen Unfall erlitten und der Arzt ihm geraten hatte, in der folgenden Zeit leichtere Arbeiten zu verrichten. Denn da der Arzt eine Zeitgrenze nicht bestimmt habe, war maßgebend das subjektive Empfinden des Versicherten, ob er sich zur Aufnahme seiner früheren Berufsarbeit kräftig fühle, die er dann übrigens ohne Beschwerden viele Monate hindurch wieder ausgeübt hatte, bevor der neue Unfall eintrat.

B. Beweislast für die Voraussetzungen des Anspruchausschlusses. 1. PraxPrV. **3** 229 (KG.). Der Versicherungsnehmer muß beweisen, daß ein entschädigungspflichtiger Unfall vorliegt, also auch, daß er „ohne Nichtbeachtung bestehender Gesetze, Sicherheitsvorschriften und Warnungen eingetreten ist“, was bedingungsgemäß die Voraussetzung für die Entschädigungspflicht bildet. Diese Einschränkung stellt keine vom Versicherer zu beweisende Ausnahme dar, weil sie nur den Begriff der bedingungsgemäßen Unfreiwilligkeit des Unfalls näher erläutert. Den Versicherten trifft daher auch der Beweis, daß er die betreffenden

Gesetze, Sicherheitsvorschriften und Warnungen nicht gekannt hat. Bestimmungen der fraglichen Art sind zu scheiden von denen, die an grobe Fahrlässigkeit usw. in der Herbeiführung des Unfalls den Ausschluß der Entschädigungspflicht knüpfen.

2. WürttJ. 22 34 (Stuttgart). Selbst wenn bestimmt ist, daß derjenige, der Ansprüche aus der Versicherung erhebt, beweisen muß, daß Umstände eingetreten seien, die die Zahlungsverpflichtung der Gesellschaft erzeugen, wennschon bedingungsgemäß die Versicherung für bestimmte Arten von Unfällen nicht gilt, so trifft doch den Anspruch erhebenden nur der Beweis des Unfalls, während der Versicherer nachweisen muß, daß ein seine Haftung ausschließender Umstand vorliegt (Herbeiführung des Unfalls bei Begehung eines Verbrechens oder Vergehens).

3. Wegen der Beweislastverteilung im Falle von § 181 Abs. 1 Satz 1 und § 181 Abs. 1 Satz 2 vgl. PraxPrV. **3** 229 (KG.), wo diese Fragen jedoch nur im Anschluß an die Formulierung der Bedingungen entschieden werden.

4. Zur Frage der Beweislast dafür, daß ein Unfall vom Versicherten nicht schuldhaft herbeigeführt sei und daß auch andere Umstände nicht gegeben seien, die den Versicherungsanspruch ausschließen, vgl. auch **RG.** JW. **11** 823.

5. HansGZ. **11** Beibl. 199 (Hamburg). Beweispflicht des Versicherers dafür, daß der Verletzte fahrlässig gehandelt habe und daß deshalb bedingungsgemäß die Haftung ausgeschlossen ist.

6. SchlHolstAnz. **11** 203 (Kiel). Der Versicherer ist beweispflichtig dafür, daß der Versicherungsnehmer infolge Trunkenheit oder grober Fahrlässigkeit ertrunken und daß daher bedingungsgemäß Verwirkung eingetreten sei.

7. VAPV. **10** Anh. 22 (Colmar). Wer die Unfallversicherungssumme fordert, muß beweisen, daß ein Unfall und nicht Selbstmord vorliegt. Zwingender Beweis allerdings unnötig, hohe Wahrscheinlichkeit genügt.

C. Wegen sonstiger Fälle, in denen wegen des (nicht notwendig schuldhaften) schuldhaften Verhaltens Versicherten die Haftung des Versicherers bedingungsgemäß ausgeschlossen ist, s. vor §§ 179 ff. unter B V; C II u. III.

§ 182. (Vgl. JDR. **8** 1139.) Literatur: Eckstein, Die Verpflichtung des Erben des Unfallversicherten zur sofortigen telegraphischen Anzeige des Todesfalls an die Versicherungsgesellschaft, SeuffBl. **10** 422. — Elperting, Der Begriff des „Vermißtseins" in der Unfall- und Lebensversicherung, LeipzZ. **10** 389. — Kirschbaum, Beginnt die Anzeigefrist bei der Unfallversicherung mit dem Unfalle oder erst mit erlangter Kenntnis? LeipzZ. **11** 376 ff. (s. zu § 33). — Vgl. im übrigen zu § 1 und das zu § 6 VI Gesagte sowie oben zu § 33.

I. Anzeigepflicht bei Unfallversicherung. Verpflichtung der Erben. Eckstein, Verpflichtung der Erben des Unfallversicherten zur sofortigen telegraphischen Anzeige des Todesfalls an die Versicherungsgesellschaft, SeuffBl. **10** 422. Abgesehen von §§ 182, 171 VVG. können durch den Versicherungsvertrag nur Rechte des Erben begründet, ihm aber nicht Pflichten auferlegt werden. Es ist also nicht möglich, ihm zur sofortigen telegraphischen Anzeige vom Tode zu verpflichten. Eine solche Verpflichtung als Bedingung des Versicherungsanspruchs anzusehen, würde nicht im Sinne der Parteien liegen. Eine selbständige Übernahme jener Pflicht durch Vertragsbeitritt ist unmöglich, weil sittenwidrig.

II. Das „Vermißtsein". 1. Elperting, Der Begriff des „Vermißtseins" in der Unfall- und Lebensversicherung, LeipzZ. **10** 389. Unrichtig ist das Urteil des OLG. Cöln (s. unten). Vermißtsein ist das Vorhandensein von Umständen, die bei einem normalen Menschen die Besorgnis hervorrufen, daß die nicht entfernte Möglichkeit eines Unfalls einer abwesenden Person vorliegt. Wann das vorliegt, ist Tatfrage; es kommt auf Alter, Lebensgewohnheiten, früheres Verhalten usw. des Abwesenden an.

2. LeipzZ. **10** 389, VAPV. **10** Anh. 93 (Cöln). Wenn bedingungsgemäß bei der Unfallversicherung in bestimmter Frist Anzeige zu erstatten ist, falls der Versicherte „vermißt" wird, so ist dieser Fall dann gegeben, wenn nach der Auffassung eines vernünftigen und normalen Menschen ein begründeter Anlaß für die Annahme vorliegt, daß einem Abwesenden ein Unfall zugestoßen ist, der ihn an der Rückkehr oder an der Benachrichtigung seiner Angehörigen hindert, oder daß die Rückkehr nicht mehr zu erwarten ist (verneint für den Fall, daß ein Handwerker plötzlich ohne Angabe, Zweck und Ziel eine Reise unternimmt, mehrere Tage ausbleibt und dann tot aufgefunden wird, nachdem die Ehefrau schon Recherchen angestellt hat).

III. Wegen der Anzeigepflicht bei der Kollektivunfallversicherung an den Hochschulen s. vor §§ 179 ff., und im übrigen oben zu §§ 33, 34.

IV. Über Erstattung der Anzeige an die falsche Person, statt an die Direktion an den Generalagenten s. oben zu § 43 Ziff. 2.

V. Wegen des Beginns der Anzeigefrist bei Unfallversicherung s. oben zu § 33.

§ 183. (Vgl. JDR. 8 1139 ff.) I. Verpflichtung zur Befolgung der Anordnung von Heil- und Anstaltsbehandlung (vgl. JDR. **8** 1140 ff.). 1. **RG.** R. **10** Nr. 31. Die Unterlassung eines angeordneten Heilverfahrens ist dem Versicherten nur dann zur Schuld anzurechnen, wenn ihm der Nutzen des Verfahrens und daß es annehmbar die Heilung erheblich beschleunigen werde, vorgestellt ist oder bekannt war.

2. **RG.** R. **10** Nr. 847. Ein Versicherter, bei dem eine Behebung oder nur Besserung der Unfallsfolgen nicht in Frage steht, ist nicht verpflichtet, lediglich um die vom Beklagten nach dem Gesetz ihm zu zahlende Entschädigung herabzumindern, sein Leben statt in seiner Familie und in seiner eigenen Häuslichkeit in einer Anstalt zuzubringen.

3. Über die Mißlichkeit der bei Krankenkassen vielfach üblichen Bestimmung, daß erwerbsunfähige Kranke alle Ansprüche verlieren, wenn sie Beschäftigungen nachgehen, vgl. VAPV. **11** 95.

II. Kosten der Heilanordnungen. **RG.** JW. **11** 772. Wenn bedingungsgemäß bei Strafe des Verlustes aller Ansprüche dem Versicherten zur Pflicht gemacht ist, sich jeder von der Gesellschaft angeordneten ärztlichen Untersuchung zu unterstellen und den Anordnungen der Gesellschaft oder des untersuchenden Arztes im Interesse des Heilungsprozesses unbedingt nachzukommen, so muß davon ausgegangen werden, daß beim Mangel entgegenstehender Bestimmungen die Kosten dieser Anordnungen dem Versicherer zur Last fallen. Nicht entgegensteht, daß bedingungsgemäß die Kosten der Krankenpflege und ärztliche Behandlung sowie die notwendigen Nachweise dem Versicherten zur Last fallen.

III. Schaden durch Heil- und Anstaltsbehandlung (vgl. JDR. **8** 1142). **RG. 74** 163, JW. **10** 934, R. **10** Nr. 3842. Keine Haftung für Schäden infolge ärztlicher und anderer Versehen gelegentlich der satzungsgemäß gewährten Krankenhausbehandlung (Knappschaftsverein, öffentlich-rechtliche Zwangsgenossenschaft).

IV. OLG. **22** 182, R. **11** Nr. 2089 (München). Kein Mitverschulden des Versicherten, der den Arzt auf Abnahme des Gipsverbandes zu einer Zeit gedrängt hat, für die ihm ein anderer Arzt die Abnahme des Verbandes in Aussicht gestellt hatte.

§ 184. (Vgl. JDR. 8 1142.) Literatur: Josef, Die „Ablehnung" der Schiedsgutachten bei der Unfallversicherung, ZVersWiss. **11** 801 ff. (s. zu § 64). — Im übrigen s. zu § 64.

1. **RG.** R. **10** Nr. 3063. Die in den Bedingungen der Versicherungsgesellschaften

normierten „Kommissionen“ zur Entscheidung über das Vorliegen von Erwerbsunfähigkeit bzw. ihres Grades sind keine Schiedsgerichte, sondern Schiedsgutachten.

2. SeuffA. **65** 7, SächsOLG. 32 264 (Dresden). Bei der der Sachverständigenkommission zugewiesenen Entscheidung, ob und in welchem Maße die Erwerbsunfähigkeit Folge eines Unfalls sei, handelt es sich nicht um die Entscheidung eines Rechtsstreits oder um die Bestimmung einer Leistung, sondern um die Feststellung eines erheblichen tatsächlichen Zustandes.

3. Im übrigen s. zu § 64.

§ 185. Wegen der Kosten angeordneter Heil- und Anstaltsbehandlung und vorgeschriebener Untersuchungen s. zu § 183.

Fünfter Abschnitt. Schlußvorschriften.

Vorbemerkung zu §§ 186—194: Wesentliche Förderung hat die Behandlung der wirtschaftlichen und rechtlichen Gestaltung der Volksversicherung erfahren (s. zu § 189). Neu und lange erwünscht ist die Aufhebung des Hilfskassengesetzes. Neu sind auch die einzelstaatlichen Gesetze über die öffentlichen Versicherungsanstalten, insbesondere das neue preußische Sozietätsgesetz und das sächsische Gesetz über die Landesbrandversicherungsanstalt. Ihre Mitberücksichtigung erschien geboten. Es wird auf § 192 verwiesen, wo auch eine Menge Fragen über die interessante Sonderstellung der öffentlichen Versicherungsanstalten und insbesondere der öffentlichen Zwangsversicherungsanstalten behandelt sind.

§ 186. (Vgl. JDR. **8** 1145.) Literatur: 1. Rückversicherung: Emminghaus, Rückversicherung. Sonderabdruck aus Bd. 7 des Handwörterbuchs der Staatswissensch. Jena 1911. — Hanzlik, Die juristische Natur der Rückversicherung. Diss., Leipzig 1911. — Neumann, Die Rückversicherung auf dem Gebiete des sozialen Versicherungswesens, ZVersWiss. **11** 80. — Thiesing, Die Rückversicherung, ihre rechtliche Natur und ihre Bedeutung, insbesondere für die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, MittöffFeuerversAnst. **11** 678 ff., 714 ff., 746 ff. — Weiland, Die Technik der Rückversicherung bei den privaten Feuerversicherern, MittöffFeuerversAnst. **11** 533 ff. — 2. Seeversicherung: Allgemeine Seeversicherungsbedingungen. 1910. Entwürfe und Protokolle. — Dörnberger, Die Besonderheiten der Seeversicherung. Nürnberg 1911. — Sieveking, Das deutsche Seeversicherungsrecht. Kommentar zum 10. Abschn. des 4. Buches des HGB. Berlin 1912. — Ullrich, Der Entwurf allgemeiner deutscher Seeversicherungspolicen, ZVersWiss. **11** 42 ff. — Wegen der Seeversicherung s. im übrigen zu §§ 778 ff. HGB.

I. Rückversicherung. 1. Thiesing, MittöffFeuerversAnst. **11** 678 ff., 714 ff., 746 ff. Verf. erörtert in ausführlicher Weise die Sonderstellung der Rückversicherung, ihre rechtliche Natur, ihre wirtschaftliche Bedeutung, ihre versicherungsrechtliche Ausgestaltung und Regelung.

2. Kirchberger, GoldschmidtsZ. **68** 147 ff. a) Gerät der Erstversicherte, das heißt derjenige Versicherte, in dessen Interesse der Hauptversicherungsvertrag abgeschlossen worden ist, in Konkurs, so wird der Rückversicherungsvertrag nur dann in Mitleidenschaft gezogen, wenn der Hauptversicherungsvertrag sein Ende erreicht oder trotz formellen Fortbestandes dieses Vertrags der Versicherer von seiner Leistung befreit ist. Wird also der Hauptversicherungsvertrag nach § 14 VVG. gekündigt oder lehnt der Konkursverwalter nach § 17 KO. die Erfüllung ab, so endigt das Rückversicherungsverhältnis infolge Fortfalls des Interesses. b) Wird über das Vermögen des Hauptversicherers (Rückversicherten) der Konkurs eröffnet, so endigt die Rückversicherung mit dem Ablaufe der im § 13 VVG. normierten Monatsfrist oder, wenn eine Seeversicherung vorliegt, mit dem Rücktritte des Versicherungsnehmers nach § 898 HGB. Wird über das Vermögen des Rückversicherten der Konkurs eröffnet, so hat der Rückversicherer die volle Versicherungs-

summe zur Konkursmasse des Rückversicherten zu zahlen, obwohl der Erstversicherte nur dividendenmäßige Befriedigung erhält. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob der Versicherungsfall vor Konkurseröffnung oder nach Konkurseröffnung, jedoch vor Beendigung der Hauptversicherung und demgemäß vor Beendigung des Rückversicherungsverhältnisses sich ereignet. Die Rückversicherungssumme ist fällig, sobald die Fälligkeit der Hauptversicherungssumme eintritt. c) Gerät der Rückversicherer in Konkurs, so gilt § 898 HGB., falls eine Seeversicherung vorliegt. Ist die Rückversicherung dagegen keine Seeversicherung, so gilt die clausula rebus sic stantibus, nicht § 13 VVG. Der Rückversicherte kann also vom Vertrage zurücktreten, jedoch ist der Rückversicherer berechtigt, nach Analogie des § 898 HGB. das Rücktrittsrecht des Rückversicherten durch Sicherheitsleistung auszuschließen.

3. **RG. 74** 412 ff. a) Der Rückversicherer kann sich dem Erstversicherer gegenüber, wenn der Vertrag durch den beiderseitigen gemeinsamen Agenten geschlossen ist, nicht auf Arglist des Agenten oder auf die durch ihn bewirkte Verletzung der Anzeigepflicht berufen. b) Es ist nach englisch-amerikanischer Auffassung nicht Rechtens, daß Erstversicherer verpflichtet sei, einen Teil des Risikos zu behalten (Selbstbehalt). Ob es nach deutschem Rechte zutrifft, bleibt dahingestellt. Jedenfalls könnte ein solches Gewohnheitsrecht nur den Charakter dispositiven Rechtes haben.

4. VAPV. **11** 15. Durch die Klausel, daß der Rückversicherer in der Regulierung dem Erstversicherer vorbehaltlos zu folgen habe, wird der Einwand des Rückversicherers nicht ausgeschlossen, daß die streitige Versicherung vertragswidrig sei und durch den Rückversicherungsvertrag nicht gedeckt werde.

II. Wegen der Seeversicherung s. HGB. §§ 778 ff.

§ 187. (Vgl. JDR. 8 1147.) Wegen des Begriffs der Transportversicherung und der Automobilversicherung s. VVG. vor §§ 129 ff. und § 116 VAG.

§ 189. (Vgl, JDR. 8 1147.) Literatur: Söhner, Die private Volksversicherung, ihr Wesen und ihr Wert und die wichtigsten Reformbestrebungen. Tübingen 1911. — Die Volksversicherung in den Vereinigten Staaten von Amerika, VAPV. **11** 119 ff.

I. Rückwirkung von § 189. Über die Rückanwendung des § 189 Abs. 1 Nr. 2 VVG., insbesondere vom § 39 VVG., auf alle älteren Versicherungsverträge und den voraussichtlichen Umfang der vom APV. zu gewährenden Ausnahmebewilligungen vgl. Rundschreiben des APV. in VAPV. **11** 169.

II. Volksversicherung (vgl. JDR. 8 1147). 1. VAPV. **11** 35. Zumal beim Betriebe der Volksversicherung darf sich der Versicherer nicht auf die streng bedingungsmäßige Prüfung vom Versicherten gestellter Anträge beschränken, sondern er wird eine gewisse Fürsorge zu üben und die Versicherten auf die geeignete Wahrnehmung ihrer Rechte hinzuweisen haben.

2. VAPV. **11** 35. Wenn bei der Volksversicherung mit geringen Wochenbeiträgen eine Verpflichtung der Gesellschaft zu dem tatsächlich geübten Inkasso durch Boten nicht besteht, so kann der Versicherer, der nach einem Orte verzieht, wo Inkassoorgane der Gesellschaft nicht tätig sind, sich auf die Unmöglichkeit des Inkassos als Grund zur Aufhebung der Versicherung nicht berufen. Die Gesellschaft muß sich aber bemühen, eine der Sachlage und der Billigkeit entsprechende Lösung des Falles herbeizuführen (Absehen von Vorauszahlung für längere Zeiträume, Vergütung für Ersparnis an Inkassokosten, Hinweis auf das Recht auf Ausstellung beitragsfreier Policen).

3. VAPV. **11** 93. APV. berichtet über die Ergebnisse von Ermittelungen darüber, wie sich die Gesellschaften verhalten, wenn bei Volksversicherung das Inkasso

der Wochenprämien deshalb unmöglich wird, weil die Gesellschaft die betreffende örtliche Inkassostelle eingehen läßt oder der Versicherte in einen Ort verzieht, wo eine solche Inkassostelle nicht besteht (vgl. VAPV. **11** 35, **08** 74).

4. VAPV. **11** 119 behandelt in einem besonderen Anhange I unter dem Titel „Die Volksversicherung in den vereinigten Staaten von Amerika" eingehend die Zustände der amerikanischen Volksversicherung unter Beschränkung auf die Verhältnisse der drei größten in Betracht kommenden Gesellschaften (Prudential, Metropolitan, John Haucock). Dargestellt wird zunächst das Wesen der Volksversicherung im amerikanischen Sinne (niedrige Versicherungssumme, wöchentliche Prämienzahlung, Einsammeln der Prämien im Hause der Versicherten durch Agenten, Anpassung der Versicherungssumme an die Prämie im Gegensatze zu dem bei der großen Lebensversicherung herrschenden umgekehrten Grundsatze). Es wird sodann Entwickelung und Statistik behandelt, ferner Versicherungsarten, Tarife, Versicherungsbedingungen und die Aufnahme in die Versicherung (der Grundsatz ärztlicher Untersuchung bzw. mindestens ärztlicher Besichtigung gilt auch für die Volksversicherung). Weiter findet das wichtige und interessante Kapitel der Außenorganisation, insbesondere die Agentenstellung eine ausführliche Darstellung und endlich wird die Entwickelung der letzten Zeit gestreift (Gruppenversicherung, uplift work, savings-bank insurance).

5. Söhner gibt in seinem obengenannten Buche eingehende Ausführungen wertvoller Art über Wesen und Wert der Volksversicherung.

III. Wegen der Sterbegeldversicherung s. vor §§ 159 ff. unter VII.

§ 190. Literatur: Sauer, Die gesetzliche Regelung des Hilfskassenwesens im Deutschen Reiche, LeipzZ. **11** 204.

I. Sauer, Die gesetzliche Neuregelung des Hilfskassenwesens im Deutschen Reiche, LeipzZ. **11** 204. Verf. bespricht die Mißstände der Hilfskassen und die verschiedenen Gesetzentwürfe, die Abhilfe schaffen wollen. Er billigt den Regierungsentwurf vom 28. Januar 1911, der eine Aufhebung des Hilfskassengesetzes und eine modifizierte Unterstellung der Hilfskassen unter das VAG. vorsieht. ➠ Inzwischen ist das Gesetz beschlossen und verkündigt. Red. ⬸

II. Wegen der Neufassung des § 190 VVG. und der teilweisen Anwendbarkeit des VVG. auf Krankenversicherungsvereine vgl. das RGes. über die Aufhebung des HilfskassenG. vom 20. Dezember 1911, RGBl. **11** 985 ff. (§ 10 daselbst), das nach der KaisVO. vom 13. Mai 1912 (RGBl. **12** 309) am 1. Juli 1912 seinem vollem Umfange nach in Kraft tritt.

§ 192. (Vgl. IDR. **8** 1144.) Literatur: 1. Allgemeines zum Rechte der öffentlichen Anstalten: Bielefeld, Verbindung staatlicher Zwangsversicherung und freier Privatversicherung, ZVersWiss. **11** 921. — Damm, Die Beitrittspflicht, die Annahmepflicht und der Umfang der Brandschadenversicherungsmöglichkeiten bei den öffentlichen Feuerversicherungsanstalten in Deutschland, MittöffFeuerversAnst. **11** 337 ff. — Josef, Zubehör und Bestandteil des Gebäudes, insbesondere in ihrer Einwirkung auf die Versicherungspflicht der öffentlichen Anstalten, GoldschmidtsZ. **69** 135 ff. — Rehm, Der Begriff „öffentliche Behörde" und seine Anwendung auf die öffentl. Feuersozietäten Preußens, MittöffFeuerversAnst. **11** 137 ff. — Wehberg, Begründet der Beitritt zu den öffentlichen Feuerversicherungsanstalten der deutschen Bundesstaaten ein öffentlichrechtliches Verhältnis? MittöffFeuerversAnst. **11** 139 ff. — Derselbe, Sind die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten der deutschen Bundesstaaten Behörden? MittöffFeuerversAnst. **11** 255. — Vergleiche auch zu § 3, 69, 83, 87 u. a. — 2. Zum preußischen Rechte. a) Allgemeines: Schmidt, Der Versuch des Fürsten Hardenberg, die öffentlichen Feuerversicherungssozietäten zu reformieren, ZVersWiss. **10** 78 ff., 301 ff. (Berliner Diss.). — Hagen, Die Reform des öffentlichen Feuerversicherungswesens in Preußen, IheringsJ. **59** 199 ff. — Hilse, Zur Anwendbarkeit von § 69 ff. VVG. auf die unter der Herrschaft des ALR. geschlossenen Versicherungsverträge. Sind die Satzungen

der preußischen öffentlichen Feuerversicherungsanstalten Rechtsnormen? MittöffFeuerversAnst. **11** 536 ff. — Vergleiche auch vor 108 ff. — b) Sozietätsgesetzentwurf: Knebel-Doeberitz, Zum Gesetzentwurf über die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten in Preußen, ZVersWiss. **10** 452. — Manes, Der Gesetzentwurf über die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten Preußens, DJZ. **10** 644. — Thiesing, Der preußische Entwurf eines Gesetzes betr. die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, LeipzZ. **10** 530. — c) Sozietätsgesetz: Hagen-Manes: Preußisches Gesetz betr. die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten vom 27. Juli 1910. Berlin 1910. — Leder, Das neue preußische Gesetz über die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, JahrböffFeuerversAnst. **11** 89 ff. — Biedermann, Zur Auslegung des § 21 des preußischen Gesetzes betr. die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, MittöffFeuerversAnst. **11** 86. — Damm, Zur Auslegung von § 23 PrGöFA., MittöffFeuerversAnst. **11** 209 ff. — 3. Bayerisches Recht: Thelemann-Schmidt, Bayerisches Viehversicherungsgesetz vom 1. Mai 1896 in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. April 1910. 2. Aufl. München 1910. — Vgl. wegen der Hagelversicherung vor § 108 ff. (v. Jan, Haag) — 4. Sächsisches Recht: Löbner, Kgl. Sächsisches Gesetz über die Landesbrandversicherungsanstalt vom 1. Juli 1910. Leipzig 1911. — Oppe, Kgl. Sächsisches Gesetz über die Landesbrandversicherungsanstalt vom 1. Juli 1910. Leipzig 1910. — Derselbe, Die Mobiliarfeuerversicherung im Königreich Sachsen. Leipzig 1911. — Rösch, Das sächsische Brandversicherungswesen. Leitfaden. Leipzig 1911. — Wörner, Feuerversicherungswesen im Königreich Sachsen. Leipzig 1911. — Frank, Das sächsische Gesetz über die Landesbrandversicherungsanstalt vom 1. Juli 1910 (vgl. mit dem preußischen Gesetze vom 25. Juli 1910), MittöffFeuerversAnst. **10** 493 ff., 527 ff., 564 ff. — Württembergisches Recht: Gugel, Die Gesetzgebung über das Mobiliarfeuerversicherungswesen in Württemberg, LeipzZ. **10** 893. — Vgl. wegen Hagelversicherung vor § 108 ff. (Gugel).

A. Die Rechtsstellung der öffentlichen Versicherungsanstalten im allgemeinen. I. Das Versicherungsverhältnis. 1. **RG.** LeipzZ. **11** 624, R. **11** Nr. 1279, 1374. Auch den bei öffentlichen Versicherungsanstalten genommenen Zwangsversicherungen liegt ein privatrechtliches Versicherungsverhältnis zugrunde, aber zu seiner Beurteilung können allgemeine privatrechtliche Grundsätze nur beschränkt herangezogen werden. Seine Grundlage ist im wesentlichen das Statut. Daher sind §§ 317 ff. BGB. nicht anwendbar. Wohl aber bleibt der Grundsatz des § 13 GVG. auch hier maßgebend, d. h. der Rechtsweg kann nur durch Vereinbarung eines Schiedsvertrags ausgeschlossen werden. Die Bestimmung, daß in bestimmten Fällen der Regierungspräsident zu entscheiden hat, ob Entschädigung zu geben ist (bei fahrlässiger Brandstiftung), ist ungenügend.

2. Wehberg, Begründet der Beitritt zu den öffentlichen Feuerversicherungsanstalten der deutschen Bundesstaaten ein öffentlich-rechtliches Verhältnis? Mitt. öffFeuerversAnst. **11** 139 ff. Verf. bejaht die Frage wegen des Zwanges der öffentlichen Feuerversicherungsanstalten zur Annahme der bei ihnen gestellten Anträge und wegen des teilweisen Zwanges der Versicherten zum Eintritte.

II. Die Behördeneigenschaft der öffentlichen Versicherungsanstalten. 1. Rehm, Der Begriff „öffentliche Behörde" und seine Anwendung auf die öffentlichen Feuersozietäten Preußens, MittöffFeuerversAnst. **11** 137 ff. Die Feuersozietäten sind nicht Behörden. Ebenso nicht die Anstaltsverbände. Wohl aber haben die Eigenschaft öffentlicher Behörden die hauptamtlichen Vorstände und die hauptamtlichen Außenstellen der Anstalten, sowie die hauptamtlichen Vorstände der Anstaltsverbände.

2. Wehberg, Sind die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten der deutschen Bundesstaaten öffentliche Behörden? MittöffFeuerversAnst. **11** 255. Die Frage wird vom Verf. im Gegensatze zu Rehm (aaO. 137 ff.) bejaht.

3. Hagen, JheringsJ. **59** 202. Öffentliche Feuerversicherungsanstalten sind keine öffentlichen Behörden, ihre Urkunden sind keine öffentlichen Urkunden.

III. Einzelnes. 1. Josef, Zubehör und Bestandteil des Gebäudes, insbesondere in ihrer Einwirkung auf die Versicherungspflicht der öffentlichen Anstalten,

GoldschmidtsZ. **69** 135 ff. Hat eine beweg iche Sache durch Verbindung mit einem Gebäude ihre Selbständigkeit verloren, so daß sie fortan, solange die Verbindung dauert, nach der Verkehrsauffassung nicht mehr als bewegliche Sache, sondern nur als ein Teil des Gebäudes erscheint, so ist sie (unwesentlicher oder auch wesentlicher) Bestandteil des Gebäudes. Das trifft zu bei Kirchenglocken, Türen, Fenstern, vermauerten Öfen, ebenso aber auch für Heizungs- und Beleuchtungsanlagen; denn die zu diesen Anlagen verbrauchten beweglichen Sachen sind, nachdem aus ihnen im Gebäude die Heizungs- und Beleuchtungsanlage entstanden ist, nicht mehr für sich bestehende bewegliche Sachen, sondern sie sind ein Bestandteil geworden, ganz wie die Ziegel und Balken. Daher sind öffentliche Versicherungsanstalten, die gesetzlich zur Annahme von Gebäuden verpflichtet sind, verpflichtet, die eben gedachten Anlagen als Bestandteile des Gebäudes mitzuversichern. Aus der Verpflichtung, das Gebäude in allen seinen Bestandteilen (soweit nicht Ausnahmen festgesetzt sind) zur Versicherung anzunehmen, folgt ferner die Verpflichtung jener Anstalten, die Versicherung auch dann zu bewirken, wenn die Wände wegen der auf ihnen angebrachten Freskomalereien oder die Mauern wegen der in sie eingehauenen Bildwerke von besonderem Kunstwerte sind.

2. Wegen landesrechtlicher Regelung der Hagelversicherung s. vor §§ 108 ff.

3. Wegen der Fusion öffentlicher Versicherungsunternehmungen s. zu § 14 VAG.

4. Wegen des Versicherungsscheins s. Damm, MittöffFeuerversAnst. **10** 403 ff., oben zu § 3.

5. Wegen der taxierten Police s. zu § 87.

6. Wegen der Anwendbarkeit von §§ 69 ff. VVG. auf Verträge der öffentlichen Feuerversicherungsanstalten s. zu § 69 unter V.

7. Wegen der Kriegsversicherung der öffentlichen Feuerversicherungsanstalten s. zu § 84.

8. Vgl. wegen der Pfändbarkeit der Wiederherstellungsgelder auch zu § 98 VVG.

9. Wegen der Rückversicherung s. zu § 186.

B. Einzelne Bundesstaaten. I. Baden. 1. BadRpr. **10** 143 (BadVerwGH.). Die Vorschrift des § 57 GebäudeversicherungsG., daß der neue Eigentümer für die rückständigen Feuerversicherungsbeiträge früherer Jahre samtverbindlich der Gebäudeversicherungsanstalt persönlich haftet, gilt auch für den Fall des Eigentumserwerbes durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung.

2. BadRpr. **11** 188 (VerwGH.). Die auf Grund des Art. 2 Abs. 2 BadG. über die Versicherung der Rindviehbestände errichteten, in den Versicherungsverband aufgenommenen Ortsviehversicherungsvereine sind öffentlich-rechtliche Versicherungsanstalten. Die Mitglieder können zwar zum Eintritte nicht gezwungen werden, können aber nicht beliebig ausscheiden (nur bei Auflösung oder Ausschluß). Anders ist es hinsichtlich der Ortsviehversicherungsvereine des Art. 34, die schon bei Inkrafttreten des Gesetzes bestanden und als private Vereine am Versicherungsverbande teilnehmen können.

3. BadVersRpflZ. **11** 50 (BadVerwGH.). Verletzung der Pflicht zur Anzeige von Krankheiten und Verweigerung der Ausschlachtung der versicherten Tiere (Artt. 16 u. 24 BadG. über die Versicherung der Rindviehbestände).

II. Bayern. 1. VAPV. **10** 260 ff. Gutachten des APV. über die geplante Errichtung einer staatlichen Mobiliar-Feuerversicherungsanstalt in Bayern; deren Möglichkeit wird bejaht, ihre Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit aber verneint.

2. BayRpflZ. **10** 456. Ein ungenannter Verf. behandelt die Frage, ob in Bayern nach Art. 6 BrandversicherungsG. der Hauseigentümer verpflichtet ist,

auch die Einrichtungen für Gas, Wasser, elektrische Beleuchtung und Heizung bei der Bayerischen Gebäudefeuerversicherungsanstalt zu versichern oder ob er diese Versicherungen auch bei Privatgesellschaften nehmen kann, was der BayVerwGH. am 10. Oktober 1910 bejaht hat.

3. R. **10** 784 (BayVerwGH.). Versicherung von Einrichtungen für Gewerbs- und Fabrikbetrieb (Art. 6 BayBrandversG. vom 3. April 1875).

4. Wegen des bayerischen Hagelversicherungsrechts s. vor §§ 108 ff.

III. Braunschweig. BraunschwZ. **58** 44 (Braunschweig). Regreßanspruch der Landesversicherungsanstalt gegen den Eigentümer, der grobfahrlässig den Brandfall herbeigeführt hatte (§§ 24, 26, 27 G. vom 8. Januar 1906).

IV. Preußen. 1. Manes, Der Gesetzentwurf über die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten Preußens, DJZ. **10** 644 ff., bespricht, im allgemeinen zustimmend, den preuß. Gesetzentwurf, der für die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten grundlegende Normativbestimmungen bringt (inzwischen Gesetz geworden und in Kraft getreten). Ebenso spricht sich Thiesing, Der preuß. Entwurf eines Gesetzes betr. die öffentlichen Feuerversicherungsanstalten, LeipzZ. **10** 530 ff., anerkennend über den Entwurf aus.

2. Hagen, Die Reform des öffentlichen Feuerversicherungswesens in Preußen, JheringsJ. **59** 199 ff. Verf behandelt das PrFeuersozietätsG. vom 25. Juli 1910, insbesondere die Organisation der öffentlichen Anstalten, die Übertragung des VVG. auf sie und die Besonderheiten der privatrechtlichen Regelung bei ihnen.

3. Hilse, MittöffFeuerversAnst. **11** 263. Die auf Grund der Normativbestimmungen des PrG. vom 25. Juli 1910 erlassenen Satzungen und allgemeinen Versicherungsbedingungen können auch Dritten gegenüber Rechte begründen und Verbindlichkeiten erzeugen.

4. **RG.** MittöffFeuerversAnst. **11** 53 ff. Die gehörig kundgemachten Reglements einer Provinzialfeuerversicherungsanstalt werden Vertragsinhalt auch dann, wenn der Versicherungsnehmer beim Vertragsschlusse von ihrem Inhalte keine Kenntnis hatte.

5. MittöffFeuerversAnst. **10** 357 (PrOVG.). Organe der öffentlichen Verwaltung stehen, soweit sie Sozietätskommission sind, zu den Sozietäten nicht in einem privatrechtlichen Verhältnisse. Die Wahrnehmung der Geschäfte als Sozietätskommission gehört vielmehr zu ihren amtlichen Aufgaben.

6. Munk, Ist wegen Ansprüchen auf Rückzahlung irrtümlich bezahlter Beiträge für Gebäudeversicherungen bei preußischen öffentlichen Feuerversicherungsanstalten der Rechtsweg zulässig? MittöffFeuerversAnst. **11** 46 ff. Verf. bejaht diese Frage.

7. Wegen des Einflusses von Gefahrerhöhungen auf Verträge der preußischen öffentlichen Feuerversicherungsanstalten s. zu § 24 VVG.

8. Wegen des § 2163 ALR. II. 8 s. zu § 69.

9. Über die Frage der Strafbarkeit der Überversicherung nach § 20 PrG. vom 8. Mai 1837 vgl. zu § 51.

V. Württemberg. 1. Gugel, Die Gesetzgebung über das Mobiliarfeuerversicherungswesen in Württemberg, LeipzZ. **10** 893 ff. Verf. bespricht die Entwickelung des Mobiliarfeuerversicherungswesens in Württemberg (G. vom 25. Mai 1830 und vom 19. Mai 1852) sowie den Einfluß des VAG. und des VVG. auf die landesrechtlichen Bestimmungen, von denen durch das VVG. insbesondere die Verbote der Über- und Doppelversicherung beseitigt worden sind.

2. Wegen des Hagelversicherungswesens s. vor §§ 108 ff.

VI. Entscheidungen zu Gesetzes- oder Satzungsbestimmungen hinsichtlich öffentlicher Versicherungsanstalten finden sich auch zu §§ 93, 83.

§ 193. (Vgl. JDR. 8 1148.) Vgl. zu §§ 97, 98.

§ 194. Vgl. JDR. 8 1148.

Einführungsgesetz zum Gesetz über den Versicherungsvertrag.

Vorbemerkung: Die interessanten Streitfragen über die Rückwirkung des VVG. haben neue Bearbeitung gefunden. Zum großen Teile ist über sie bei den einzelnen Bestimmungen des Gesetzes selbst berichtet.

Art. 1. Literatur: Furbach, Ältere Versicherungsverträge und § 8 VVG., LeipzZ. **10** 766. — Josef, Die rückwirkende Kraft des neuen VVG., AssekJahrb. **33** 3 ff. — Derselbe, Die rückwirkende Kraft der Gesetze, insbesondere des VVG., GesuR. **10** 169.

I. **RG.** R. **11** Nr. 526. Die Anwendbarkeit des BGB. auf Versicherungsverträge ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil einer nach dem 1. Januar 1900 geschlossenen Versicherung ein Statut der Gesellschaft zugrunde liegt, das von 1896 datiert ist.

II. VAPV. **10** 22 behandelt die Frage, ob die Versicherer an die bei sog. Begünstigungsverträgen (mit Vereinen usw.) zugrunde gelegten Versicherungsbedingungen nach Inkrafttreten des VVG. auch dann gebunden sind, wenn jene Bedingungen im Widerspruche mit dem VVG. stehen. Die Frage wird verneint.

Art. 2. Literatur: Hagen, Der Begriff der Immobiliarversicherung, JahrböffFeuerversAnst. **10** 332 ff.

I. Hagen, Der Begriff der Immobiliarversicherung, JahrböffFeuerversAnst. **10** 332 ff. Unter „Immobiliarversicherung" ist nur die eigentliche Gebäudeversicherung zu verstehen. Alle Versicherungen einzelner Gebäudeteile, Glasscheiben-, Wasserleitungs-, Maschinenversicherung scheiden aus. Ebenso gehört die Hagelversicherung nicht zur Immobiliarversicherung. Eine möglichst einschränkende Auslegung des bayerischen Reservatrechts ist geboten.

II. Wegen des bayerischen Immobiliarversicherungswesens s. im übrigen zu § 192 BII, wegen der Hagelversicherung vgl. vor §§ 108 ff.

Artt. 3 u. 4. I. Josef, Die rückwirkende Kraft des neuen VVG., AssekJahrb. 3 ff. 1. Die im Art. 4 EG. aufgeführten rückwirkenden Vorschriften des VVG. sind nicht identisch mit den im VVG. enthaltenen zwingenden Vorschriften. Vielmehr verleiht der Art. 4 Vorschriften, die nicht zwingend sind, zurückwirkende Kraft und andererseits führt er Vorschriften auf, die gar nicht rückwirkend sein können, obwohl sie zwingend sind. 2. Auf die beim Inkrafttreten des VVG. bestehenden Versicherungsverträge finden sofort nur die im Art. 4 EGVVG. aufgeführten Vorschriften des VVG. Anwendung, nicht aber irgendwelche anderen Bestimmungen des VVG., denen nach allgemeinen Grundsätzen wegen ihres reformatorischen oder prohibitiven Charakters rückwirkende Kraft an sich inne wohnen würde. Der Gesetzgeber hat vielmehr ersichtlich gerade zur Vermeidung von Zweifeln und Streitfragen im Art. 4 bestimmten einzelnen Vorschriften des neuen Rechtes die sofortige Wirkung verliehen, um hiermit der schwierigen Frage den Boden zu entziehen, ob nicht andere Vorschriften wegen ihrer reformatorischen oder prohibitiven Bedeutung Rückwirkung beanspruchen könnten. 3. Auch gegenüber den im Art. 4 aufgeführten Vorschriften

behalten die Vorschriften der bestehenden Versicherungsverträge ihre Gültigkeit, insoweit sie nicht einer der im Art. 4 aufgeführten Vorschriften widersprechen. 4. Die Vorschriften der §§ 48, 157 VVG. (Agentengerichtsstand, Absonderungsrecht des Haftpflichtgläubigers) haben rückwirkende Kraft, weil sie das Prozeß- und Konkursverfahren betreffen. 5. Die §§ 15, 98 VVG. beschränken nur die rechtsgeschäftliche Übertragbarkeit der Entschädigungsforderung für unpfändbare Sachen und für Gebäude, enthalten aber keine prozessuale Bestimmungen; nur mittelbar würde die Beschränkung der rechtsgeschäftlichen Übertragbarkeit nach § 851 Abs. 1 ZPO. Einfluß auf die Pfändbarkeit, also prozessuale Bedeutung haben. Jene §§ 15, 98 beziehen sich aber, wie das ganze VVG. nur auf Entschädigungsansprüche, die in diesem Gesetze geregelt sind, und nicht auf solche Ansprüche, deren Wirkung (unter den Beteiligten wie Dritten gegenüber) sich nach früherem Rechte bemißt, weil der Vertrag vor dem Inkrafttreten des VVG. geschlossen ist. Der Umstand, daß die Vorschriften der §§ 15, 98 zwingend sind, ist für die Frage nach der Rückwirkung gleichgültig (oben 3, 4).

II. Wegen der *Rückwirkung* in §§ 8, 11, 12, 68, 69, 83, 94, 157, 189 u. a. s. *zu den einzelnen Bestimmungen.*

Druck von Gebhardt, Jahn & Landt G. m. b. H., Schöneberg-Berlin.





